



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

33^{ème} réunion (Milan, Italie)

15—17 septembre 2023

COMPTE RENDU DES SÉANCES DE TRAVAIL

Table des matières

I.	Jürgen Basedow (1949-2023) : Deux dernières publications	1
II.	La loi applicable aux droits réels : règles spéciales pour les objets culturels.....	3
A.	Clarification de la définition et du champ d'application matériel du régime spécial	3
B.	La règle de conflit de lois à adopter et le remboursement des frais encourus par le possesseur.....	4
C.	Une hésitation entre « <i>claimant</i> » et « <i>original owner</i> »	6
D.	Les dispositions générales de droit international privé.....	6
E.	Des choix terminologiques	7
F.	Document adopté	7
III.	La codification de la partie générale du droit international privé européen	13
A.	Les lignes directrices concernant une règle sur la reconnaissance des situations étrangères	13
1.	Sur l'objet de la reconnaissance (point 1)	16
2.	Sur les conditions de la reconnaissance (point 2)	17
3.	Sur la règle d'adaptation (point 3).....	19
4.	Document adopté	20
B.	L'orientation de futures lignes directrices concernant le renvoi.....	29
IV.	Proposition de constitution d'un groupe de travail sur l'incidence du droit de l'Union sur le droit de la nationalité des États membres.....	32
A.	La compétence en matière de nationalité.....	33
B.	La perte de la nationalité à l'aune du droit de l'Union	33
C.	L'acquisition de la nationalité d'un État membre.....	34
D.	Conclusion et propositions.....	35
V.	Actualités du droit de l'Union	36
A.	La proposition de règlement sur la protection des adultes.....	36
1.	Un contexte nécessitant une réponse coordonnée	36
2.	Contenu de la proposition.....	37
B.	La proposition de règlement en matière de filiation	38
1.	Sur le point 1 du projet de recommandation : pour une critique plus marquée	40
2.	Sur le point 2 et la notion de « <i>voluntary acknowledgment</i> »	40

3.	Sur le point 9 et le critère de rattachement du lieu de naissance :.....	41
4.	Sur le point 13 et une limitation problématique à l'exception d'ordre public	42
5.	Sur le point 16 ou la pertinence du certificat européen de filiation.....	44
6.	Sur le point 8 et la possibilité pour l'enfant d'être entendu	44
7.	Document adopté	44
B.	Actualités des travaux de la Commission	48
1.	Les travaux en cours.....	48
a.	Les travaux en cours de finalisation	48
i.	Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances	49
ii.	Proposition de directive SLAPP	49
b.	Les travaux en cours d'élaboration	50
i.	Proposition de règlement concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance des décisions et l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation	50
ii.	Les négociations internationales en cours.....	51
2.	Les travaux futurs.....	52
VI.	Actualités des droits de l'Homme.....	54
A.	L'apparition d'un front bioconservateur en matière de gestation pour autrui.....	54
B.	Le refus de reconnaissance d'une décision rendue par un État non contractant pour violation du droit à un procès équitable	54
	Annexe I. JÜRGEN BASEDOW (1949-2023) : Deux dernières publications.....	56
I.	L'interprétation du droit privé uniforme	56
II.	La condition fragile de la langue française dans le monde du droit international	61
	Annexe II. Droit des biens	63
	Annexe III. Reconnaissance des situations	71
	Annexe III. A. Rapport préliminaire	71
	Annexe III. A. 1. Législation et jurisprudence	84
	Annexe III. B. Lignes directrices.....	100
	Annexe IV. Renvoi	107
	Annexe IV. A. Article 4 EBGBG.....	116
	Annexe IV. B. Actes européens.....	119

Annexe V. Filiation	123
Annexe VI. Droits de l'homme	129

Lors de la 33^{ème} réunion, tenue à Milan, le Groupe européen de droit international privé (GEDIP), avant de s'intéresser au cours habituel de ses travaux, a dédié un moment de silence au regretté Jürgen Basedow, suivie par une présentation de ses deux dernières publications (I).

Le Groupe a, ensuite, poursuivi ses travaux concernant les propositions d'un instrument relatif aux droits réels, concentrant ses efforts sur les objets culturels (II). Le Groupe a poursuivi ses travaux sur la codification de la partie générale du droit international privé européen (III). Enfin, il s'est penché sur l'opportunité d'étudier l'incidence du droit de l'Union sur le droit de la nationalité des États membres (IV).

Parmi les points d'actualité du droit de l'Union (V), le Groupe a entendu une présentation de la proposition de règlement COM (2023) 280 sur la protection des adultes (A) et pris position sur la proposition de règlement COM (2022) 695 en matière de filiation (B); il a également pris connaissance des activités de la Commission européenne au cours de l'année écoulée (C).

Le Groupe a également reçu un examen d'actualité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ayant trait au droit international privé (VI).

Le présent compte rendu a été réalisé par Lisa Aerts, chercheuse et doctorante à l'École de droit de la Sorbonne (EDS), de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, et Tarek El Ghadban, docteur en droit international et européen de la même institution et maître de conférences à la Faculté de Droit de l'Université du Caire.

Le Groupe remercie sa présidente, la Professeure Stefania Bariatti, de l'avoir accueilli à Milan, sous l'égide de l'Université de Milan, et souhaite la bienvenue à ses nouveaux membres, les Professeurs Michael Hellner (Université de Stockholm), Jerca Kramberger Škerl (Université de Ljubljana) et Marta Pertegás Sender (Université de Maastricht).

I. Jürgen Basedow (1949-2023) : Deux dernières publications

Après une minute de silence en son honneur, C. Kohler¹ présente l'œuvre de J. Basedow à travers les deux dernières contributions parues de son vivant². L'œuvre du regretté J. Basedow est riche et ses contributions montrent une maîtrise des grands formats, tels que les traités et les cours généraux, ainsi que des petits formats, tels les commentaires d'arrêt ou les comptes rendus d'ouvrages. En 2023, J. Basedow a publié deux contributions dans le *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, dont il était un des fondateurs en 1993, qui ont un lien concret avec le GEDIP. La première contribution concerne l'interprétation du droit privé uniforme par une juridiction

¹ L'intégralité de la contribution de C. Kohler est disponible sur le site du GEDIP, accessible en suivant [ce lien](#) et à l'[Annexe I](#).

² Une publication posthume est désormais disponible. Cf. « Personal Status in Private International Law: The law of individuals, family relations and succession (Chapter 38) » in: Marcelo Kohen, and Iris van der Heijden (eds.), *Institute of International Law, 150 Years of Contributing to the Development of International Law – Justitia et Pace (1873–2023)*, Paris, 2023.

nationale³ alors que la seconde vise l'utilisation de la langue française dans le monde du droit international⁴.

Après une présentation des circonstances ayant poussé l'auteur à traiter les deux thèmes en question, C. Kohler fait valoir l'apport des deux contributions de J. Basedow. Le premier article est un commentaire d'un arrêt de la Cour suprême de Suède, le *Högsta Domstol*, du 14 juin 2022⁵. Il évoque la critique émise par J. Basedow selon laquelle les dispositions de l'article 5 du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles ne sont pas adaptées aux contrats soumis à la convention relative au contrat de transport international de marchandises par route⁶. C. Kohler poursuit en soulignant le lien entre cette position théorique et les travaux du GEDIP, auxquels participait directement J. Basedow.

C. Kohler rappelle que J. Basedow avait présenté, à l'occasion de la dernière réunion à Milan, en 2016, un avant-projet de résolution sur la relation entre le droit européen et l'interprétation des conventions de droit uniforme (disponible [ici](#)). Bien que l'avant-projet ait été retiré après les débats au sein du Groupe, C. Kohler souligne que « *nous disposons au moins de l'écho de cette proposition dans le commentaire d'arrêt du Högsta Domstol* ».

La seconde contribution présentée était une glose, située à la dernière page de la revue, dans laquelle J. Basedow se penchait sur la place du français dans le monde du droit international. C. Kohler analyse cette courte contribution pour remémorer non seulement les compétences scientifiques et la maîtrise technique de J. Basedow, mais aussi son humour et sa foi dans le bilinguisme, « *partie de l'identité même du GEDIP* ».

³ « Divergierende Auslegung einheitsrechtlicher Konventionen (CMR) – ein Fall für das Kollisionsrecht? », *ZEuP*, 2023, 472

⁴ « Le français mal prononcé l'a remporté », *ZEuP*, 2023, 516.

⁵ Le *Högsta Domstol* met à disposition une version suédoise ([ici](#)) et une traduction anglaise ([ici](#)). Seule la version suédoise fait foi.

⁶ Le texte de la convention est disponible [ici](#).

II. La loi applicable aux droits réels : règles spéciales pour les objets culturels

Depuis 2017 (réunion de Hambourg), le Groupe poursuit ses efforts pour l'établissement d'un ensemble de dispositions sur la loi applicable aux droits réels. Lors de la dernière réunion, il s'était intéressé essentiellement au champ d'application *ratione materiae* du régime dérogatoire applicable aux biens culturels et à la possibilité de son extension. Depuis, le sous-groupe, coordonné par T. Szabados, a préparé une proposition de règles de rattachement visant spécifiquement les objets culturels.

Le Groupe confirme la nécessité de règles spéciales en la matière, qui assurent un équilibre des intérêts en cause.

T. Szabados présente les principales nouveautés de la proposition du sous-groupe, limitée aux objets culturels ([Annexe II](#)). Les débats du Groupe ont porté sur la définition et le champ d'application matériel du régime spécial ([A](#)), sur la règle de conflit de lois à adopter ([B](#)) et sa formulation exacte ([C](#)), sur la présentation du lien entre la partie spéciale et la partie générale de l'instrument proposé ([D](#)), et sur un nombre de choix terminologiques ([E](#)).

A. Clarification de la définition et du champ d'application matériel du régime spécial

Désormais, la définition d'un « objet culturel » est déplacée vers la liste des définitions de l'article 2. Elle a été adaptée en tenant compte des travaux de la réunion d'Oslo. De ce fait, dans la proposition du sous-groupe, l'article 2 (e) se présente comme suit :

« (e) "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 cultural, including religious, artistic, historic or archaeological value, under national legislation or administrative procedures.

The term "cultural object" also includes a sacred or communally important corporeal object that is part of a generally recognised indigenous, tribal or other cultural community's religious, traditional or ritual heritage at the time of its removal, irrespective of any classification or definition by a State. »

La définition est complétée par une notice explicative, comme suit :

« For the purpose of this paragraph, an indigenous, tribal or other cultural community is considered generally recognised in particular if it is involved, directly or through representatives, in the activity of any body of the United Nations, in particular the Permanent Forum on Indigenous Issues, the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples or previously the Working Group on Indigenous Populations, or if it is a beneficiary or nominator of a beneficiary of funding from the United Nations, in particular the UN Voluntary Fund for Indigenous Populations ».

Le débat confirme la rédaction proposée pour l'article 2 (e), tout en mettant en cause l'opportunité du maintien d'une note explicative. Pourtant, à la lumière des débats de l'année précédente, certains membres la considèrent importante pour la compréhension du champ d'application matériel de l'instrument et de la définition même de la notion d'objet culturel. D'autres la trouvent redondante. La décision est donc de maintenir la note, mais entre crochets pour indiquer cette hésitation et l'adoption de l'article 2 (e) tel que proposé.

Le Groupe s'interroge encore sur la pertinence d'étendre le régime spécial à tout objet volé ou illicitement déplacé, y compris ceux ne satisfaisant pas à la qualification de bien culturel au sens de l'article 2 (e). La majorité des membres rejoint le sous-groupe, du fait que la spécificité des intérêts en cause face à un bien culturel justifie un traitement distinct. Afin d'éviter toute confusion sur le champ d'application matériel de la proposition, ou sur la possibilité de prévoir un autre régime spécial applicable aux objets non culturels volés ou illicitement déplacés, le Groupe s'accorde sur la rédaction d'une note de bas de page explicitant sa position. Ainsi, la première note de bas de page est modifiée comme suit :

« Stolen and illegally removed goods other than cultural goods are not covered by this instrument. GEDIP will continue its work in relation to these assets »

De plus, pour des raisons de cohérence, l'ancienne note de bas de page 16, attachée à l'article 9 (*General provision*) est supprimée.

B. La règle de conflit de lois à adopter et le remboursement des frais encourus par le possesseur

En ce qui concerne la règle de conflit de lois, l'article 10 de la proposition du sous-groupe modifie la version proposée lors de la réunion d'Oslo. En ce qui concerne la loi applicable en cas de vol ou de déplacement illicite de l'objet culturel, afin de mieux prendre en compte la relation entre le propriétaire initial du bien et celui qui en a la possession au moment de la demande, la nouvelle version prévoit un remboursement des frais raisonnablement dépensés par le possesseur du bien, abstraction faite des circonstances de l'acquisition de ce dernier. La règle de conflit de lois même n'est pas modifiée, visant à promouvoir la restitution du bien en laissant le choix de la loi applicable au propriétaire initial du bien.

Ce premier paragraphe de la proposition est adopté sans modifications.

L'article 10 (2) de la proposition, sur le remboursement des frais raisonnablement encourus par le possesseur en cas de restitution de l'objet culturel au propriétaire initial, fait l'objet d'un débat à propos de trois options soumises par le sous-groupe, qui reflètent des objectifs de politique législative.

La première option vise à assurer un équilibre entre les intérêts des parties et fait écho à l'approche adoptée par la convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés. Dans un premier temps, il faudrait prévoir la restitution du bien qui permet de protéger

les intérêts du propriétaire initial. Dans un second temps, le remboursement des frais encourus par un possesseur de bonne foi est envisageable, grâce à un choix de loi possible pour ce dernier. Le texte proposé se lit comme suit :

« If the claimant is entitled to recover the object under the law applicable under paragraph 1, but that law does not provide for any reimbursement of funds spent in the acquisition of possession in good faith or for the necessary preservation of the object, the defendant shall be entitled to the reimbursement of such funds reasonably spent, at his choice, according to the law of the State in which the object was located at the time of the acquisition of possession or the law of the State in which the object was located at the time of its theft or illegal removal from that State ».

La deuxième option laisse la question du remboursement des frais encourus par le possesseur à la discrétion souveraine du for. Elle donne au juge une marge d'appréciation en regard de sa conception de la justice. Celui-ci pourra se baser sur la *lex fori* ou simplement à la lumière des faits de l'espèce. La proposition se lit comme suit :

« If the claimant is entitled to recover the object under the law applicable under paragraph 1, but that law does not provide for any reimbursement of funds spent in the acquisition of possession in good faith or for the necessary preservation of the object, the court seized may award the reimbursement of such funds reasonably spent. »

La troisième option est un compromis entre les précédentes. Elle consiste à donner au for un pouvoir discrétionnaire, toutefois limité par les remèdes prévus par la loi de l'État de situation de l'objet au moment de son acquisition par le possesseur ou par la loi de l'État sur le territoire duquel se trouvait le bien au moment du vol ou du déplacement illicite. La proposition se lit comme suit :

« If the claimant is entitled to recover the object under the law applicable under paragraph 1, but that law does not provide for any reimbursement of funds spent in the acquisition of possession in good faith or for the necessary preservation of the object, the court may award the reimbursement provided by either the law of the State in which the object was located at the time of the acquisition of possession or the law of the State in which the object was located at the time of its theft or illegal removal from that State, whichever is more appropriate under the circumstances. »

Certains membres prônent l'adoption de la deuxième option, afin de limiter les risques de décisions injustes qui feraient porter sur le propriétaire initial, victime d'un dépouillement, des coûts qui pourraient dépasser largement la valeur intrinsèque du bien. Or, la grande marge d'appréciation laissée au juge par cette deuxième option protégerait contre ce risque. De plus, une limitation du remboursement aux frais « *reasonably spent* » donne aux juges un pouvoir discrétionnaire suffisant pour d'éviter les excès. D'autres membres préfèrent la première option,

pour la sécurité juridique qu'elle offre. De surcroît, les membres hésitent sur la légitimité d'une proposition qui intervient au niveau matériel, plutôt que conflictuel.

À l'issue des débats, le consensus est de retenir une règle matérielle, et de laisser au juge une large marge d'appréciation, toutefois encadrée par des considérations objectives, tout en plaidant pour la simplicité de la règle. La question s'est posée ainsi de savoir s'il faut limiter cette possibilité de remboursement au seul possesseur de bonne foi. Le Groupe admet qu'il s'agit d'une question de politique législative, mais conclut qu'il faut éviter de décourager la préservation de l'objet culturel, même par un possesseur de mauvaise foi.

La deuxième option, énumérée C dans le document de la proposition, est adoptée, sans modifications.

C. Une hésitation entre « *claimant* » et « *original owner* »

Un doute est soulevé à propos de l'utilisation du terme « *claimant* » dans la proposition au lieu du terme « *original owner* ». Le sous-groupe explique avoir privilégié « *claimant* » puisque le demandeur dans l'action en restitution peut être le propriétaire initial de l'objet culturel ou l'État d'origine de ce dernier. Or, dans les deux cas, la raison d'être de cette disposition ne change pas.

Certains membres objectent qu'il est envisageable que le demandeur soit le possesseur du bien, même de mauvaise foi, qui souhaite obtenir une décision déclaratoire. Dans ce cas, lui offrir ce choix permettrait au possesseur d'intenter une action déclaratoire dans un État dont la loi lui est favorable afin de paralyser toute action intentée par le propriétaire initial ou l'État d'origine. Ils soulignent donc qu'il faut que la loi applicable et l'issue du litige soient les mêmes, quelle que soit la partie qui entame la procédure.

Après avoir considéré la possibilité d'une règle de conflit de lois en cascade, le Groupe conclut que la formulation actuelle est suffisamment claire. Le choix de la loi applicable est donné à celui qui demande la restitution du bien, indépendamment de sa qualité au sein de la procédure judiciaire. Si le possesseur d'un bien saisit un juge étatique pour une demande déclaratoire, il a déjà la possession du bien et ne demande donc pas sa restitution. Dans ce contexte, le défendeur dans la procédure, à savoir le propriétaire initial ou l'État d'origine, serait le demandeur en restitution. Quant aux demandes déclaratoires, elles seraient régies par la *lex rei sitae* en vertu de l'article 4. Si le propriétaire initial, ou l'État d'origine, est assigné, ils formeront une demande reconventionnelle en restitution du bien, qui sera régie par l'article 10. Si ces derniers ne sont pas assignés, la décision ne leur sera pas opposable et ils pourront toujours faire reconnaître leur droit de propriété et revendiquer la restitution du bien.

Afin d'éviter tout doute, cette interprétation sera clarifiée dans le mémoire explicatif.

D. Les dispositions générales de droit international privé

Le sous-groupe propose de modifier l'ordre des chapitres, par rapport à la proposition de l'année précédente. Désormais, le chapitre 3 — intitulé *Special rules for cultural objects* — contient la

règle de conflit spéciale en matière d'objets culturels et le chapitre 4 — intitulé *Other provisions* — a trait aux dispositions générales de droit international privé, telles les dispositions internationalement impératives du for et d'un État tiers avec lequel la situation entretient un lien étroit.

Toutefois, le chapitre 4 de l'instrument, applicable en dehors de l'hypothèse des biens culturels, n'a pas encore fait l'objet d'une discussion au sein du Groupe. De ce fait, il est susceptible de subir des modifications dans les débats futurs. Il convient donc que la proposition souligne la relation entre la partie spéciale et la partie générale de l'instrument et la nature provisoire de l'article, jadis 9 désormais 12.

Par conséquent, dans la proposition adoptée, l'article 12 est suivi de la précision suivante : « *[Provisional version yet to be discussed]* ».

E. Des choix terminologiques

Du fait de l'intégration des règles spéciales relatives aux objets culturels dans un instrument général sur la détermination de la loi applicable aux droits réels et de confusions terminologiques qui pourraient en découler, la question est posée du maintien de l'expression « *rights in rem* », en conformité avec le droit de l'Union, ou de son remplacement par l'expression « *real rights* », se rapprochant davantage du vocabulaire juridique des États de *common law*.

Le Groupe décide de privilégier la conformité au droit positif de l'Union et de maintenir l'expression « *rights in rem* ».

Une question analogue se pose à propos du choix entre « *tangible* » et « *corporeal* » dans l'intégralité de l'instrument. Le Groupe décide de remplacer toute mention du terme « *tangible* » par « *corporeal* ». Certes, le droit positif européen actuel utilise plutôt l'expression « *tangible* », afin d'accommoder les juristes britanniques. Toutefois, depuis le retrait du Royaume-Uni, cette adaptation terminologique n'a plus lieu d'être.

F. Document adopté

Au terme du débat, le document adopté par le Groupe se présente comme suit :

The law applicable to rights in rem in corporeal assets

Chapter I. Scope

Article 1. Material scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to proprietary rights (rights *in rem*) in corporeal assets^{1 2}.
2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation
 - (a) questions involving the status or legal capacity of natural persons,
 - (b) questions involving the capacity of legal persons,
 - (c) contractual obligations³,
 - (d) non-contractual obligations⁴,
 - (e) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes⁵,
 - (f) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of property rights resulting from the proprietary consequences of registered partnerships⁶,
 - (g) the creation, acquisition or transfer of property rights by succession⁷,
 - (h) the effects of the opening of insolvency proceedings on proprietary rights⁸,
 - (i) the transfer of proprietary rights by operation of law as a consequence of company mergers, divisions or global transfers (universal succession), and

¹ Stolen and illegally removed goods other than cultural goods are not covered by this instrument. GEDIP will continue its work in relation to these assets.

² A recital should clarify that this Regulation shall not apply, in particular, to receivables, rights to the performance of obligations other than receivables, negotiable instruments or negotiable document in electronic form, right to payment of funds credited to a bank account, certificated and book-entry securities.

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

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

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

⁶ Idem.

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

⁸ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on insolvency proceedings along these lines: In principle, and notwithstanding the opening of insolvency proceedings, the law applicable under this Regulation continues to apply to the creation and perfection of rights in rem over corporeal assets; however, this does not prejudice the application of the special rules governing insolvency proceedings and their effects upon proprietary rights. The term "effects of the opening of insolvency proceedings" includes in particular, the enforcement of a proprietary right after the opening of insolvency proceedings, the ranking of claims and the avoidance of the creation or transfer of proprietary rights.

(j) the creation, administration and dissolution of trusts⁹.

Article 2. Definitions

For the purpose of this Regulation:

(a) “Proprietary rights” means rights over corporeal assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests, mortgages, usufructs or servitudes;

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

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

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

(e) “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 cultural, including religious, artistic, historic or archaeological value, under national legislation or administrative procedures.

The term ‘cultural object’ also includes a sacred or communally important corporeal object that is part of a generally recognised indigenous, tribal or other cultural community’s religious, traditional or ritual heritage at the time of its removal, irrespective of any classification or definition by a State¹⁰.

Article 3. Universal application

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

Chapter II.

General provisions

Article 4. General rule

The proprietary rights in an asset are governed by the law of the State within the territory of which the asset is located.

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

⁹ A recital should clarify that this exclusion should not be understood as a general exclusion of trusts. Where a trust is validly created, the law applicable under this Regulation should apply to the transfer by the settlor of proprietary rights in corporeal assets to the trustee, and any proprietary rights of the trustee and the beneficiaries in the corporeal trust assets

¹⁰ [For the purpose of this paragraph, an indigenous, tribal or other cultural community is considered generally recognised in particular if it is involved, directly or through representatives, in the activity of any body of the United Nations, in particular the Permanent Forum on Indigenous Issues, the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples or previously the Working Group on Indigenous Populations, or if it is a beneficiary or nominator of a beneficiary of funding from the United Nations, in particular the UN Voluntary Fund for Indigenous Populations.]

1. The acquisition and the loss of a proprietary right in an asset in transit or to be exported are governed by the law of the State of destination, provided that the asset reaches that State¹¹.

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

Article 6. Means of transport

The proprietary rights in means of transport subject to registration are governed by the law of the State under the authority of which the register is kept.¹²

Article 7. Scope of the applicable law

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

(a) the requirements to create, transfer, encumbered or acquire a proprietary right over an asset;

(b) the question of whether the ownership of the corresponding asset may be embodied in a title certificate and transfer by delivery or endorsement of such a certificate¹³;

(c) the priority between competing proprietary rights over the same asset;

(d) the nature and content of the proprietary rights over an asset;

(e) the enforcement of security interest over an asset; or

(f) the extinction or loss of a property right

Article 8. Protection of acquired rights

1. When there is a change of the applicable law in accordance with this Regulation and a proprietary right has been acquired under the former law, this law continues to govern the existence of such a right.¹⁴

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

3. Where a person invokes a proprietary right to which he or she is entitled under the law referred to in paragraph 1 and the law referred to in paragraph 2 does not know the proprietary right in question,

¹¹ A recital should explain that: (i) this provision allows, in particular, for the acquisition of a proprietary right over an asset in transit before its arrival to the State of destination; (ii) if the assets does not reach the State of destination, the general rule applies.

¹² A recital should clarify that this provision only covers registers that evidence proprietary rights.

¹³ A recital should explain the consequences, ie if the asset is covered by a negotiable instrument, the transfer of proprietary rights over the physical asset may take place by endorsement or delivery of the instrument. But this Regulation does not determine the law applicable to the transfer of the instrument itself.

¹⁴ A recital should clarify that this provision is not limited to a change of the applicable law in accordance with the main rule, ie Article 4, but may also apply when, for example, there is a change of the applicable law under Article 6 if the asset is de-registered from State A and register in State B.

that right shall, if necessary and to the extent possible, be transposed¹⁵ to the closest equivalent proprietary right under the law referred to in paragraph 2, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right and the effects attached to it.

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

Chapter III.

Special rules for the recovery of cultural objects

Article 9. 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 10. 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 for any reimbursement of funds spent in the acquisition of possession in good faith or for the necessary preservation of the object, the court seized may award the reimbursement of such funds reasonably spent.

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 11. 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.

Chapter IV.

Other provisions

¹⁵ Unlike other EU instruments where the term “adaptation” is used, GEDIP understands that the correct term in accordance with the general theory of PIL is “transposition”.

Article 12. Overriding mandatory provisions

1. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a Member State for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable pursuant to this Regulation.
2. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.
3. Without prejudice to paragraph (1), in relation to claims for the recovery of stolen or illegally removed cultural objects, 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.

(Provisional version yet to be discussed)

Article 13. Public policy of the forum

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

Article 14. Exclusion of renvoi

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

Article 15. States with more than one legal system

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

Article 16. Relationship with other provisions of Union law

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

Article 17. Relationship with existing international conventions

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

Chapter V

Final provisions

Article 18. Application in time

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

III. La codification de la partie générale du droit international privé européen

Le Groupe poursuit ses travaux sur la codification de la partie générale du droit international privé européen. F. Jault-Seseke fait état de l'avancement du travail du sous-groupe sur le thème de la méthode de reconnaissance des situations étrangères (A) et sur l'orientation de futures lignes directrices relatives au « renvoi » (B).

A. Les lignes directrices concernant une règle sur la reconnaissance des situations étrangères

Le sous-groupe « Principes généraux » soumet au Groupe deux documents sur la base desquels travailler : le rapport préliminaire révisé¹ (Annexe III. A) et les lignes directrices (Annexe III. B). Le débat porte exclusivement sur les lignes directrices.

Pour contextualiser les discussions, C. Kessedjian rappelle que l'année précédente, après un tour de table, le consensus était de formuler une règle sur la reconnaissance sous la forme d'une exception à la règle de conflit du for, plutôt qu'une règle positive de la reconnaissance, portée générale. La structure du texte proposé repose sur cette orientation.

F. Jault-Seseke rappelle la genèse du texte. Il y a plusieurs années, le Groupe a d'abord abordé la codification d'une partie générale. Cependant, il est rapidement apparu que son rôle était d'affiner les éléments généraux en prenant en considération les éléments de droit primaire européen, pour y déceler la présence de principes généraux. L'année dernière, le Groupe a adopté des lignes directrices sur les lois de police. Le travail a continué selon la méthode des petits pas et le sous-groupe « Principes généraux » propose donc des lignes directrices sur la reconnaissance. Sur la base du mandat défini l'an dernier, la proposition établit une exception de reconnaissance au jeu de la règle de conflit plutôt qu'un principe positif de reconnaissance, sans exclure pour autant la possibilité de règles positives dans certaines matières (point 1, ci-dessous), et non sans relever la préférence de certains pour une disposition générale de nature positive,

¹ Voy. aussi les documents déjà soumis à la réunion d'Oslo, accessibles sur [le site](#) du Groupe.

sur le précédent du projet français de Code de droit international privé. Celui-ci suit la méthode positive. En même temps, la règle s'y présente « par exception », ce qui suggère une interprétation stricte. Le texte ici proposé se veut plus franc, en établissant un principe d'exception tout en admettant la possibilité de clauses spéciales de reconnaissance sous formulation positive.

M. Fallon présente les trois points de la proposition. Le premier énonce l'exception de reconnaissance, comme une dérogation à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois du for, en vue d'admettre la validité ou les effets d'une relation juridique dans une situation configurée à l'étranger. Ce point circonscrit le domaine de l'exception, en fonction des objectifs assignés à la reconnaissance, à savoir le respect de droits fondamentaux ou, plus largement, de la prévisibilité des solutions eu égard à une attente légitime des parties. Par hypothèse, la relation juridique en cause doit avoir été constituée en conformité avec le droit étranger, y compris ses règles de droit international privé (alinéa 2).

[Le deuxième point](#) établit les conditions de la reconnaissance, celle-ci n'étant pas absolue, comme l'admettent la plupart des travaux en la matière². Ces conditions sont constitutives d'indices, présentés dans une liste indicative et laissés à une appréciation globale du juge. Par conséquent, la violation de l'une de ces conditions ne fonde pas nécessairement un refus de reconnaissance, contrairement à l'approche dominante.

Le troisième point est probablement le plus novateur. Il évoque les conséquences d'un refus de reconnaissance lorsque les conditions du point 2 ne sont pas satisfaites. Il convient alors de maintenir le jeu de la loi normalement désignée, mais tout en cherchant à sauvegarder les objectifs poursuivis. Une place est ainsi donnée à la technique de l'adaptation. Celle-ci est déjà pratiquée par la jurisprudence, notamment en matière de filiation par gestation pour autrui. Dans cette matière, elle conduit par exemple à autoriser l'adoption, fût-ce à des conditions assouplies en fonction des circonstances. De même en cas de refus de reconnaissance du mariage de personnes de même sexe, ou d'un mariage polygamique, l'adaptation du droit normalement applicable incite à envisager des effets équivalents ou atténués. Le point 3 s'efforce de traduire cette méthode en termes généraux.

Selon M. Fallon, la présente proposition ne diffère pas en substance de la version de 2022. Les améliorations sont principalement formelles, et visent à plus de clarté, en particulier à propos des indices énoncés au point 2. Il attire toutefois l'attention sur deux éléments, concernant respectivement les objectifs de la reconnaissance énoncés au point 1 et la mention de l'ordre public dans le point 2.

S'agissant du point 1, il a été reconstruit en prenant en compte les discussions et le vote ayant eu lieu lors de la réunion de 2022. Parmi les trois modèles soumis au vote, la préférence s'était

² Voy. pour les détails, le rapport préliminaire.

portée sur les deux modèles qui évoquaient une exception, au détriment du troisième proposant une règle générale positive.

Pour rappel, le premier modèle prévoyait une exception en cas de mise en cause d'un droit fondamental ou d'une liberté fondamentale, protégés par la Charte de l'Union ou la Convention européenne des droits de l'homme. Ce modèle est repris dans la version actuelle. Le deuxième modèle formulait également une exception, mais intervenait dans un domaine plus large en matière civile, non seulement à propos d'une entrave à une liberté ou droit fondamental, mais encore en cas d'atteinte à la prévisibilité et à la sécurité juridique pour les parties. La version actuelle tient compte d'un tel élargissement.

Concernant la place de l'ordre public, celui-ci disparaît comme indice distinct d'appréciation dans le point 2. Il ne disparaît pas pour autant, mais constitue désormais un élément d'appréciation d'une balance d'intérêts qui caractérise l'examen de proportionnalité d'une mesure affectant l'exercice d'une liberté ou droit fondamental.

A priori, la place de l'argument d'ordre public dans ce contexte est complexe. En effet, on constate qu'en pratique, un litige portant sur la reconnaissance a souvent pour hypothèse la désignation de règles matérielles du for par l'effet de l'exception générale d'ordre public. Ainsi, dans le raisonnement juridique d'un régime de reconnaissance, son invocation sert précisément de justification d'intérêt général à l'entrave en examen. De ce fait, poser le moyen de l'ordre public comme un motif formel de refus de reconnaissance crée un risque de circularité du raisonnement. Par ailleurs, d'autres indices d'appréciation traduisent des éléments inhérents à l'exception d'ordre public, tel un lien suffisant, par la nationalité ou la résidence, avec l'Etat d'origine de la constitution des droits acquis. De même, la condition d'exercice effectif de droits acquis permet de contrer une délocalisation artificielle constitutive de fraude à la loi.

L'appréciation des intérêts en balance pourra encore faire intervenir l'ordre public restreint. Dans ce contexte, il s'agirait de prendre en compte des « valeurs essentielles de l'ordre juridique », notion présente dans la jurisprudence européenne.

1. Sur l'objet de la reconnaissance (point 1)

Le Groupe convient d'une clarification rédactionnelle dans la première phrase, en remontant les termes « les effets » à la suite des termes « la validité », et en utilisant le verbe « conduire ». Le début de la phrase se lit donc comme suit :

« L'application d'une disposition de la loi désignée par la règle de conflit **qui conduit à ne pas reconnaître la validité ou les effets** d'une relation juridique valablement constituée à l'étranger est écartée [...] »

Une demande de clarification porte sur la dernière partie de la phrase, rédigée comme suit :

« ou lorsqu'elle compromet la réalisation de l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité de la loi applicable. »

Cette formulation résulte d'une combinaison des modèles 1 et 2, qui ajoute à l'objectif de respect de droits fondamentaux, le cas d'atteinte à l'attente des parties, comme hypothèse alternative.

Certains doutent que cet ajout reflète réellement une alternative. En effet, l'argument de prévisibilité est inhérent à la protection des droits fondamentaux. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne va dans ce sens et considère que la prévisibilité ou les attentes légitimes des parties sont prises en compte dans le respect des droits fondamentaux. La double référence aux notions de prévisibilité et de sécurité juridique est superflue. Pour autant, le principe de sécurité juridique couvre un domaine plus large que celui de la mise en cause de droits fondamentaux, de sorte que l'ajout serait alors indispensable. Un tel objectif est dans la ligne de celui exprimé dans l'article 9 du livre 10 NWB aux Pays-Bas, et est repris par l'article 5 du projet de code en France.

Il est précisé que cette proposition veut couvrir les situations dans lesquelles des droits auraient été acquis sous l'empire de la loi applicable selon le droit international privé du lieu de création de la situation, mais que la loi désignée refuserait de reconnaître. Cette conséquence irait à l'encontre des attentes légitimes des parties. Il est encore relevé que la notion de sécurité juridique englobe notamment les attentes légitimes des parties, lesquelles peuvent cependant être contradictoires.

Pour simplifier la phrase, la répétition de « la loi applicable » est supprimée. On lit dorénavant :

« ou lorsqu'elle compromet la réalisation de l'objectif de sécurité et de prévisibilité juridique ».

Concernant le second alinéa du point 1, il est précisé que la validité de la relation juridique en cause en conformité avec le droit de l'État d'origine est une condition nécessaire à la reconnaissance. La portée de cette condition diffère donc de celle des conditions énoncées au point 2, qui permettent une marge d'appréciation.

2. Sur les conditions de la reconnaissance (point 2)

Le texte du sous-groupe se présente comme suit :

2. La décision sur la reconnaissance est rendue en appréciant l'ensemble des circonstances, en particulier [note 3] :

– l'existence de liens suffisants, telle la résidence habituelle ou la nationalité d'une partie [note 4], avec l'Etat dans lequel la relation juridique a été constituée [note 5];

– la consolidation de la situation, notamment par l'intervention d'une autorité publique ou par l'exercice effectif des droits découlant de la relation juridique [note 6];

– un juste équilibre des intérêts en cause [note 7], en fonction des effets liés à la reconnaissance ou à la non-reconnaissance dans l'Etat requis, dans le respect, notamment, de l'attente légitime des parties, et sans préjudice, le cas échéant, de l'incompatibilité

manifeste avec une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique du for (ordre public) [note 8].

Le point 2 établit une liste d'indices permettant de fonder une décision de reconnaissance, tout en laissant une marge d'appréciation.

- Le premier tiret présente un indice de proximité, inhérent à tous les modèles existants.
- Le deuxième tiret considère la question de la consolidation de la situation, y englobant le cas de « cristallisation » – que la doctrine française considère comme une condition nécessaire – par l'intervention d'une autorité publique, tel un acte d'état civil, qui crée une attente légitime. Cependant, une cristallisation ne devrait pas être requise, car la localisation de l'acte peut être aléatoire, ou ne pas être nécessaire, par exemple en cas de possession d'état.
- Le dernier tiret laisse une marge d'appréciation au juge, eu égard à l'ensemble des circonstances et des enjeux en cause, dont des considérations d'ordre public.

Le débat porte sur la mention de l'ordre public international, du moins sur sa formulation.

Certains proposent de déplacer ce moyen vers le chapeau et de commencer l'article comme suit : « *La décision sur la reconnaissance est rendue, sous réserve de l'ordre public du for, en appréciant...* ». Cependant, cette solution – déjà présente dans la version initiale présentée en 2022 – est écartée, car elle isole cette condition des autres éléments d'appréciation et ne répond pas aux difficultés rencontrées dans la pratique, par exemple à propos des gestations pour autrui effectuées aux États-Unis : leur reconnaissance a précisément été refusée en raison d'une incompatibilité avec l'ordre public international de l'État requis.

Une autre solution consiste à ajouter un quatrième tiret portant exclusivement sur l'ordre public. Cependant, en plus d'alourdir le point 2, cette solution a pour défaut de sortir l'ordre public de la mise en balance des intérêts, alors que l'intérêt de l'État est une partie intégrante de cet équilibre. Cette solution est donc également écartée.

Il est donc décidé de reformuler le troisième tiret. Des questions de terminologie sont alors soulevées. La nécessité de combiner les notions de « valeurs essentielles » et de « d'ordre public international » est étudiée. Il faut noter que si les valeurs essentielles sont celles du for, il faut également laisser une place à l'ordre public international d'autres ordres juridiques. La portée de la note 7 est également examinée, car elle évoque des notions cruciales, notamment celle de proportionnalité. Il est alors envisagé de supprimer la mention de l'ordre public dans le texte pour l'inclure dans la note, mais cette solution n'est pas retenue, car l'impact paraît moindre qu'une mention formelle dans l'article.

Étant donné que cette exception porte sur la prise en compte des intérêts en cause, il faut également s'assurer que tous les intérêts soient étudiés, notamment la conformité à l'ordre public international de l'ordre juridique dans lequel la reconnaissance est envisagée, ou encore les attentes légitimes des parties. Il est également noté que la question de l'ordre public fera encore l'objet de travaux distincts du sous-groupe sur la partie générale d'un code européen. La formule « [u]n juste équilibre de tous les intérêts en cause » est alors proposée, mais elle est jugée trop large. Y sont alors ajoutés les termes « privés et publics ».

Au terme du débat, la rédaction suivante du troisième tiret est retenue, avec le maintien de la note 7, pour ses explicitations en termes d'examen de l'ordre public et de la proportionnalité dans la jurisprudence européenne, conduisant à une notion de respect de règles de droit considérées comme essentielles dans l'ordre juridique du for.

« un juste équilibre des intérêts en cause, privés et publics [note 7] ».

3. Sur la règle d'adaptation (point 3)

Le texte du sous-groupe se présente comme suit :

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 de la relation juridique à l'étranger, en particulier 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. [note 9]

La première phrase est jugée redondante à la lecture de la seconde phrase, car l'une et l'autre ont trait à la technique d'adaptation. En substance, ce point entend codifier la jurisprudence portant sur la GPA ou sur le mariage de personnes de même sexe dans les situations où le for refuse la reconnaissance d'une situation légalement créée à l'étranger pour non-conformité avec l'ordre public du for, tout en y substituant une institution juridique ayant des effets similaires adaptés à la situation particulière. Par exemple, la jurisprudence belge a rapidement admis l'adoption plénière comme alternative dans le cas d'une GPA, mais à condition qu'elle soit effective et aboutisse dans un délai raisonnable, tel que l'a exigé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Menesson*. De ce fait, eu égard aux antécédents des familles concernées, certaines conditions de l'adoption ralentissant le processus peuvent paraître superflues (tel le suivi psychosocial du couple qui a déjà eu lieu). Pour éviter ces écueils, le juge belge n'impose donc plus aux parents belges de recourir à l'adoption, mais autorise d'emblée l'adoption, voir reconnaît directement le lien de parenté d'intention. La méthode permet de préserver une valeur essentielle en voyant dans l'adoption plénière une alternative cohérente, quitte à en adapter les conditions d'établissement en fonction de l'espèce, par exemple en omettant les procédures préalables.

Pour simplifier la rédaction de la première phrase et éviter toute redondance, tout en conservant le sens de l'article, il est décidé de supprimer la seconde phrase et de reformuler la première comme suit :

« En cas de non-reconnaissance, il y a lieu d'examiner la possibilité d'appliquer, au besoin en l'adaptant, une disposition du droit désigné par la règle de conflit du droit du for ayant un effet équivalent à la disposition qui a permis la constitution de la relation juridique à l'étranger. »

4. Document adopté

Au terme du débat, le texte des lignes directrices portant sur la reconnaissance d'une relation juridique étrangère est adopté, comme suit :

Lignes directrices : reconnaissance d'une relation juridique étrangère

Ces lignes directrices constituent une tentative de formulation de la méthode de reconnaissance de situations étrangères systématisée par la doctrine. Elles modélisent une exception de reconnaissance d'une relation juridique valablement constituée à l'étranger, à la lumière de la jurisprudence des Cours européennes d'une part, d'un objectif de prévisibilité du droit applicable d'autre part. Elles s'écartent d'un modèle retenant une règle générale de reconnaissance en matière civile. Dans le modèle proposé, la décision sur la reconnaissance repose sur une appréciation des circonstances, basée sur une liste d'indices.

1. Sans préjudice de règles particulières¹, l'application d'une disposition de la loi désignée par la règle de conflit qui conduit à ne pas reconnaître la validité ou les effets d'une relation juridique valablement constituée à l'étranger est écartée, lorsque cette application porte atteinte à l'exercice d'une liberté ou d'un droit fondamental consacré par le droit de l'Union européenne, la Convention européenne des droits de l'homme ou le droit international, ou lorsqu'elle compromet la réalisation de l'objectif de sécurité et de prévisibilité juridique.

Aux fins du présent paragraphe, la validité de la relation juridique est déterminée en vertu des règles de droit international privé de l'Etat où celle-ci a été constituée².

¹ A titre d'exemple d'un régime particulier en matière de divorce privé et de responsabilité parentale, les articles 64 à 66 du règlement 2019/1111 Bruxelles IIter prévoient la reconnaissance d'un acte authentique ou d'un accord enregistré et certifié dans un Etat membre. Parmi les conditions figurent, en particulier, un élément de proximité du fait que l'acte doit avoir été dressé dans un Etat dont les juridictions auraient été compétentes – concrètement, Etat de la nationalité ou de la résidence d'un époux ; Etat de résidence de l'enfant –, et un motif d'ordre public. De plus, la nullité du certificat peut être prononcée par l'autorité d'origine si l'acte n'a pas un « effet contraignant » dans l'Etat d'origine, ou si l'acte portant sur la responsabilité parentale est contraire à l'intérêt de l'enfant. En comparaison avec les présentes lignes directrices, on retrouve dans ce régime les indices de proximité, de consolidation (avec exigence de cristallisation) et de balance des intérêts. En revanche, le contrôle de ces conditions échappe aux autorités de l'Etat requis, hormis le motif de l'ordre public et l'exigence que l'enfant ait pu exprimer son opinion. De plus, ce régime ne prévoit pas formellement une vérification de validité en conformité avec le droit international privé d'origine.

² Une telle condition est présente dans la plupart des modèles proposés par la méthode de reconnaissance des situations (voy. les développements en annexe). La jurisprudence européenne en rend compte comme un élément nécessaire de la configuration de la situation. Voy. par ex. l'arrêt *Coman* (C-673/16, 5 juin 2018), relevant un mariage

2. La décision sur la reconnaissance est rendue en appréciant l'ensemble des circonstances, notamment³ :
- l'existence de liens suffisants avec l'Etat dans lequel la relation juridique a été constituée⁴, en particulier lorsque l'une des parties résidait habituellement dans cet Etat ou en avait la nationalité⁵ ;
 - la consolidation de la situation, notamment par l'intervention d'une autorité publique ou par l'exercice effectif des droits découlant de la relation juridique⁶ ;

de personnes de même sexe célébré en Belgique « conformément au droit de cet Etat » : en l'espèce, cette célébration reposait sur l'article 46, § 2, du Code de droit international privé, selon lequel un tel mariage – entre un Américain et un Roumain résidant en Belgique – est possible s'il est admis par la loi de nationalité ou de résidence d'une partie – par exception à la règle désignant la loi nationale de chaque partie qui aurait exigé de respecter l'interdiction d'un tel mariage en droit roumain. De même en matière de filiation, l'arrêt *Pancharevo* (C-490/20, 14 décembre 2021, citant l'arrêt *Coman*) évoque un lien « légalement établi », ou un état « établi dans un autre Etat membre conformément au droit de celui-ci ».

³ Les indices d'appréciation visent à traduire l'exigence de proportionnalité à laquelle devrait répondre une décision de refus de reconnaissance, autant que les conditions d'une attente légitime des parties. La liste comprend les indices principaux, sans être limitative.

L'argument de l'attente légitime des parties fait écho à la prise en compte de plusieurs notions, tels l'objectif de sécurité et de prévisibilité juridique (voy. le § 1er), la confiance des parties dans la conformité de leur comportement avec les exigences du droit du for déduites de la pratique des autorités (indice relevé par l'arrêt *Wagner*, CrDH, 28 juin 2007, n° 76240/01), ou les éléments de proximité et de consolidation de la situation constitutifs d'indices d'appréciation dans le présent paragraphe.

⁴ Cet indice exprime une condition de proximité, présente dans la plupart des modèles concernant un dispositif sur la reconnaissance des situations.

Sous l'angle de la méthode générale des conflits de lois, cette condition vise à prévenir le risque de fraude à la loi. La jurisprudence européenne admet que l'argument de fraude puisse neutraliser un montage artificiel pour l'obtention du bénéfice d'une liberté de circulation. Selon l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* (2 juin 2016, aff. C-438/14, § 57), citant l'arrêt *Centros* (9 mars 1999, aff. C-212/97), l'Etat peut lutter contre le « contournement du droit national en matière d'état des personnes par l'exercice à cette seule fin de la liberté de circulation et des droits qui en résultent ». Ce motif de refus relève autant de la notion d'abus du droit de l'Union (sur les éléments constitutifs de cette notion, voy. l'arrêt *Torresi* du 17 octobre 2014, C-58/13, §§ 45 et 46) que de celle de fraude à la loi. Cependant, il ne peut être appliqué qu'au terme d'une appréciation concrète des circonstances, et non sur base d'une règle anti-fraude d'application générale et abstraite (arrêt *Centros*). Voy. aussi, pour la Cour européenne des droits de l'homme : arrêt *Orlandi c. Italie* du 14 décembre 2017, n° 26431/12 (mariage de personnes de même sexe), et *DB c. Suisse* du 22 novembre 2022, n° 58817/15 (filiation par gestation pour autrui).

⁵ La pondération de ces indices de localisation peut varier en fonction des matières. *A priori*, le poids du critère de nationalité peut différer en matière d'état et de relations de famille par rapport à d'autres matières. Dans l'affaire *Freitag* (C-541/15, 8 juin 2017) relative à la reconnaissance dans l'Etat de résidence d'un nom acquis dans l'Etat membre de nationalité d'origine et de naissance, la Cour a admis que l'autorité allemande de résidence et de co-nationalité ait à autoriser un changement du nom en vertu du droit de la nationalité de naissance. Par comparaison, dans l'affaire *Coman* (C-673/16, 5 juin 2018), la localisation de la résidence du citoyen européen en Belgique, pays de célébration, fut jugée déterminante, de même que, dans l'affaire *Grunkin & Paul*, la localisation de la résidence effective et continue du citoyen allemand dans son pays de naissance. L'arrêt *Pancharevo* identifie un lien établi à l'égard d'un enfant étranger dans l'Etat d'accueil « de naissance ou de résidence ».

⁶ L'exercice effectif des droits découlant de la relation juridique constituée valablement à l'étranger fait écho à une condition d'appréciation de droits visés par l'article 8 CEDH. L'intervention d'une autorité publique – souvent requise dans les modèles comme élément de « cristallisation » d'une situation – n'est pas jugée nécessaire mais intervient seulement comme un indice, en particulier d'une attente légitime des parties que la relation juridique soit tenue pour valable. Une telle attente peut aussi découler, par exemple, d'une possession d'état.

- un juste équilibre des intérêts en cause, privés et publics⁷.

3. En cas de non-reconnaissance, il y a lieu d'examiner la possibilité d'appliquer, au besoin en l'adaptant, 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 relation juridique à l'étranger⁸.

Notice explicative

Cette notice présente les lignes directrices proposées en vue d'une disposition sur la reconnaissance d'une relation juridique constituée à l'étranger. D'autres développements de portée générale sont annexés, qui avaient été présentés dans un rapport préliminaire rédigé en 2022 en vue de la réunion d'Oslo du Groupe : ils sont mis à jour en vue de la réunion de Milan (2023). Une annexe présente également une liste de sources normatives pertinentes.

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

⁷ Cet indice exprime une balance des intérêts en cas de conflit entre plusieurs valeurs fondamentales, par exemple lorsqu'un refus de reconnaissance de la relation juridique a pour justification un objectif légitime d'intérêt général d'ordre public, opposé à une liberté ou à un droit fondamental des parties. Dans les matières où le droit en cause est celui de l'enfant, son intérêt doit être considéré comme supérieur.

L'argument d'ordre public comme motif de refus de reconnaissance est généralement admis par les modèles relatifs à la méthode de reconnaissance des situations. Son intervention dans ce contexte reçoit cependant une portée particulière. En effet, dans la plupart des contentieux mettant en cause la reconnaissance d'une situation étrangère, l'obstacle à la reconnaissance découle de l'application de la loi du for après déclenchement de l'exception d'ordre public. De ce fait, ce motif de refus de reconnaissance s'entend comme un élément d'une balance entre cet intérêt général invoqué comme justification de la mesure en cause et l'intérêt de la personne, pratiquée dans le contexte de la protection de libertés ou droits fondamentaux où il reçoit un sens restreint ciblant un noyau dur de valeurs de l'ordre juridique. En droit européen des libertés de circulation, le moyen d'ordre public peut viser une atteinte manifeste à un principe fondamental, notamment d'ordre constitutionnel, affectant un intérêt fondamental de la société (par exemple, arrêt *Omega* du 14 octobre 2004, C-36/02, pour la dignité humaine ; arrêt *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010, C-208/09, pour l'ordre républicain), ou au contenu essentiel de droits fondamentaux, notamment ceux consacrés par la Charte (par exemple, arrêt *Swedish Match* du 22 novembre 2018, C-151/17). Il en va de même comme motif de refus de reconnaître un jugement étranger (arrêt *Renault* du 11 mai 2000, C-38/98, § 29, citant l'arrêt *Krombach* et conclusions ALBER, § 67 ; arrêt *Diageo Brands* du 16 juillet 2015, C-681/13, et conclusions SZPUNAR, § 44 avec les références ; arrêt *Meroni* du 25 mai 2016, C-559/14).

L'invocation de ce moyen doit aussi tenir compte du degré de divergence des conceptions prévalant dans les ordres juridiques en présence, étant entendu que l'exception ne devrait pas jouer lorsque ces conceptions sont suffisamment proches (voy. par exemple les conclusions de l'avocat général ALBER précédant l'arrêt *Renault*, § 67). Peut ainsi être prise en compte l'éventuelle équivalence de l'institution étrangère en cause avec l'institution correspondante que connaît la loi désignée par la règle de conflit (en ce sens comme élément laissé à l'appréciation du juge requis, arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* du 2 juin 2016, C-438/14, évoquant l'absence éventuelle de conception partagée des Etats en matière de nom, à propos de la reconnaissance en Allemagne d'un nom associé à un prédicat de noblesse obtenu au Royaume-Uni).

^{8 8} Ce paragraphe illustre le recours à des techniques d'adaptation, à la lumière de la jurisprudence *Menesson* (avis du 10 avril 2019, n° P16-2018-01) qui, tout en admettant un refus de reconnaissance de la parentalité d'intention sans lien génétique, expose que l'intérêt supérieur de l'enfant commande de rechercher, dans le droit de l'Etat requis, un lien de filiation équivalent à celui constitué à l'étranger, telle l'adoption, et d'en adapter au besoin les conditions de manière à assurer une procédure allégée et accélérée.

1. En droit des libertés et droits fondamentaux, l'Etat a l'obligation de reconnaître un statut de la personne constitué valablement à l'étranger, lorsque la non-reconnaissance résultant de l'application de la loi désignée par la règle de conflit du for 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.

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, mais 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.

2. En soi, 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. 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. 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.

3. Les présentes lignes directrices s'écartent du modèle d'une règle générale positive de reconnaissance. Elles retiennent un mécanisme d'exception à l'application d'une disposition de la loi désignée par la règle de conflit du for – y compris si cette application découle de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public –, lorsque cette application porte atteinte à une liberté ou droit fondamental, ou à un objectif de prévisibilité du droit applicable selon une attente légitime des parties.

4. Sous l'une ou l'autre approche, 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.

II. Objet de la reconnaissance

5. Quant à l'objet, la reconnaissance suppose, selon la plupart des modèles, une situation ou un rapport valablement constitué à l'étranger, présentant plusieurs caractéristiques, 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 modèle d'une règle générale positive 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. Le plus souvent, la nouvelle méthode de reconnaissance est présentée comme ayant 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'Etat de constitution de la situation. La méthode n'exclut donc pas nécessairement toute appréciation de validité d'un rapport de droit.

Plus précisément, 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. Par hypothèse, ce rapport doit avoir été constitué valablement. Dans le présent contexte, cette validité dépend des règles de conflit de lois de l'Etat d'origine et non de l'Etat requis.

Pour autant, du fait de son intervention dans le processus d'application de la règle de droit, l'exception de reconnaissance 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.

III. Appréciation de motifs de reconnaissance en fonction de la situation

7. Le droit de l'Etat requis peut comporter des motifs de non-reconnaissance. Dans leur ensemble, les divers modèles retiennent le motif d'incompatibilité de la reconnaissance avec l'ordre public de cet Etat. 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.

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.

Les présentes lignes directrices cherchent à établir un encadrement des motifs de non-reconnaissance dans un but de sécurité juridique, en particulier à la lumière de la jurisprudence européenne des libertés et droits fondamentaux. Plutôt que d'énoncer des conditions rigides, cet encadrement laisse une marge d'appréciation à l'autorité requise, en établissant une liste exemplative d'indices. Ceux-ci correspondent à des éléments qui, plus généralement, guident la mise en œuvre d'un motif d'ordre public ou de fraude dans le domaine des conflits de lois.

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

(1) l'existence ou l'absence de liens suffisants de la situation avec l'Etat d'origine, en particulier lorsqu'aucune des parties ne réside dans cet Etat ou n'a la nationalité de cet Etat ;

(2) la consolidation de la situation par l'absence d'exercice effectif des droits découlant de la situation ou du rapport juridique en cause, telle l'absence de vie familiale effective, le cas échéant confortée par une cristallisation du fait de l'intervention d'une autorité publique ;

(3) une balance des intérêts, notamment 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'Etat requis, tenant compte notamment du degré d'équivalence du contenu du droit en vertu duquel la relation juridique a été constituée avec celui du droit désigné par la règle de conflit du for.

10. L'insertion d'une condition de cristallisation parmi ces indices d'appréciation plutôt que comme élément d'identification de l'objet de la reconnaissance, permet une approche nuancée, qui n'empêche pas toute possibilité de reconnaissance en l'absence de cristallisation.

11. La balance des intérêts peut prendre en compte un motif d'ordre public comme justification impérieuse d'intérêt général – tout en considérant que, dans le raisonnement du conflit de lois, ce motif s'avère souvent être la cause de l'entrave à la liberté ou au droit fondamental par le déclenchement de l'exception d'ordre public. Lors de la mise en balance, ce motif ne pourra, le cas échéant, contrebalancer l'intérêt individuel en cause que s'il affecte une valeur supérieure, jugée essentielle ou systémique de l'ordre juridique de l'Etat requis. Il peut en aller autrement lorsqu'il est en balance avec une attente légitime des parties en dehors de la préservation d'une liberté ou d'un droit fondamental.

12. En cas de non-reconnaissance, l'autorité requise devrait examiner, au vu de l'ensemble des circonstances, la possibilité d'appliquer, dans le droit désigné par la règle de conflit du for, une disposition ayant un effet équivalent à l'institution qui a permis la constitution du rapport juridique à l'étranger dans la situation particulière, de manière à permettre un exercice effectif de la liberté ou du droit fondamental, ou selon le cas, de préserver l'objectif de prévisibilité des solutions pour les parties. Au besoin, une protection effective est recherchée au moyen d'une adaptation de la disposition pertinente de ce droit.

La version anglaise se lit comme suit :

Guidelines on the Recognition of a Foreign Legal Relationship

These guidelines constitute an attempt to formulate the method of recognition of foreign situations as established by legal doctrine. They are based on the model of an exceptional recognition of a legal relationship validly constituted abroad, in the light of the case law of the ECJ and the ECtHR on the one hand, and the objective of foreseeability of the applicable law on the other. They are different from a model based on a general rule of recognition in civil matters. In the proposed model, the decision on recognition depends on an assessment of all the circumstances, based on a list of indicators.

1. Without prejudice to special provisions¹, the application of a provision of the law designated by the choice-of-law rule which leads to the non-recognition of the validity or effects of a legal

¹ As an example of a special regime for private divorce and parental responsibility, Articles 64 to 66 of Regulation 2019/1111 Brussels IIter provide for the recognition of an authentic instrument or agreement registered and certified in a Member State. The conditions include, in particular, an element of proximity in that the instrument must have been drawn up in a State whose courts would have had jurisdiction - in concrete terms, the State of nationality or residence of a spouse; the State of residence of the child - and an element of public policy. In addition, the certificate may be declared null and void by the originating authority if the instrument does not have "binding effect" in the State of origin, or if the instrument relating to parental responsibility is contrary to the child's interests. In comparison with the present guidelines, this regime includes the indicators of proximity, consolidation (with the

relationship validly formed abroad shall be disregarded where such application prejudices the exercise of a fundamental freedom or right enshrined in European Union law, the European Convention on Human Rights or international law, or where it undermines the achievement of the objective of legal certainty and predictability.

For the purpose of this paragraph, the validity of the legal relationship shall be determined in accordance with the rules of private international law of the State in which the legal relationship was formed².

2. The decision on recognition is based on an assessment of all the circumstances, in particular³ :
 - the existence of a sufficient connection, such as a party's habitual residence or nationality⁴, with the State in which the legal relationship was formed;⁵;

requirement of crystallisation) and balance of interests. On the other hand, the authorities of the requested State have no control over these conditions, apart from the grounds of public policy and the requirement that the child be given the opportunity to express his or her views. Furthermore, this system does not formally provide for a validity check in accordance with the private international law of the State of origin.

² Such a condition is present in most of the models proposed by the method based on the recognition of situations (see the discussion in the appendix [*French version only*]). European case law takes it into account as a necessary element of the configuration of the situation. See, for example Coman judgment (C-673/16, 5 June 2018), concerning a same-sex marriage celebrated in Belgium "in accordance with the law of that State": in this case, this celebration was based on Article 46(2) of the Code of Private International Law, according to which such a marriage (between an American and a Romanian residing in Belgium) is possible if it is valid according to the law of the nationality or residence of a party - as an exception to the rule designating the national law of each party, which would have required compliance with the prohibition of such a marriage under Romanian law. Similarly in relation to parentage, the Pancharevo judgment (C-490/20, 14 December 2021, citing the Coman judgment) refers to a "legally established" relationship, or a status "established in another Member State in accordance with the law of that State".

³ The assessment indicators are intended to reflect the proportionality requirement that a decision to refuse recognition should meet, as well as the conditions of a legitimate expectation on the part of the parties. The list includes, but is not limited to, the main indicators.

The argument that the parties have a legitimate expectation echoes the consideration given to a number of concepts, such as the objective of legal certainty and foreseeability (see paragraph 1), the parties' confidence that their conduct will comply with the requirements of the law of the forum deduced from the practice of the authorities (an indication noted in the Wagner judgment, ECtHR, 28 June 2007, no. 76240/01), or the elements of proximity and consolidation of the situation that constitute indicia of assessment in this paragraph.

⁴ The weighting of these indicators may vary depending on the subject matter. A priori, the weight of the nationality criterion may differ in matters of status and family relationships compared with other matters. In Freitag (C-541/15, 8 June 2017) concerning the recognition in the State of residence of a name acquired in the Member State of nationality of origin and birth, the Court accepted that the German authority of residence and co-nationality had to authorise a change of name under the law of the nationality of birth. By comparison, in the Coman case (C-673/16, 5 June 2018), the location of the European citizen's residence in Belgium, the country of celebration, was held to be decisive, as was, in the Grunkin & Paul case, the location of the German citizen's actual and continuous residence in his country of birth. The Pancharevo judgment identifies a link established in respect of a foreign child in the host State "of birth or residence".

⁵ This indicator expresses a condition of proximity, present in most models concerning a system for recognising situations.

From the point of view of the general method of conflict of laws, this condition aims to prevent the risk of fraud. European case law accepts that the fraud argument can neutralise an artificial arrangement for obtaining the benefit of freedom of movement. According to the Bogendorff von Wolffersdorff judgment (2 June 2016, Case C-438/14, § 57), citing the Centros judgment (9 March 1999, Case C-212/97), the State may combat "circumvention of national

- the consolidation of the situation, in particular through the intervention of a public authority or the effective exercise of the rights deriving from the legal relationship;⁶
- a fair balance of the interests involved, private and public.⁷

law on the status of persons by the exercise for that purpose alone of freedom of movement and the rights resulting therefrom". This ground for refusal falls as much within the concept of abuse of Union law (on the constituent elements of this concept, see the *Torresi* judgment of 17 October 2014, C-58/13, §§ 45 and 46) as that of fraud against the law. However, it can only be applied following a concrete assessment of the circumstances, and not on the basis of an anti-fraud rule of general and abstract application (*Centros* judgment). See also, for the European Court of Human Rights: *Orlandi v. Italy* judgment of 14 December 2017, no. 26431/12 (same-sex marriage), and *DB v. Switzerland* judgment of 22 November 2022, no. 58817/15 (filialion by surrogate motherhood).

⁶ The effective exercise of the rights deriving from the legal relationship validly established abroad echoes a condition for assessing the rights referred to in Article 8 ECHR. The intervention of a public authority - often required in the models as an element in the "crystallisation" of a situation - is not considered necessary but is merely an indication, in particular of a legitimate expectation on the part of the parties that the legal relationship will be held to be valid. Such an expectation may also arise, for example, from possession of status.

⁷ This indicator expresses a balance of interests in the event of a conflict between several fundamental values, for instance when a refusal to recognise a legal relationship is justified by a legitimate objective of general public interest, set against a freedom or a fundamental right of the parties. In matters where the right in question is that of the child, his or her interests must be considered to be paramount.

The public policy argument as a ground for refusing recognition is generally accepted by the models relating to the method of recognising situations. However, its use in this context has particular significance. In most cases involving the recognition of a foreign situation, the obstacle to recognition arises from the application of the law of the forum after the public policy exception has been raised. As a result, this ground for refusing recognition is understood as part of a balance between the general interest invoked as justification for the measure in question and the interest of the individual, as practised in the context of the protection of fundamental rights or freedoms, where it is given a restricted meaning targeting a hard core of values of the legal order.

In European freedom of movement law, the public policy ground may relate to a manifest infringement of a fundamental principle, in particular of a constitutional nature, affecting a fundamental interest of society (for example, *Omega* judgment of 14 October 2004, C-36/02, for human dignity; *Sayn-Wittgenstein* judgment of 22 December 2010, C-208/09, for the republican conception of the State), or to the essential content of fundamental rights, in particular those enshrined in the Charter (for example, *Swedish Match* judgment of 22 November 2018, C-151/17). The same applies as a ground for refusing to recognise a foreign judgment (*Renault* judgment of 11 May 2000, C-38/98, § 29, citing the *Krombach* judgment and *ALBER* Opinion, § 67; *Diageo Brands* judgment of 16 July 2015, C-681/13, and *Szpunar* Opinion, § 44 with references; *Meroni* judgment of 25 May 2016, C-559/14).

The invocation of this argument must also take account of the degree of divergence between the conceptions prevailing in the legal systems in question, it being understood that the exception should not come into play where those conceptions are sufficiently similar (see, for example, the Opinion of Advocate General Alber preceding the *Renault* judgment, § 67). Account may thus be taken of the possible equivalence of the foreign institution in question with the corresponding institution known to the law designated by the conflict rule (in this sense, as an element left to the discretion of the court addressed, *Bogendorff von Wolffersdorff* judgment of 2 June 2016, C-438/14, referring to the possible absence of a shared conception of States in matters of name, concerning the recognition in Germany of a name associated with a predicate of nobility obtained in the United Kingdom).

3. In the event of non-recognition, a provision of the law designated by the choice-of-law rule of the forum may be applied and, if necessary, be adapted, with an effect that is equivalent to the provision that enabled the legal relationship to be formed abroad.⁸

⁸ This paragraph illustrates the use of adaptation techniques, in the light of the *Menesson* case (opinion of 10 April 2019, no. P16-2018-01) which, while admitting a refusal to recognise parenthood of intention without a genetic link, states that the best interests of the child require seeking, in the law of the requested State, a parent-child relationship equivalent to that established abroad, such as adoption, and adapting, if necessary, the conditions so as to ensure a simplified and accelerated procedure.

B. L'orientation de futures lignes directrices concernant le renvoi

C. Kohler expose la particularité de la mission du sous-groupe sur la question du renvoi dans la codification d'un droit international privé européen. En règle, le renvoi n'est pas admis en droit international privé européen. Pour rappel, ce mécanisme n'apparaît généralement dans les textes européens que sous une forme négative, pour en être exclu. Cette règle connaît toutefois une exception, dans le règlement 650/2012 du 4 juillet 2012 sur les successions (disponible [ici](#)) dans lequel une forme particulière de renvoi est envisageable. Selon l'article 34 :

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

- a) à la loi d'un État membre ; ou*
- b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi.*

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

C. Kohler précise que dans ce règlement, un renvoi au premier degré apparaît. Cependant, il s'agit moins d'un renvoi à la loi du for qu'à celle d'un État membre. Un renvoi au second degré est prévu, en cas de désignation de la loi d'un État tiers qui se veut applicable. Cette exception est justifiée, dans le considérant 57, par la volonté de garantir une « *cohérence au niveau international* ». Le sous-groupe fait remarquer que la version en langue allemande de ce considérant va plus loin puisqu'elle utilise le terme « *internationaler Entscheidungseinklang* », c'est-à-dire l'uniformité (« *l'unisson* ») des décisions .

Le sous-groupe s'est d'abord attaché à réaliser un état des lieux sur la place du renvoi en droit international privé de l'Union et des États membres, sur la base d'une note introductive de C. Kohler et P. Kinsch ([Annexe IV](#)). D'emblée, le sous-groupe en a déduit l'impossibilité d'identifier un courant principal unique.

Le sous-groupe rappelle la tentative de rapprochement de l'Institut de droit international dans sa résolution de 1999 sur la prise en compte du droit international privé étranger entre le renvoi et la prise en considération (disponible sur le site de l'IDI, [ici](#)). Cette résolution encourage les législateurs à se garder de prendre une attitude positive ou négative à l'égard du renvoi ou de la prise en compte des règles de droit international privé étranger. Elle dispose que :

« La prise en compte du droit international privé étranger

- 1. ne devrait pas être exclue d'emblée, qu'elle implique ou non un renvoi au premier ou au second degré ;*
- 2. ne devrait pas se voir limitée aux situations dans lesquelles l'uniformité est souhaitable ».*

L'Institut prône une approche souple et l'exclusion des règles rigides. Comme l'avait soulevé P. Lagarde au cours de ces travaux, la résolution a le mérite de « *s'être gardé[e] sur un tel sujet de tout dogmatisme. L'approche retenue par le Rapporteur consiste à laisser le juge statuer sur l'admission ou le rejet du renvoi en fonction des solutions matérielles auxquelles conduirait son application ou sa non-application* »⁹. P. Lagarde y exprimait toutefois qu'il aurait préféré une approche plus proche de celle retenue par la loi allemande de 1986 sur le renvoi, pour des raisons de prévisibilité.

Le sous-groupe a examiné en particulier la position nuancée du législateur allemand au sujet du renvoi ou de la prise en considération des dispositions de droit international privé d'un droit étranger. L'article 4 (1) EGBGB dispose que le renvoi à une loi étrangère inclut normalement les dispositions de droit international privé de la nouvelle loi, à moins que « le sens » du renvoi à la loi étrangère ne s'y oppose¹⁰. Depuis son adoption en 1986, cette règle n'a guère eu l'occasion d'être appliquée par les juridictions allemandes¹¹. Néanmoins, il en résulte par exemple que, lorsque la règle de conflit de lois prévoit un rattachement alternatif laissant sous-entendre qu'une solution matérielle est favorisée, « le sens » du renvoi implique que les juridictions allemandes excluent un renvoi à une loi qui ne permettrait pas d'arriver à la solution matérielle souhaitée par la règle de conflit.

En droit de l'Union, plus généralement, la place du renvoi fut d'emblée limitée. C. Kohler évoque la proposition initiale de règlement Rome II en 2003, faisant référence à l'article 15 de la convention de Rome sur les obligations contractuelles pour justifier l'exclusion du renvoi. Cette référence servira de point de repère dans la majorité des propositions ultérieures de la Commission. Le renvoi est exclu, que la loi applicable ait été choisie par les parties ou désignée à l'aide d'une règle de conflit objective. L'argument avancé pour cette exclusion quasi systématique du renvoi est la protection de la sécurité juridique. La désignation d'une loi applicable par des règles de conflit de lois uniformes vise à rendre la solution plus prévisible pour les parties. Une exception était présente dans la proposition initiale en vue d'un règlement sur les obligations alimentaires en 2005. Toutefois, à l'issue des débats, il fut décidé de s'en remettre au protocole de La Haye du 23 novembre 2007, auquel se réfère l'article 15 du règlement.

Cette logique aurait dû conduire à une exclusion du renvoi dans le règlement Successions (ce qui avait été proposé par la Commission). Toutefois, la solution retenue par l'article 34 privilégie un objectif de cohérence internationale. En quelque sorte, le législateur européen est encore en quête d'un point d'équilibre entre la protection de la sécurité juridique et l'intérêt de la cohérence internationale.

⁹ Annuaire de l'Institut de droit international, session de Berlin, vol. 68 — II, p. 97.

¹⁰ « Wird auf das Recht eines anderen Staates verwiesen, so ist auch dessen Internationales Privatrecht anzuwenden, sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht. 2Verweist das Recht des anderen Staates auf deutsches Recht zurück, so sind die deutschen Sachvorschriften anzuwenden. »

¹¹ Les détails des cas figurent à l'Annexe V.

Cet état des lieux ne donnant aucune réponse définitive sur l'approche à suivre, le sous-groupe pose la question de l'orientation future de ses propositions. P. Kinsch présente quatre orientations possibles. La première consiste à s'aligner sur la Commission européenne et à considérer que le renvoi n'a aucune utilité au sein d'un système unifié de droit international privé européen. Une telle position nécessiterait une justification scientifique plus robuste que celle avancée par la Commission. Le sous-groupe exprime sa réticence à adopter cette orientation, la trouvant insatisfaisante dans certaines situations, notamment en matière de successions. L'adoption d'une acceptation systématique du renvoi est tout autant déconseillée par le sous-groupe. La deuxième orientation reviendrait à adopter une position *a priori* hostile, mais en admettant les exceptions en matière spéciale. La troisième approche serait d'adopter une position *a priori favorable*, sous réserve d'exceptions. La dernière solution est celle adoptée par le législateur allemand, selon laquelle le renvoi est permis à moins que le sens – ou l'objectif – de la règle de conflit régissant une matière particulière ne s'y oppose.

Au cours du débat est soulevée la pertinence du renvoi dans un système européen qui tend vers l'unité du *forum* et du *jus* dans la majorité de ses projets récents. À partir du moment où le législateur de droit international privé vise un tel objectif méthodologique, ou un objectif de politique législative dans une matière particulière, le Groupe s'accorde qu'il ne serait pas adéquat d'adopter une règle absolue, mais plutôt une approche fonctionnelle qui permette de réaliser la politique législative qui sous-tend le choix du facteur de rattachement retenu, tout en laissant au juge une marge d'appréciation lorsque cette politique n'est pas atteinte dans un cas particulier.

Le consensus tend donc vers une préférence pour la deuxième option, à savoir une hostilité de principe au renvoi, sous réserve de son admission dans certains domaines en vue d'atteindre un objectif législatif ou matériel précis. Certains membres rappellent toutefois que l'exception d'ordre public international est l'outil de prédilection en vue de la protection d'une politique essentielle de l'État du for. Si la loi désignée par la règle de conflit du for méconnaît cette politique essentielle, elle pourra être écartée à l'aide de l'exception d'ordre public. Le renvoi n'est donc pas strictement nécessaire. La réciproque est aussi vraie, dans la mesure où l'acceptation du renvoi en général pourra effectivement amener à l'application d'une loi autre que celle désignée par la règle du for. Or, si le résultat d'un tel renvoi n'est pas acceptable, cette loi pourra aussi être écartée à l'aide de l'exception d'ordre public. Dans ce cas, le for aura le choix entre l'application de sa propre loi ou l'application de la loi désignée par sa règle de conflit. En toute hypothèse, il ne faut pas oublier que le renvoi s'intègre dans un système de droit international privé plus général. Une acceptation large du renvoi nécessiterait un rôle accru d'autres mécanismes correcteurs de droit international privé.

Le Groupe s'accorde sur une orientation qui reconnaisse la notion de lien entre l'objectif d'une règle de conflit de lois et le renvoi. Il conviendrait alors que le sous-groupe parvienne à établir une typologie des critères pouvant justifier le recours au renvoi en vue de respecter l'objectif matériel d'une règle de conflit de lois, ou l'objectif de politique législative poursuivi par le choix du facteur de rattachement retenu. Pour l'y aider, il invite les membres à lui communiquer tout

élément utile d'évaluation, le cas échéant à la lumière de la pratique jurisprudentielle. Sur cette base, il pourrait soumettre une grille d'indices de nature à retenir ou à exclure le renvoi dans une matière particulière.

IV. Proposition de constitution d'un groupe de travail sur l'incidence du droit de l'Union sur le droit de la nationalité des États membres

Le Groupe a entendu la proposition de E. Pataut pour la constitution d'un groupe de travail sur l'incidence du droit de l'Union sur le droit de la nationalité des États membres. Certes, le sujet a déjà été abordé sous un angle traditionnel par les internationalistes de droit privé, à savoir l'impact de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union sur les mécanismes de résolution de conflits de nationalités. Désormais, les principes de primauté de la nationalité du for et la prévalence de la nationalité la plus effective ont été fortement mis en cause en présence d'une nationalité d'un Etat membre, depuis les affaires *Micheletti*¹² et *Zhu & Chen*¹³. E. Pataut rappelle que le Groupe a réagi à ces développements par une prise de position sur la solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l'Union européenne, adoptée à la réunion de Lausanne en 2013¹⁴.

Au cours de la dernière décennie, la Cour de justice s'est prononcée à plusieurs reprises sur des questions relatives au droit de la nationalité, s'emparant de la question de la citoyenneté européenne. L'article 20 TFUE affirme que « *est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas* ». La citoyenneté de l'Union est devenue un concept fondamental du droit de l'Union, auquel les personnes privées accèdent par une qualification nationale. E. Pataut propose de s'intéresser à la relation entre le droit européen et le droit de la nationalité des États membres à travers la question suivante : l'article 20 TFUE et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union influencent-ils le droit substantiel des États membres ?

Quatre arrêts donnent à croire que la réponse à cette question est incontestablement positive. Il s'agit des arrêts *Rottman*¹⁵, *Tjebbes*¹⁶, *JY*¹⁷ et *X v. Ministère d'intégration*¹⁸. Tous ont été rendus en Grande chambre, sur conclusions de l'avocat général Szpunar. Ces arrêts soulèvent trois questions distinctes. La première, fondamentale, reste celle de la compétence des États en matière de nationalité (A). La deuxième, au cœur de la jurisprudence de la Cour, est celle de la perte de la nationalité (B). L'acquisition de la nationalité d'un État membre mérite aussi quelques développements (C). La présentation de E. Pataut conduit à la création d'un nouveau sous-groupe (D).

¹² CJUE, 7 juillet 1992, c-369/90, *Mario Vicente Micheletti*, disponible [ici](#).

¹³ CJUE, Ass. Plén., 19 octobre 2004, c-200/02, *Zhu et Chen*, disponible [ici](#).

¹⁴ La résolution est disponible sur le site du GEDIP [ici](#).

¹⁵ CJUE, Grande chambre, 2 mars 2010, c-135/08, *Janko Rottman c. Bayern*. Disponible [ici](#).

¹⁶ CJUE, Grande chambre, 12 mars 2019, c-221/17, *M. G. Tjebbes c. Minister van Buitenlandse Zaken*. Disponible [ici](#).

¹⁷ CJUE, Grande chambre, 18 janvier 2022, c-118/20, *JY c. Wiener Landesregierung*. Disponible [ici](#).

¹⁸ CJUE, Grande chambre, 5 septembre 2023, c-689/21, *X c. Undlæding-og Integrationsministeriet*. Disponible [ici](#).

A. La compétence en matière de nationalité

Il n'y a aucun doute que la nationalité relève de la compétence exclusive des États membres. E. Pataut énumère les fondements juridiques de cette affirmation incontestable, notamment l'article 20 TFUE, la déclaration n° 2 sur la nationalité des États membres annexée au traité de Maastricht et les déclarations de certains États membres. Cependant, dans l'arrêt *Rottman*, la Cour distingue entre la compétence étatique exclusive en matière de nationalité, d'une part, et l'exercice de cette compétence, qui doit être compatible avec le droit de l'Union.

Cette réserve – traditionnelle à propos de l'examen d'une compétence matérielle exclusive de l'État –, introduite en 2010, est répétée dans les trois arrêts. Il devient donc évident que malgré le caractère exclusif de la compétence étatique en matière de nationalité, le droit de l'Union influence le droit de la nationalité des États membres. L'essentiel de cette influence porte sur la perte de la nationalité.

B. La perte de la nationalité à l'aune du droit de l'Union

Les quatre affaires concernaient des cas de perte de la nationalité d'un État membre entraînant la perte de la citoyenneté de l'Union et les droits qui lui sont associés. Dans l'affaire *Rottman*, un ressortissant autrichien avait été naturalisé allemand et avait perdu de ce fait sa nationalité autrichienne en vertu du droit autrichien. Ultérieurement, la naturalisation avait été annulée en Allemagne en raison de la nature frauduleuse de la demande. Dans l'affaire *Tjebbes*, une ressortissante néerlandaise avait perdu sa nationalité en raison de l'absence de tout lien avec les Pays-Bas pendant plus de dix ans. Dans l'arrêt *JY*, une ressortissante estonienne domiciliée en Autriche souhaitait être naturalisée Autrichienne. Elle avait reçu l'accord des autorités autrichiennes, subordonné à la perte de sa nationalité d'origine. Après la perte de cette nationalité, les autorités autrichiennes refusèrent la naturalisation pour des raisons mineures liées à l'absence d'un contrôle technique de son véhicule et à une infraction légère au volant sans retrait du permis de conduire. Enfin, dans l'affaire *X c. Ministère d'intégration* était en cause une disposition danoise prévoyant la perte automatique de la nationalité de tout ressortissant né à l'étranger et n'ayant jamais résidé sur le territoire avant ses 21 ans.

Toutes ces hypothèses présentent des cas légitimes de perte exceptionnelle de la nationalité de manière involontaire, au sens de l'article 7 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1997 sur la nationalité. Les décisions ne posent donc aucune difficulté du point de vue du droit international public. Cependant, la Cour de justice a progressivement développé un contrôle plus étroit. Elle a notamment posé des exigences de non-discrimination et de proportionnalité. Les arrêts vérifient systématiquement la proportionnalité de la mesure nationale par rapport aux effets subis par la personne concernée, notamment la gravité des conséquences de la disparition de sa citoyenneté européenne. Dans l'arrêt *Rottman*, la Cour considère qu'il n'y a pas une violation du principe de proportionnalité. De même, dans l'affaire *Tjebbes* et *X c. Ministère d'intégration*, les dispositions sont jugées conformes au droit de l'Union, sous réserve du contrôle individuel de proportionnalité. Ce n'est que dans l'affaire *JY* que la Cour condamne un État

membre parce que les conséquences du refus étaient considérablement disproportionnées aux motifs du refus.

E. Pataut invite le Groupe à mesurer l'impact de ces développements sur les droits des États membres. Le premier effet de cette jurisprudence est que toute perte automatique de la nationalité ne sera plus conforme au droit de l'Union. Chaque perte ou déchéance nécessiterait un examen individuel. Cela conduirait à une condamnation de solutions au cœur de certaines législations nationales, notamment la législation autrichienne qui interdit radicalement la double nationalité. Se pose aussi une question méthodologique de la procédure nécessaire pour le retrait, ou la perte, d'une nationalité d'un État membre. Dans l'arrêt *X c. Ministère d'intégration*, la Cour de justice considère que l'État membre doit prévenir la personne du risque de perte de sa nationalité, la mettre en mesure de régulariser sa situation et même de contester *a priori* une éventuelle perte future. Cela sous-entend l'existence d'une série d'exigences procédurales non encore explicitées. E. Pataut invite le Groupe à s'interroger sur de telles exigences potentielles.

Un autre point soulevé par E. Pataut concerne les conditions mêmes de perte de la nationalité. La majorité des cas de perte de nationalité sont subordonnés à la résidence de la personne concernée sur le territoire d'un autre État. Cependant, la Cour de justice exige que la résidence soit en dehors de l'Union, et non en dehors de l'État membre concerné. L'affaire *Tjebbes* concernait plusieurs femmes, toutes résidant en dehors de l'Union, à savoir au Canada, en Iran et en Suisse. Pour les deux premières, la distance avec l'Europe pourrait justifier le maintien de la condition. Toutefois, la proximité géographique et les liens économiques, juridiques et sociaux avec la Suisse laissent surgir des doutes quant à la pertinence du critère retenu. Cette situation mérite davantage d'études, d'autant plus qu'il y a des risques importants de discrimination.

Certes, la compétence de l'Union est en théorie très limitée en matière de nationalité. Néanmoins, le droit de l'Union intervient, à travers la Cour de justice, si la personne perd sa nationalité, puisque cela peut influencer son accès à la citoyenneté européenne. La Cour de justice devrait-elle être compétente dans ce type de litiges ? Y a-t-il discrimination sur la base de la nationalité, en comparant l'effet de la déchéance sur le mononational et sur le multipatride ?

Ces questions méritent d'être posées et l'état de la jurisprudence appelle clarification. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne l'acquisition de la nationalité d'un État membre.

C. L'acquisition de la nationalité d'un État membre

Toujours dans le cadre de la compétence limitée de l'Union en matière de nationalité, des questions intéressantes émergent dans des litiges opposant les institutions européennes à certains États membres, dont Chypre, jadis, et Malte. Depuis la crise de 2008, ces États membres ont un programme de vente de nationalité. Or, la nationalité maltaise peut intéresser en tant que telle, mais aussi en tant que nationalité d'un État membre ouvrant la porte à la citoyenneté européenne. C'est la raison pour laquelle la Commission a réagi brutalement à ces programmes, intentant, notamment, une procédure en manquement devant la Cour de justice de l'Union.

En un premier lieu se pose la question de la compétence de l'Union et de ses juridictions. Certains États offrent la possibilité d'acquisition de leur nationalité en contrepartie d'une somme d'argent, même en Europe. Cela relève de la compétence exclusive de l'État en la matière. Afin de surpasser cet obstacle juridique, la Commission fonde son action sur le principe de coopération mutuelle et sur la citoyenneté européenne. Il reste toutefois à évaluer la mesure dans laquelle l'Union aurait véritablement une compétence en la matière.

La question fondamentale est de savoir si le droit de l'Union, ou le droit international plus généralement, exige un lien réel, une connexion réelle, ou une proximité factuelle, entre l'individu attributaire et l'État attribuant la nationalité. Coutume est de citer l'arrêt *Nottebohm* de la Cour permanente de justice internationale, mais beaucoup d'exemples contraires existent de nos jours. Selon certains, les droits maltais et chypriote seraient particulièrement choquants dans leur caractère moralement contestable, mais le droit européen peut-il avoir mot à dire sur l'acquisition de la nationalité d'un des États membres ?

D. Conclusion et propositions

Selon E. Pataut, il est évident que le droit de l'Union influence directement les droits étatiques en matière de nationalité. Il invite le Groupe à évaluer cet impact et à examiner s'il est envisageable de transformer ce dernier en une règle de droit prévisible et claire.

Le Groupe accepte cette proposition, rejoignant d'autres institutions scientifiques s'intéressant à la relation entre le droit de l'Union et le droit de la nationalité des États membres. Certains voient dans les arrêts de la Cour de justice une volonté de fédéralisation et invitent le Groupe à souligner les limites de la compétence de l'Union en la matière. S'en déduit donc l'opportunité d'une étude comparée du droit de la nationalité des États membres, indépendamment de leur interaction avec le droit de l'Union.

D'autres membres suggèrent l'extension du mandat du sous-groupe à l'étude de la pertinence croissante de la localisation de la résidence dans l'Union européenne. Grâce à ce facteur de rattachement, la Cour de justice parvient à élaborer une citoyenneté de résidence, alors même que cette dernière fut rejetée à Maastricht. Aussi, le sous-groupe pourra s'intéresser à la pertinence de nos jours de la nationalité en tant que critère de compétence ou facteur de rattachement. Dans le projet de règlement en matière de filiation, le facteur de rattachement retenu est la résidence habituelle de la mère biologique, plutôt que sa nationalité comme le font la majorité des législations nationales.

La question se pose s'il est aussi envisageable pour le sous-groupe de s'intéresser à la nationalité des personnes morales, mais cette étude est reportée à une date ultérieure.

Un nouveau sous-groupe est créé, nommé « *Incidence du droit de l'Union sur le droit de la nationalité* », sous la coordination de E. Pataut. Les membres du Groupe qui s'y intéressent soumettront tout élément de réflexion utile en vue de la prochaine réunion.

V. Actualités du droit de l'Union

Outre les travaux en cours, ou récemment achevés, des institutions européennes (C), sont examinées la proposition de règlement sur la protection des adultes (A) et la proposition de règlement en matière de filiation (B).

A. La proposition de règlement sur la protection des adultes

Le Groupe a porté son attention sur la proposition de règlement sur la protection des adultes déposée le 31 mai 2023¹⁹. Ce texte a fait l'objet d'une présentation par A. Bonomi. Le contexte est crucial (1) pour comprendre l'importance et la pertinence d'une telle législation (2).

1. *Un contexte nécessitant une réponse coordonnée*

Il s'agit d'un texte qui vise à couvrir un domaine pour l'instant délaissé par la législation de droit international privé de l'Union. L'optimisme est de mise, car ce texte comble d'importantes lacunes. Il apporte également une plus-value importante dans un domaine dont l'ampleur est croissante en Europe pour plusieurs raisons, en particulier le vieillissement de la population et également une série de difficultés sociales déclenchées par des maladies mentales comme Alzheimer.

La dimension transfrontière est aussi de plus en plus importante et deux situations se présentent. Tout d'abord, l'exercice de la liberté de circulation pour des raisons de travail étant de plus en plus répandu, il n'est pas rare que les anciens travailleurs restent dans leur pays d'accueil pour la retraite. Ensuite, il peut également être question de personnes ayant travaillé dans leur État d'origine qui décident de passer leur retraite à l'étranger pour des raisons aussi diverses que le climat ou le coût de la vie. Dans les deux cas, les personnes vieillissantes seront donc éloignées de leur famille lorsque des questions de santé se poseront. Une troisième situation considère les adultes vulnérables qui sont installés, ou s'installent, dans des structures d'accueil à l'étranger (pour des raisons de réduction de coût ou de qualité de soins), que ce soit en Europe ou dans des États tiers.

Une complication majeure vient d'un élément inévitable : l'absence de règles uniformes de droit matériel. S'il y a une certaine uniformité sur les procédures judiciaires ou administratives de protection, il y a davantage de différences en ce qui concerne les nouvelles modalités de protection déjudiciarisées qui se fondent sur diverses formes d'autonomie de la personne, et en particulier les mandats de protection.

Avant d'examiner les caractéristiques du texte, il faut souligner sa base juridique. La proposition a été présentée sur le fondement de l'article 81, § 2 TFUE, et non sur le paragraphe 3. Le choix a donc été fait de ne pas restreindre le texte à la clause spéciale concernant les relations de famille.

¹⁹ Doc. COM (2023) 280 final.

En effet, bien que la famille soit souvent en première ligne dans la protection des adultes, ce n'est pas toujours le cas. Ces problématiques vont au-delà de la protection familiale.

Ce contexte appelle à des solutions efficaces en droit international privé.

2. Contenu de la proposition

Le règlement est doté d'un champ d'application matériel très large qui assure une couverture globale. En effet, il porte sur la compétence, le droit applicable en renvoyant à la Convention de La Haye de 2000, la reconnaissance des décisions et l'acceptation des actes authentiques, la coopération entre autorités et d'autres points importants, en particulier des règles concernant la création et l'hyperconnexion entre les registres de protection des personnes concernées. Le contenu est en partie inspiré du système de la Convention, mais il a pour objectif d'accroître l'efficacité de certaines règles et mesures entre États membres et l'autonomie des parties au sein de l'Union.

La proposition se justifie malgré l'existence de la Convention de La Haye. Celle-ci n'a été ratifiée que par un nombre limité d'États et le processus de ratification des autres États demeure lent. Attendre que cet instrument lie davantage d'États pose le risque d'augmenter les difficultés face à une problématique toujours croissante et donc de compliquer la mise en œuvre de réelles solutions. Il faut néanmoins considérer la question épineuse des relations avec les États tiers à l'Union. Pour cela, la Commission a proposé de permettre aux États membres non parties à la Convention de ratifier celle-ci, laquelle continuera alors à s'appliquer dans leurs relations avec les États tiers.

La proposition de règlement résout la difficulté de coordination avec la Convention en ne prévoyant son application que dans le cas où la personne aurait sa résidence habituelle dans un État membre. Les articles 5 et 8 préservent l'application de certaines règles de la Convention.

Avancées par rapport à la Convention de La Haye :

- 1) Champ d'application matériel : le règlement introduit des mesures de protection.
- 2) Plus original, le règlement prévoit une ouverture à la prorogation de for. Si certains règlements considèrent cette ouverture, comme le fait largement le règlement 4/2009 sur les aliments, ou encore de manière très limitée et peu utile, le règlement 650/2012 sur les successions²⁰ ou le règlement 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux²¹, d'autres l'excluent totalement, tel le règlement 2019/1111 Bruxelles IIter. Ici, en revanche, cette prorogation va connaître une place plus importante qui va au-delà de celle qui lui est

²⁰ RÈGLEMENT (UE) n. 650/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

²¹ RÈGLEMENT (UE) 2016/1103 DU CONSEIL du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux

accordée dans la convention de La Haye en matière de droit applicable. L'autonomie permet de choisir l'autorité compétente, avec deux limites :

- article 6 : les compétences sont réservées aux États liés par la Convention de La Haye ;

- article 7 : l'élection de for n'est pas exclusive. Il faut alors noter que l'on s'éloigne de la tradition depuis Bruxelles I. Elle ne prive pas la saisine d'autorités compétentes en vertu d'autres règles de la proposition.

- 3) Plus connu encore : la suppression de l'exequatur pour les mesures prises sur la base de ce règlement, mais avec la possibilité de refuser la reconnaissance pour des motifs limités.
- 4) Une facilitation de la force probante en Europe des actes authentiques et la création d'un certificat européen de représentation/de protection. Cette mesure semble plus réussie.

D'autres avancées dans le cadre de la coopération administrative sont bienvenues, tels la création et le partage de registres de protection et la communication numérique de données dont la protection est également prévue.

Quelques doutes subsistent quand l'efficacité et la pertinence de l'article 34 et du chapitre 7 de la proposition concernant le certificat européen de représentation. Celui-ci fonctionne en cas de représentation conférée de manière volontaire. L'article 35 (2) se réfère à une représentation confirmée sans préciser par qui celle-ci doit être confirmée. Il semblerait donc que le recours à une autorité publique reste nécessaire pour bénéficier de ce certificat.

B. La proposition de règlement en matière de filiation

La proposition de règlement du 7 décembre 2022 relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation²² fait l'objet d'une analyse critique par C. Gonzalez Beilfuss.

Les affaires *Pancharevo* et *KS & SVD*²³ ont cristallisé la problématique d'un refus de reconnaissance dans un Etat membre d'un lien de filiation constitué dans un autre Etat membre, dans le contexte des entraves à la libre circulation du citoyen de l'Union. La proposition entend y remédier en matière civile, en couvrant l'ensemble des aspects de droit international privé.

S'agissant du champ d'application et des définitions, l'article 2 contient une disposition surprenante en relation avec le droit de l'Union : « Le présent règlement n'a pas d'incidence sur les droits qu'un enfant tire du droit de l'Union, notamment les droits dont il jouit en vertu du droit de l'Union en matière de libre circulation ». Il s'agit d'une innovation, absente de tout autre règlement.

²² Doc. COM (2022) 695 final.

²³ Arrêts du 14 décembre 2021, aff. C-490/20, et du 24 juin 2022, aff. C-2/21.

Assez classiquement, l'article 1 porte sur le champ d'application matériel, décrit d'abord de manière positive, puis par une liste d'exclusions. L'article 4 précise les définitions principales. L'article 5 stipule que le règlement n'affecte pas la compétence des États membres à traiter de la parentalité en droit matériel. Cette précision est symptomatique de la réticence des États membres à voir l'Union traiter de matières relevant de leur compétence.

Le chapitre II concerne la compétence internationale et liste plusieurs fors alternatifs, retenant la résidence habituelle de l'enfant, mais aussi sa nationalité au moment où la juridiction est saisie, ou encore la résidence habituelle ou la nationalité de l'un ou l'autre parent, ainsi que le lieu de naissance. En outre, lorsque la juridiction n'est pas établie sur la base de l'article 6, la présence de l'enfant suffit (art. 7). S'y ajoute une règle renvoyant au droit international privé national ainsi qu'un *forum necessitatis*.

La règle de litispendance (art. 14) doit être soulignée : sa rédaction est proche de celle du règlement Bruxelles IIter (art. 21), tout en ajoutant l'identité de parties. Par ailleurs, comme celui-ci (art. 21), la proposition de règlement inclut le droit de l'enfant d'exprimer son opinion (art. 15).

Le chapitre III porte sur la loi applicable. Il prévoit un rattachement général, désignant la loi de l'État de résidence habituelle de la personne qui accouche au moment de la naissance, ou si ce lieu ne peut être déterminé, la loi de l'État de naissance (art. 17, § 1). Si cette loi ne permet pas l'établissement d'un second lien parental, est applicable la loi de la nationalité du premier parent ou celle du second parent, ou la loi de l'État de naissance (art. 17, § 2).

La proposition prévoit également des règles supplémentaires sur la validité formelle des actes unilatéraux (art. 20), sur l'exclusion du renvoi (art. 21), sur l'ordre public (art. 22), et considère la situation des États ayant plus d'un système juridique (art. 23).

Enfin, le chapitre IV concerne la reconnaissance et établit un système qui fait la distinction entre la reconnaissance de la décision, les actes authentiques avec effet juridique contraignant et les actes sans effet juridique contraignant. Le système de reconnaissance des décisions s'inspire étroitement de Bruxelles IIter. Les motifs habituels de refus de reconnaissance sont présents.

Le chapitre VI consacre la création du certificat européen de filiation, dont l'utilité reste à prouver.

Au terme de plusieurs réunions virtuelles, le sous-groupe a rédigé un document de synthèse en vue d'une prise de position du Groupe sur les orientations de la proposition ([Annexe V](#)). L'ambition n'est pas de réécrire la proposition, mais de se concentrer sur les points et les remarques les plus importants.

Pour situer cette proposition dans le contexte réglementaire global, une remarque plus générale est d'abord avancée. En effet, si l'on étudie l'évolution récente des travaux de la Conférence de La Haye et de l'Union européenne en matière de protection des enfants et d'obligations alimentaires, on constate une certaine complémentarité qui reflète l'idée que les problèmes de

droit international privé mondiaux doivent être réglés au niveau mondial et que les outils régionaux doivent venir en complément en vue de répondre aux besoins régionaux spécifiques. Par exemple, le règlement sur les aliments renvoie au Protocole de La Haye, de même que Bruxelles IIter renvoie aux instruments de La Haye. S'en dégage un principe émergent de complémentarité entre les règles mondiales et les règles régionales. Or, en matière de filiation, le règlement soulève un doute à cet égard, car il n'y a pas d'instrument mondial. Ce principe émergent de complémentarité supposerait donc de régler d'abord le problème au niveau mondial, avant tout complément. Des travaux sont en cours à la Conférence de La Haye, de sorte qu'il faudrait au moins organiser une coopération étroite. Si la mention d'une coopération apparaît dans le paragraphe 3 du préambule (« Le présent règlement ne porte pas atteinte à la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption »), une déclaration du Groupe appelant à une coopération plus importante avec une référence aux présents travaux est évoquée.

1. Sur le point 1 du projet de recommandation : pour une critique plus marquée

La discussion porte sur l'opportunité d'une formulation plus générale et plus critique.

Selon le texte proposé :

1. The Group welcomes that the EU intends to legislate in this field, since parenthood is a status from which persons derive numerous rights and obligations. Lack of continuity is a concern in this area as demonstrated by case law of the CJEU and the ECtHR, since it may amount to an obstacle to free movement and infringe the right to family life.

Au terme de la discussion, le Groupe décide d'ajouter un deuxième paragraphe introductif, qui se lit comme suit :

2. However the Group is of the opinion that there are important shortcomings in the Proposal due to the narrow perspective taken and an insufficient consideration of the legal complexities concerning parenthood in cross-border situations. It therefore encourages a reconsideration of the Proposal, in particular in the light of the points set out below.

2. Sur le point 2 et la notion de « voluntary acknowledgment »

Selon le texte proposé :

2. The Group notes that the Proposal has its main focus on the establishment of parenthood. Since it rightly also covers the contestation and termination of parenthood, the adequacy of the proposed rules should be reconsidered. The contestation and voluntary acknowledgment of parenthood and adoption, in particular, would seem to require additional special rules.

Le sous-groupe explique le choix de l'expression « *voluntary acknowledgment* » par le fait que la proposition nécessiterait des règles spéciales adaptées à divers litiges, notamment la

reconnaissance volontaire de la parentalité. En effet, la proposition de règlement prévoit une règle concernant la validité formelle, mais non la validité au fond. Cela pourrait également concerner l'adoption. La proposition de règlement exclut toutes les adoptions internationales, alors que certaines devraient être incluses, car elles ne sont pas des adoptions transfrontalières au sens de l'article 2 de la Convention de La Haye de 1993.

Il est ajouté qu'il serait opportun de développer qu'elles sont les « *special rules* ». Il est cependant rappelé que le but du document en discussion est d'établir des points nécessitant une clarification. Une note de bas de page explicitant le propos pourrait être envisagée.

3. The Group notes that the Proposal has its main focus on the establishment of parenthood. Since it rightly also covers the contestation and termination of parenthood, the adequacy of the proposed rules should be reconsidered. The proposed rules may also not be appropriate for several other questions that arise in relation to the establishment of parenthood such as the voluntary acknowledgment of parenthood (see point 12 below) and adoption (see point 10 below)

3. Sur le point 9 et le critère de rattachement du lieu de naissance :

La proposition de règlement soumet la contestation et l'établissement de la filiation à la loi du lieu de la résidence habituelle, au moment de la naissance, de la femme qui a accouché. La proposition de recommandation considère que cette loi devrait être celle du lieu de résidence de l'enfant au moment de la contestation ou de l'établissement de la filiation. Cette position demande à être clarifiée.

L'idée développée par le sous-groupe est que la relation avec la femme qui a accouché peut être ténue et ancienne. Les lois du pays de résidence au moment de la contestation reflètent mieux les intérêts de l'enfant au moment de l'instance. Un litige en fournit une illustration : en Espagne, une femme a prétendu être la fille de Dalí, alors qu'elle avait 70 ans. Il semble plus approprié d'appliquer la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de la contestation, sachant que le pays où la femme a accouché avait sa résidence habituelle peut ne plus exister. La proposition de règlement fige le rattachement sur l'ancienne localisation, sans tenir compte du fait que les questions de filiation peuvent se poser bien plus tard, par exemple dans le cadre de demandes d'aliments ou de successions.

Il est alors souligné que le critère peut avoir à évoluer selon la situation. Si le critère proposé ne semble pas pertinent dans certains contentieux de contestation et d'établissement du lien de filiation intenté à un moment ultérieur de la vie de l'enfant, conserver ce critère de rattachement semble en revanche judicieux pour protéger certains types de filiation qui ne seraient pas reconnus ailleurs. Cette question du temps écoulé est considérée différemment d'un système juridique à l'autre. Certains privilégient la preuve biologique alors que d'autres privilégient la stabilité de la relation familiale. Cette problématique est notamment en cours de discussion à la Commission, qui devra établir le point de bascule entre la considération du lieu de naissance dans

un premier temps de vie et la considération de la résidence de l'enfant dans les années ultérieures.

Il faut également noter que dans la proposition de règlement, la personne dont il est question — l'enfant — ne joue aucun rôle. Il est ici question de la personne qui accouche et donc potentiellement, dans certaines situations de GPA, de la mère porteuse. Dans ces derniers cas, l'enfant ne se trouvera peut-être plus dans le même État.

Par ailleurs, la sociologie du contentieux de la filiation suggère l'importance des litiges portant sur la contestation d'un lien préétabli, soit à la demande de la mère, ou de l'enfant, contestant une reconnaissance volontaire de paternité, soit à la demande d'un homme prétendant être le père biologique et voulant reconnaître l'enfant après qu'aura été contestée la présomption de paternité du mari de la mère (action en substitution de paternité).

En suite de ces observations, il est décidé de centrer l'objet du point 9 sur la question du rattachement en regard du moment de la naissance.

Le point se lit alors comme suit :

10. The general rule on applicable law in Article 17 points to the law of the State of the habitual residence of the person giving birth, at the time of birth, with a fall-back rule for instances in which the application of this law would lead to the child having only one parent. This rule clearly aims at maintaining the validity of an establishment of parenthood in the context of Assisted Reproductive Technology (ART) or an international surrogacy arrangement. It can be questioned if it is also suitable for other situations, for instance, if parentage is contested or to be established later in the life of the child, the child is not born as the result of ART or a surrogacy arrangement or if the child is adopted.

4. Sur le point 13 et une limitation problématique à l'exception d'ordre public

La proposition de règlement prévoit en son article 22 (2) que « Les juridictions et les autres autorités compétentes des États membres appliquent le paragraphe 1 dans le respect des droits et principes fondamentaux énoncés dans la charte, et notamment son article 21 relatif au droit à la non-discrimination ».

Le sous-groupe considère (pt 13) que cette formulation semble restreindre l'ordre public des États de manière excessive. Cependant certains États liés par le règlement pourraient refuser de reconnaître tout lien homoparental sous couvert de l'exception d'ordre public en l'absence de toute clarification de la part du règlement. La Cour de justice s'est prononcée sur ce point dans l'arrêt *VMA*²⁴, affirmant qu'une telle reconnaissance n'affecte pas l'ordre public de l'Etat

²⁴ CJUE, Grande chambre, 14 décembre 2021, *VMA c. Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, aff. C-490/20, disponible [ici](#).

lorsqu'elle est invoquée à des fins de circulation. Cet acquis doit être maintenu. Le mariage de personnes de même sexe à l'étranger ne devrait pas justifier un refus de politique publique. Il faut cependant trouver un équilibre entre la volonté de rendre la reconnaissance de filiation possible dans le cadre de l'exercice d'une liberté de circulation et la compétence exclusive des États en matière d'ordre public. La Cour a déjà établi une distinction entre les droits dérivés de la parentalité en vertu du droit de l'Union et les droits dérivés du droit national où la liberté de circulation n'entre pas en jeu.

Il faudrait alors dissocier l'ordre public national et international. Le fait que les relations entre personnes de même sexe ne puissent entrer dans le cadre de l'exception d'ordre public va à l'encontre de la raison d'être de cette exception. Elle est générale et laissée à la discrétion des juges. Cependant, il faut considérer que l'ordre public est également une notion nationale et que celle-ci doit être contextualisée. Ainsi, on peut relever que la référence à la question des couples de même sexe est une spécification de l'ordre public international considéré dans le contexte de cette proposition, et non une interférence avec le droit matériel des États membres. Il faut souligner que désigner une loi étrangère admettant le mariage de personnes même sexe n'est pas la même chose que reconnaître un lien de filiation ultérieur. Des problématiques similaires peuvent également être soulevées dans le cadre de la GPA. Cependant, il faudra encore préciser dans quelles situations la filiation doit être reconnue et puisse conférer des droits, et dans quel cas l'ordre public peut légitimement s'y opposer.

Le débat porte sur le rôle limité du Groupe. En effet, en prenant position, celui-ci donne un avis non pas seulement sur une question technique — à savoir la notion de l'ordre public — mais également sur une question éminemment politique. Cette dernière situation ne va-t-elle pas au-delà de sa vocation ? La proposition du sous-groupe serait alors trop exigeante. Cependant, il est soulevé que dans bien des situations le droit est indissociable de la politique.

Plusieurs approches sont alors débattues. Il est d'abord possible de conserver la formulation proposée, en rappelant que l'ordre public des États demeure de leur entière compétence tant qu'il n'est pas en contradiction avec la Charte de l'Union. Cela permettrait cependant à certains États qui ne reconnaissent pas d'autre lien que le lien biologique de refuser une filiation.

Il est également proposé de simplifier le texte, notamment en supprimant la mention de l'article 24 de la Charte et en évitant ainsi la question du droit matériel. On peut considérer que la Charte appartient de toute manière aux valeurs fondamentales des États membres.

On peut tout autant maintenir la référence à la Charte et à son article 24 tout en soulignant la nature sensible de la problématique. Cette solution a pour défaut de mettre en avant certains droits de la Charte plutôt que d'autres et donc d'encourager une interprétation *a contrario*.

Il est convenu de simplifier le texte, en évitant de citer un instrument au détriment d'un autre, tout en mettant l'accent sur la nécessité de mise en balance de divers droits fondamentaux.

14. Article 22(2) emphasises that the use of the public policy exception in order to refuse the application of the law of a foreign country must comply with the Charter's prohibition of discrimination. However, assuming that such reference is considered necessary, the Group is of the view that it is too narrow, since fundamental rights must be considered as a whole and the various rights guaranteed in the Charter must be balanced. Therefore, reference should also be made to other provisions of the Charter [e.g. in particular article 24 (Rights of the Child)].

De plus, la formulation du point 4 devrait être adaptée à la simplification apportée au point 13.

L'ancien point 4 se lit alors comme suit :

5. The restrictive application of the public policy exception in relation to the recognition of parenthood for the purpose of free movement guaranteed by Union law goes back to the case law of the ECJ in the area of free movement. It is not necessary to confirm, in Article 2, that primary law has priority over secondary law. If at all considered useful, this could be included in the final provisions of the Regulation.

5. Sur le point 16 ou la pertinence du certificat européen de filiation.

Le texte du sous-groupe exprime des doutes quant à la pertinence et l'opportunité d'un certificat européen de filiation. Il est avancé que celui-ci reprendrait les informations des documents nationaux ou la décision du juge national et que, de ce fait, des règles sur la circulation de ces documents seraient suffisantes. En outre, la valeur d'une décision de justice est supérieure à celle d'un certificat, dont la portée relève de la force probante. De même, contrairement à la matière successorale où un certificat doit pouvoir être présenté aux banques ou à d'autres instances privées, l'acte de naissance est principalement utilisé à l'égard d'institutions publiques, tel l'état civil, qui sont habituées aux documents provenant d'autres États membres. Quelle est alors la réelle plus-value de l'établissement d'un nouveau document ?

Il est souligné que l'opportunité de cet instrument supplémentaire peut être laissée aux parties qui peuvent avoir des difficultés de traduction des actes de naissance nationaux.

Il est donc décidé que sans être opposé à la création de ce certificat, le Groupe préconise de s'assurer de son opportunité réelle

6. Sur le point 8 et la possibilité pour l'enfant d'être entendu

La portée de l'obligation d'entendre l'enfant dans certaines situations est discutée. Elle est certes opportune dans le cadre de certains contentieux comme celui de l'établissement de la reconnaissance de parentalité, mais non à propos de la nécessité ou non d'un test ADN.

7. Document adopté

Le Groupe demande au sous-groupe de préparer une nouvelle version consolidée intégrant les modifications issues du débat. La version finale du document adopté se présente dès lors comme suit :

Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood

The European Group for Private International Law,

Taking cognizance of the Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood (COM/2022/695 final);

Recalling that the *Proposal for a Convention concerning jurisdiction and the enforcement of judgments in family and succession matters* adopted by the Group on occasion of its meeting in 1993 already contained jurisdiction rules as regards the establishment and contestation of parenthood;

Believes that the following considerations should guide the European Union's action in this field

1. The Group welcomes that the EU intends to legislate, since parenthood is a status from which persons derive numerous rights and obligations. Lack of continuity is a concern in this area as demonstrated by case law of the CJEU and the ECtHR, since it may amount to an obstacle to free movement and infringe the right to family life.
2. However the Group is of the opinion that there are important shortcomings in the Proposal due to the narrow perspective taken and an insufficient consideration of the legal complexities concerning parenthood in cross-border situations. It therefore encourages a reconsideration of the Proposal, in particular in the light of the points set out below.

Scope and Definitions

3. The Group notes that the Proposal has its main focus on the establishment of parenthood. Since it rightly also covers the contestation and termination of parenthood, the adequacy of the proposed rules should be reconsidered. The proposed rules may also not be appropriate for several other questions that arise in relation to the establishment of parenthood such as the voluntary acknowledgment of parenthood (see point 12 below) and adoption (see point 10 below)
4. The Group is of the view that the spatial scope of application of the proposed rules requires further consideration, since birth certificates are also issued in Member States following the recognition of decisions or documents issued in Third States. This requires coordination with the Hague Parentage project dealing with the same subject matter.
5. The restrictive application of the public policy exception in relation to the recognition of parenthood for the purpose of free movement guaranteed by Union law goes back to the case law of the ECJ in the area of free movement. It is not necessary to confirm, in Article 2, that primary law has priority over secondary law. If at all considered useful, this could be included in the final provisions of the Regulation.

6. The Group thinks that the definitions would need to be reworked. There is a need of clarification in respect of the term “court” and of the term “authentic instruments with binding legal effect”, which are ambiguous and lead to confusion as regards the recognition regime. The definition of a cross-border adoption, which is misleadingly equated to an “*adoption internationale*” in the French text of the Proposal, should be included in the text of the Proposal.

Jurisdiction

7. The general rule on jurisdiction of Article 6 provides for several alternative criteria, which reflects the principle of *favor filiationis*. However, the pertinence of some of these criteria seems doubtful (place of birth of the child, nationality or habitual residence of *either* parent). Even more so if one considers that, by virtue of Art. 3(c) of the Maintenance Regulation and of Art. 4 of the Hague Protocol, these criteria will also determine the jurisdiction (and sometimes the applicable law) to ancillary maintenance claims.

8. This very broad range of options is completed by some uniform rules of subsidiary jurisdiction based on the presence of the child (Art. 7) and on *forum necessitatis* (Art. 9). In this context, the residual application of the national rules of jurisdiction under the law of the Member State, as provided for in Article 8, seems to go too far, and does not reflect the exhaustivity of jurisdictional rules in most recent regulations.

9. The rule of Article 15 concerning the right of children to express their view does not seem to be well-suited to all proceedings for the establishment of parenthood. The optional ground for refusal in case the foreign decision was given “without children having been given an opportunity to express their views” (Art. 31(3), which corresponds to Art. 39(2) Brussels IIter is not appropriate in the present context either, as the hearing of the child is not necessarily established as a fundamental principle in parenthood proceedings in all situation under all applicable laws.

Applicable law

10. The general rule on applicable law in Article 17 points to the law of the State of the habitual residence of the person giving birth, at the time of birth, with a fall-back rule for instances in which the application of this law would lead to the child having only one parent. This rule clearly aims at maintaining the validity of an establishment of parenthood in the context of Assisted Reproductive Technology (ART) or an international surrogacy arrangement. It can be questioned if it is also suitable for other situations, for instance, if parentage is contested or to be established later in the life of the child, the child is not born as the result of ART or a surrogacy arrangement or if the child is adopted.

11. Article 18 on the scope of the applicable law is not exhaustive and, as is customary for such rules in other EU instruments, other matters could be included in scope without being explicitly mentioned. The Group would support this approach. However, an explicit rule concerning the effects of adoption (does it completely sever the ties with the biological parents, can it be repealed?) would be useful as would be a clarification as concerns the methods of proving parenthood. The use of the term “procedure” under (a) is unfortunate since procedural matters usually follow the *lex fori*: it should read “the conditions”.

12. Article 20 governs the formal validity of unilateral acts intended to have legal effect on the establishment of parenthood. In practice, the most common such act is the acknowledgment of paternity. However, false acknowledgments are not uncommon – *inter alia* for migration purposes – and the proposal is unclear on whether the generally applicable law under Article 18 should apply also to the substantive validity of such unilateral acts.

13. Article 23 contains a rule on the law applicable where the law specified by the Regulation is the law of a State which comprises several territorial units, each of which has its own rules in respect of parenthood. However, there are also many States that have systems of personal laws for matters concerning personal status, applying different rules for different ethnic or religious groups. It would be useful if a rule for such situations, e.g. modelled on Article 37 of the Succession Regulation, were included.

14. Article 22(2) emphasises that the use of the public policy exception in order to refuse the application of the law of a foreign country must comply with the Charter's prohibition of discrimination. However, assuming that such reference is considered necessary, the Group is of the view that it is too narrow, since fundamental rights must be considered as a whole and the various rights guaranteed in the Charter must be balanced. Therefore, reference should also be made to other provisions of the Charter [e.g. in particular article 24 (Rights of the Child)].

15. The Group considers that the introduction of an exception clause would be helpful as it would be relevant where the situation is essentially located in a single jurisdiction which is not the habitual residence of the person giving birth at the time of birth. Further clarification in the form of a specific provision dealing with simulation of parenthood or parentage of convenience should also be considered, as there is a lot of litigation about fraud in relation to residence permits.

Recognition

16. The Group notes that the provisions on recognition of court decisions essentially replicate the corresponding provisions of Regulation (EU) 2019/1111 (“Brussels IIter”). Although this technique has its merits, several provisions included are not suitable for the recognition of decisions on parenthood. This applies in particular to Art. 31(1)(d) and (e) which provide that recognition of a decision shall be refused if it is irreconcilable with a later court decision given in the Member State addressed or in another Member State. These rules correspond to the provisions of Regulation Brussels IIter for decisions on parental responsibility. However, in the different context of decisions on parenthood the coherence of the legal order of the Member State addressed calls for the priority of any irreconcilable decision given in that State, and the principle of *res iudicata* requires to give priority only to an earlier decision of another Member State.

European Certificate of Parenthood

17. The main question that arises regarding the European Certificate of Parenthood (ECP) concerns the nature and function of the certificate. According to the proposal, the ECP serves as proof of the status of parenthood; it is established on the basis of a court decision, an authentic instrument with binding legal effect or an authentic instrument with no binding legal effect. The ECP thus confirms an existing status, already established and registered in a national document issued by an authority of a Member State. As such, the ECP seems different from the European

Certificate of Succession, where the authority, possibly independently from any national document, establishes the status or rights of the heirs to the estate.

18. The question arises whether, if the ECP brings proof of a status already established and recorded in a national document, it adds value to the existing recognition or acceptance of national documents. The proposal foresees attestations that can accompany a national court decision or an authentic instrument (with or without binding legal effect). As the ECP does not seem to provide an independent proof, it is unclear what the ECP adds to these attestations. In particular, it is unclear what added value the ECP brings as 'proof' when it is based on a court decision or authentic instrument with binding legal effect which must already be recognised.

19. The ECP seems furthermore questionable when it brings proof, with uniform effects, of a status of parenthood recorded in an authentic instrument with no binding legal effect (typically birth certificates). As the proposal recognises, authentic instruments with no binding legal effect have varying effects in the Member States; Art. 45(1) requires Member States to grant an authentic instrument which has no binding legal effect the same evidentiary effects as it has in the Member State of origin or the most comparable effects. It would seem that the ECP would 'overrule' the diverging evidentiary effects by granting the same effect to birth certificates across Member States. This might be justified if the authority issuing the ECP would confirm, on the basis of the applicable law, the status of parenthood, independently from what is recorded in a national birth certificate. However, not all civil status registrars in the Member States, which will be issuing ECPs, are used to applying foreign law. In addition, it is not clear what would happen, if the authority concludes that, in accordance with the applicable law, the status of parenthood differs from that recorded in the birth certificate produced by the applicant.

20. A further question that arises, in the context of the issuance of an ECP, concerns the designation of the competent authority. Presumably, the authority 'of the Member State in which parenthood is established' refers to the authority of the Member State of origin of the underlying court decision or authentic instrument with or without binding legal effect. However, this terminology would not seem to fit situations where parenthood is established by operation of law because in such cases parenthood is not established in any particular place.

Conclusion

21. The Group concludes that the Proposal provides a useful starting point for discussion but is of the view that several of the proposed rules would need to be refined.

B. Actualités des travaux de la Commission

Le Groupe a entendu une synthèse des actualités de la Commission européenne par A. Stein, qui distingue les travaux en cours (1) et les chantiers législatifs attendus dans un futur proche (2).

1. Les travaux en cours

Certains travaux sont proches de la finalisation (a) tandis que d'autres sont encore débattus (b).

a. Les travaux en cours de finalisation

i. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances

La proposition concernant l'opposabilité de la cession de créances est en trilogue depuis 2 ans. Bien que la décision du Conseil concernant ce projet de règlement date de 2021, les négociations se sont rapidement heurtées à des difficultés, notamment en lien avec la position du Parlement.

En effet, pour rappel, le critère de rattachement retenu est la résidence habituelle du cédant, mais une liste d'exceptions permet de faire jouer la loi de la créance cédée. Cette règle a été interprétée par le Parlement comme étant la loi qui régit la créance en vertu du règlement Rome I, hormis la faculté de choix de loi par les parties. Si cette proposition est novatrice, elle soulève une difficulté en lien avec la loi régissant les droits et obligations du débiteur cédé.

A la demande du Parlement, des experts extérieurs ont été consultés, dont les conclusions sont attendues. Les négociations sont à l'arrêt dans l'attente d'un nouveau signal du Parlement.

ii. Proposition de directive SLAPP

Il s'agit d'une proposition assez innovante²⁵, car c'est la première fois qu'est utilisé l'article 82, paragraphe 1, point f) TFUE, relatif à l'incompatibilité des règles de procédure des États membres pour harmoniser les procédures civiles nationales. On y retrouve néanmoins certains éléments classiques.

Comme il fallait s'y attendre, le Conseil a adopté une approche plutôt discrète à cet égard. Sous l'angle politique, les États membres n'ont d'autre choix que de soutenir cette proposition, mais bien évidemment aucun d'entre eux ne souhaite modifier les procédures nationales.

Au cours des travaux, certaines obligations ont vu leur niveau d'exigences abaissées et certaines dispositions de la proposition ont été supprimées.

Le Parlement n'a pas modifié les dispositions de la proposition de la Commission, mais a ajouté un chapitre entier, introduisant des règles sur la compétence et le droit applicable – que la Commission avait délibérément laissées de côté.

Les sujets les plus controversés sont les suivants :

- L'article 4 concernant la définition d'un acte transfrontalier – La Commission voulait une définition flexible et large, ce qui n'était pas du goût des États membres. Si les poursuites de ce type sont principalement nationales et quelques fois transfrontalières, la Commission désirait donc étendre la définition du transfrontalier. Les États préféraient une notion rigide. La position de la Commission est de considérer qu'une absence de définition comme choisie dans l'approche générale est sans doute une solution préférable à une notion qui entraînerait une vision trop stricte. À l'inverse, le Parlement a introduit la notion selon laquelle la

²⁵ Doc. COM (2022), 177 final. Voy. une discussion du Groupe sur cette proposition lors de la réunion d'Oslo en 2022.

détermination doit inclure le fait que le public peut s'intéresser à la question si l'acte est accessible par des moyens électroniques. L'intention est alors de considérer que si une publication est accessible par voie électronique, cela suffit pour en faire une question ayant une implication transfrontalière, ce qui a pour effet pratique d'éliminer toute distinction avec une situation interne puisque tout est désormais disponible sur Internet.

- Tout le chapitre sur les recours, en particulier son article 15 portant sur les dommages-intérêts, est un élément essentiel de la proposition. Cet article a d'ailleurs été supprimé par le Conseil en raison de l'absence de base juridique. Cependant, le cœur de la proposition veut que les tribunaux veillent à ce que les victimes aient accès à des voies de recours pour tout dommage matériel ou immatériel.

Enfin, il a été suggéré que l'intégralité des frais de représentation juridique soit supportée par la partie perdante, mais cela changerait des dispositions de plusieurs États membres, les négociations ne sont donc pas très avancées sur ce point.

b. Les travaux en cours d'élaboration

La présentation porte principalement sur la proposition concernant la filiation et sur les négociations internationales.

Sur d'autres points, est également évoquée la proposition de directive harmonisant certains aspects du droit de l'insolvabilité²⁶, ainsi que la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité qui comprend un article concernant des dispositions impératives. Celle-ci n'est pas tout à fait ce que le groupe a recommandé²⁷.

i. Proposition de règlement concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance des décisions et l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation²⁸

Il était clair depuis le début que les négociations seraient longues et ardues. Elles avancent très lentement : la première lecture n'a pas encore été clôturée. Le Parlement pourrait demander à la Commission de modifier la base juridique au profit de la liberté de circulation. Cela a été longuement réfléchi et le statut de *lex specialis* de l'article 81, § 2 TFUE semble demeurer le plus pertinent.

Un premier échange a eu lieu sur la question la plus épineuse, celle concernant l'article 17 et le droit applicable. La question des familles LGBTIQ est restée dans l'ombre des négociations alors

²⁶ Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL harmonisant certains aspects du droit de l'insolvabilité COM/2022/702 final, [disponible ici](#).

²⁷ Doc. COM (2022) 71, COD (2022) 0051. Voy. les discussions au cours de la réunion d'Oslo.

²⁸ Pour les débats du Groupe sur cette proposition, voir notamment Actualités du droit de l'Union, point B de ce compte-rendu.

que tout le monde sait que c'est le cœur des discussions. Le positionnement politique s'est plutôt placé sur la problématique de la maternité de substitution, son fonctionnement au sein de l'Union, mais également avec les pays tiers. Les États membres qui s'opposent à cette pratique, notamment la France et l'Italie, ont été très actifs sur ce sujet. Les négociations sur ce point seront sans doute difficiles et longues.

ii. Les négociations internationales en cours

L'état des lieux des négociations internationales en cours a permis de revenir sur la proposition de la Commission aux États membres de ratifier la Convention de La Haye de 2000 sur la protection internationale des adultes. Il faut souligner qu'il s'agit plus d'une obligation que d'une simple suggestion.

Trois autres remarques sur les initiatives législatives ou quasi législatives en cours dans le domaine international ont été soulevées. Notamment, deux propositions sont en cours :

- L'autorisation à la France de négocier un accord bilatéral avec l'Algérie. Contrairement au modèle adopté par les instruments de 2009, la convention franco-algérienne serait un instrument global. Il s'agit d'un instrument novateur dont les négociations se sont déroulées sans heurts jusque-là, malgré une certaine réticence de la part de la Commission en raison de sa préférence pour le multilatéralisme. Cependant, au vu des enjeux pour les relations franco-algériennes, il est probable que cet instrument voie le jour assez rapidement.
- La proposition relative à la signature par l'Union européenne de la convention des Nations unies sur les effets internationaux des ventes judiciaires de navires comporte une règle de compétence judiciaire et une règle sur la notification des parties à ces ventes, qui a déclenché la compétence de l'Union sur la base du règlement Bruxelles I *bis*.

De plus, concernant la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, deux points sont à noter :

- Elle a été ratifiée par l'Union européenne, l'Ukraine et l'Uruguay. Elle est entrée en vigueur peu de temps après. Israël s'apprête à la ratifier également. Quelques questions demeurent, dont une d'importance horizontale qui est apparue au cours du processus législatif : comment traiter l'adhésion d'un État lorsqu'il existe un mécanisme d'objection sans délai de 12 mois ? La Commission doit-elle présenter une proposition législative formelle afin de ne pas s'opposer à chaque nouvelle demande d'adhésion ? Cette question a été soulevée au Conseil et au Parlement, qui ont demandé d'aborder ce point et de les impliquer officiellement dans un processus législatif formel. Certains avancent le besoin d'une législation formelle permettant de s'opposer à une adhésion.
- Concernant le projet d'une nouvelle Convention sur des questions de compétence qui est au stade d'un groupe de travail depuis 2022, l'UE et l'Australie ont soumis

une proposition commune concernant le traitement des procédures parallèles en droit civil et en *Common law*. Il faut ici réconcilier la règle du premier arrivé et du *forum non conveniens*. Il faut être prudemment optimiste. Les États-Unis déclarent ne pas être intéressés par les procédures parallèles, mais seulement par les actions connexes.

La Commission est également proactive dans le chantier de la numérisation du corps judiciaire. Des actes d'exécution ont été adoptés concernant la signification et l'obtention des preuves, et le règlement sur la numérisation qui s'inspire de ces efforts précédents pour l'étendre à l'ensemble de l'acquis civil et pénal sera bientôt adopté. Le vrai défi de la numérisation n'est alors pas tant de s'accorder sur le fait qu'il y ait un besoin, mais de la mettre en œuvre. C'est un travail immense qui mobilisera d'importantes ressources. Il ne s'agit pas seulement de numériser la communication entre les autorités, mais également entre les parties et les autorités, comme le point d'accès électronique de l'Union européenne qui permettra aux entreprises et aux citoyens de communiquer par voie électronique. Elle sera obligatoire entre les autorités. Le processus sera mis en place progressivement.

On peut également constater une certaine tendance dans les États membres à adopter une législation restrictive, imposant certaines contraintes dans des contextes internationaux. Cela va dans diverses directions. On peut illustrer cette tendance par le projet de loi maltais sur les jeux.

En effet, à Malte, les jeux d'argent et les jeux en ligne représentent 10 % du PIB. Le pays compte un nombre substantiel d'opérateurs de jeux en ligne actifs dans toute l'Union. Relativement récemment, dans les États membres dotés d'une législation restrictive en matière de jeux, comme l'Allemagne et l'Autriche, des consommateurs ont joué sur des sites maltais et ont saisi la justice pour obtenir le remboursement de l'argent perdu pour enrichissement sans cause (contrat illégal et nul). Ils ont obtenu un jugement qui n'est pas des moindres et se sont rendus à Malte pour faire exécuter le jugement. Cela a conduit les Maltais à adopter une disposition qui interdit la reconnaissance et l'exécution d'un jugement (rendu dans l'Union européenne ou ailleurs) lorsque ce jugement compromet ou contredit une licence accordée par Malte et les activités légales qui en découlent. Il existe également une disposition qui limite les litiges à Malte, car aucune action ne peut être intentée contre les opérateurs dans ces situations. Ces réglementations pourraient alors priver les parties d'une action autorisée par le règlement Bruxelles *Ibis*. Les tribunaux maltais ont rendu leurs premiers jugements, l'un d'entre eux affirmant que le droit constitutionnel maltais est supérieur au droit de l'Union.

Un autre exemple de cette tendance émergente est la législation française sur les salaires minimaux pour les traversées maritimes, qui rend applicable l'ensemble de la loi française.

2. Les travaux futurs.

Avant que la prochaine Commission n'entre en fonction en novembre de l'année prochaine, il est fort probable qu'il n'y ait pas d'initiatives législatives majeures. Cependant, on peut suivre les avancées liées aux réformes des règlements Rome II et Bruxelles *Ibis*.

Concernant Rome II, la Commission dispose d'une étude de 2021 et un questionnaire a récemment été envoyé aux États pour connaître le fonctionnement de ce règlement au niveau national. L'objectif est alors de rendre un rapport d'évaluation dans le cadre de ce mandat pour voir si l'on dispose de suffisamment d'informations pour amender cet instrument. Le questionnaire pose des questions générales, notamment sur les SLAPP, les entreprises et les droits humains ainsi que sur des scénarios d'intelligence artificielle. La question la plus importante demeure celle de l'inclusion dans le champ d'application du règlement de la violation des droits de la personnalité. La Commission a toujours été d'avis de l'inclure.

Concernant Bruxelles *Ibis*, la procédure est similaire. La Commission dispose de deux études : une commandée et une qu'elle a financée. La communauté universitaire a également fait parvenir des commentaires sous forme de textes et d'articles. La même temporalité sera appliquée aux modifications de cet instrument. Des questions similaires à celles posées pour Rome II seront à étudier et bien d'autres (recours collectif, la question des défendeurs de pays tiers, etc.).

Finalement, sur le projet concernant le financement privé responsable du règlement de contentieux par des tiers. Le Parlement européen a adopté une résolution avec un texte législatif détaillé sur ces financements privés qui régleraient l'ensemble du secteur²⁹. Il y aurait également de nombreuses règles de procédure, concernant les conflits d'intérêts et les procédures de divulgation. Cette résolution du Parlement européen était une demande spécifique au titre de l'art. 225. La Commission a pour objectif de lancer une étude pour avoir une meilleure vision de cette pratique dans les États membres. En effet, celle-ci prend de l'ampleur.

²⁹ Résolution du 13 septembre 2022, P9-0218/2022.

VI. Actualités des droits de l'Homme

Comme de coutume, P. Kinsch présente l'actualité en matière de droits de l'homme, intéressant le droit international privé. Il présente les nouveaux arrêts qui, à défaut de nouveaux principes ou de revirements, présentent des espèces intéressantes pour le développement de la matière. La période sous examen a été quantitativement riche avec des arrêts en matière de reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe, en matière de gestation pour autrui, en matière du droit à un procès équitable, en matière d'arbitrage sportif ou d'enlèvement international d'enfants. P. Kinsch présente certains arrêts et renvoie à son rapport écrit pour le surplus ([Annexe VI](#)). La sélection porte sur des décisions relatives à la gestation pour autrui ([A](#)), ainsi que sur la condamnation de la Slovaquie par la CEDH pour sa défaillance dans une demande d'exequatur d'une décision émanant d'un État non contractant ([B](#)).

A. L'apparition d'une jurisprudence stabilisée en matière de gestation pour autrui

La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur six affaires cette année, où elle a appliqué les principes arrêtés dans l'avis consultatif relatif à l'affaire *Mennesson*. Elle fait preuve de stabilité en continuant à refuser les requêtes des parents d'intention contre des décisions basées sur la violation de l'ordre public de l'État membre requis, tout en garantissant les droits des enfants, innocents des choix de leurs parents. La Cour considère que l'établissement de la filiation de l'enfant ne concerne pas la protection de vie familiale de l'enfant, puisque la vie familiale avait pu être exercée dans ces espèces, mais touche au droit de l'enfant à son identité et à ses liens de famille. Ces facteurs importants ne peuvent se voir opposer la violation consciente de la loi par les parents d'intention. Certes, il s'en suit que les parents d'intention obtiennent une partie de ce qu'ils cherchaient, mais il s'agit d'un effet secondaire inévitable.

Dans ce contexte, l'enfant a d'abord droit à l'établissement de sa filiation à l'égard de son père biologique. De surcroît, l'enfant a un droit de faire constater un lien familial avec l'autre parent, même si ce dernier ne partage aucun lien génétique avec l'enfant. Les États membres qui essaient toujours à s'y opposer fondent leurs tentatives sur une volonté de dissuasion générale. Cependant, la Cour continue à refuser cet argument, notamment dans l'affaire *K. K. et autres c. Danemark*³⁰. La Cour laisse la possibilité de reconnaître un véritable lien de filiation avec le parent non biologique à la discrétion des États. Toutefois, si l'État décide de ne pas reconnaître ce lien, il doit offrir à ce parent une adoption facilitée. Dans toutes les affaires de la période sous examen, une minorité de juges bioconservateurs manifeste toutefois sa dissidence à l'égard de cette solution.

B. Le refus de reconnaissance d'une décision rendue par un État non contractant pour violation du droit à un procès équitable

³⁰ CEDH, 6 décembre 2022, n°25212/21, *K. K. et autres c. Danemark*, disponible [ici](#).

En matière de reconnaissance de décisions étrangères, l'arrêt *Dolenc c. Slovénie*³¹ concernait la reconnaissance d'un jugement israélien. Était en cause un professeur slovène neurochirurgien mondialement connu qui avait opéré, en Slovénie, un ressortissant israélien. Ce dernier invoquait un préjudice, causé soit par une faute du médecin, soit par une faute postopératoire. Il avait attiré le médecin devant le tribunal de Tel-Aviv, en application de la *tag jurisdiction* – ou compétence basée sur la seule présence du défendeur ayant reçu notification de la procédure sur le territoire du for – permise en droit israélien. Le tribunal s'était déclaré compétent, refusant l'exception de *forum non conveniens* soulevée par le défendeur. Il avait refusé les témoignages à distance et condamné le défendeur à 2,3 millions d'euros de dommages et intérêts. Le patient avait demandé, par la suite, l'exequatur de la décision israélienne en Slovénie et l'avait obtenu.

La Cour fait le parallèle avec l'arrêt *Pellegrini c. Italie*³², qui concerne l'exequatur par la Cour d'appel de Florence d'une décision ecclésiastique. Elle condamne les juridictions slovènes pour ne pas avoir suffisamment vérifié le respect des droits garantis par la Convention devant les juridictions israéliennes, quand bien même l'Israël n'est pas partie à la Convention. Malheureusement, la Cour ne se prononce pas sur la compatibilité d'une *tag jurisdiction* avec le droit à un procès équitable, malgré une mention dans la demande du chirurgien. Elle considère, néanmoins, que le refus d'audition des témoins constitue une violation du droit à un procès équitable en vertu duquel la Slovénie aurait dû refuser la demande d'exequatur.

Il est relevé que la Cour frôle la condamnation de la justice israélienne pour sa méconnaissance de règles de droit qui lui sont complètement étrangères, en passant par les obligations de droit international public opposables, quant à elles, *erga omnes*. Singulièrement, les juridictions israéliennes n'avaient pas fait usage de la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves. L'affaire illustre l'importance, dans ce type de litige, d'une coopération internationale accrue permettant d'organiser un dialogue des juges.

³¹ CEDH, 20 octobre 2022, n°20256/20, *Dolenc c. Slovénie*, disponible [ici](#).

³² CEDH, 20 juillet 2001, n°30882/96, *Pellegrini c. Italie*.

Annexe I. JÜRGEN BASEDOW (1949-2023) : Deux dernières publications

GEDIP — *In memoriam de Jürgen Basedow* — Christian Kohler, 15 septembre 2022

Document de travail de la réunion de Milan 2023

Le décès soudain de *Jürgen Basedow* a donné lieu à un nombre important de nécrologies et de témoignages d'admiration et de respect. Afin de lui rendre hommage dans le cadre de notre réunion annuelle, il ne nous a paru ni nécessaire ni opportun d'ajouter encore une présentation générale de l'homme et de son œuvre. Nous avons pensé plutôt qu'il serait intéressant d'évoquer deux dernières contributions, publiées cette année en allemand à la revue *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*,¹ dont il était un des fondateurs en 1993. Ces contributions montrent en effet que *Jürgen Basedow* n'était pas seulement l'auteur de grands traités, de commentaires de lois et conventions internationales et de cours généraux, mais également un maître du petit format, tel le commentaire d'arrêt ou le compte rendu d'ouvrages. Que le choix ait porté sur les deux contributions de 2023 tient aussi au fait qu'elles présentent un lien concret avec le GEDIP puisque la première concerne l'interprétation du droit privé uniforme par une juridiction nationale, alors que la seconde vise la condition de la langue française dans le monde du droit international.

I. L'interprétation du droit privé uniforme

1. Le processus de l'interprétation du droit privé uniforme est au centre d'un arrêt rendu le 14 juin 2022 par la Cour suprême de Suède, le *Högsta Domstol*, dans une affaire qui opposait une entreprise de distribution établie aux Pays-Bas (B & S) à une entreprise de transport (H. Z.), également néerlandaise, laquelle s'était engagée à transporter une charge de cigarettes des Pays-Bas à Malmö. À Helsingborg, c'est-à-dire déjà en Suède, où elles avaient été déposées temporairement, la plus grande partie des cigarettes furent volées. B & S assignait H. Z. devant les juridictions suédoises pour demander des dommages-intérêts d'environ 20 000 € pour les cigarettes volées, ainsi que le remboursement de 135 000 € qu'elle avait dû payer à titre d'impôt sur le tabac, en dépit du vol des cigarettes, à l'administration suédoise. Devant la Cour suprême, il était constant que la demande était régie par la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) du 19 mai 1956 et que le point litigieux était de savoir si le remboursement de l'impôt sur le tabac était dû par la défenderesse. *Sedes materiae* de cette question était l'article 23 CMR, qui règle le calcul de l'indemnité à payer par le transporteur en cas de perte totale ou partielle des marchandises et dont le par. 4 dispose que

¹ « Divergierende Auslegung einheitsrechtlicher Konventionen (CMR) – ein Fall für das Kollisionsrecht? », *ZEuP*, 2023, 472, et « Le français mal prononcé l'a remporté », *ZEuP*, 2023, p. 516.

« Sont en outre remboursés le prix du transport, les droits de douane et *les autres frais encourus à l'occasion du transport de la marchandise (...)*.²

La question était donc de savoir si l'impôt sur les cigarettes volées faisait partie des frais « encourus à l'occasion du transport de la marchandise », et c'est par la négative que la Cour suprême répond à cette question. Pour y parvenir, la juridiction procède en quatre étapes :

1° La Cour constate d'abord que les conventions internationales de droit privé uniforme, en indiquant directement les conditions dans lesquelles elles s'appliquent, visent normalement à éviter l'application des règles de conflits de lois des pays concernés. Tel est le cas de l'article 1^{er}, par. 1, CMR. Or, la Cour précise la relation de cette convention avec le droit de l'Union, en particulier le règlement Rome I. En vertu de l'article 25, par. 1, de celui-ci,

« Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont partis lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles. »

Selon la Cour suprême, l'article 1^{er}, par. 1, CMR peut être qualifié de règle de conflit unilatérale en vertu de laquelle les dispositions de la convention sont applicables dans l'État du for sans tenir compte des règles de conflits de lois de celui-ci.

2° Ensuite, après avoir expliqué le système de la convention en matière d'indemnisation des pertes de marchandises, la Cour esquisse les orientations qui doivent guider l'interprétation de la CMR. Elle rappelle d'abord, sans se référer à des textes, le principe général d'interprétation selon lequel la convention doit être interprétée de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes qu'elle emploie dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. La Cour ajoute qu'il convient de tenir également compte des principes généraux qui sous-tendent la convention, tandis que les dispositions de la convention ne doivent pas être interprétées à la lumière des principes du droit national dans les matières concernées. En revanche, la pratique juridique nationale (*nationell rättspraxis*) des États contractants est d'une grande importance dans la mesure où l'on souhaite arriver à une uniformité parmi ces États ; finalement, la littérature juridique concernant la CMR est également d'un intérêt certain.

² Souligné par nous.

La Cour examine par la suite la jurisprudence et la doctrine de six États contractants (Pays-Bas, Danemark, Royaume-Uni, France, Allemagne, Autriche) pour en déduire l'existence de deux lignes d'interprétation (*tolkingslinjer*) de l'article 23, par. 4. CMR. La première fait apparaître une interprétation plutôt large qui veut que le transporteur rembourse les frais encourus à l'occasion de la mise en œuvre factuelle du transport ; d'après cette approche, qui est suivie, entre autres, par les juridictions britanniques et danoises, le coût de l'impôt sur le tabac pour les cigarettes volées ferait partie des frais encourus et devrait être remboursé. En revanche, la seconde ligne d'interprétation, plus stricte, suivie par les tribunaux des autres pays européens, signifie que ne sont remboursés que les frais qui se réfèrent à l'exécution « normale » (*normala genomförand*) du transport. Or le coût de l'impôt sur le tabac pour les cigarettes volées n'est pas rattaché au transport concerné entant que tel et ne fait donc pas partie des frais qui doivent être remboursés.

3° La Cour suédoise se prononce pour l'interprétation stricte, laquelle serait plus conforme au système de la convention. En effet, le régime de la responsabilité du transporteur et de la limitation de l'obligation de remboursement visent à assurer la prévisibilité des coûts du transport dans le but de réduire le prix de celui-ci et d'en faciliter l'assurance. Cet objectif est promu lorsque le coût des accises, dues notamment lors de certains transports de tabac et d'alcool, reste en dehors de l'obligation de remboursement du transporteur.

4° Par conséquent, la Cour conclut que le coût des accises ne doit pas être remboursé par le transporteur sur la base de l'article 23, par. 4, CMR.

2. Dans son commentaire, *Jürgen Basedow* évoque, successivement, la relation de la CMR avec le droit de l'Union (1°), l'interprétation du droit privé uniforme (2°), l'étendue de la responsabilité du transporteur en vertu de la CMR (3°), et la résolution de divergences d'interprétation (4°).

1° S'agissant de la relation de la CMR avec le droit de l'Union, le commentateur rappelle que, à la différence de tous les États membres, l'Union européenne en tant que telle n'est pas partie à la CMR. Celle-ci ne fait donc pas partie du droit de l'Union et ne peut être interprétée par la CJUE.³ Il s'agit d'une convention internationale, conclue antérieurement au 1^{er} janvier 1958, qui, en vertu de l'article 351, par. 1, TFUE, n'est en principe pas affectée par les dispositions des traités. Un éventuel conflit avec le règlement Rome I serait donc résolu en faveur de l'application de la convention (ce que l'article 25 du règlement confirme). L'auteur doute

³ Exceptionnellement, la CJUE se déclare compétente pour interpréter la CMR lorsqu'il s'agit de délimiter les règles de compétence de celle-ci des dispositions du règlement Bruxelles *Ibis*, cf. à propos de l'article 31 CMR l'arrêt du 4 mai 2010, C-533/08, TNT Express Nederland.

cependant qu'un tel conflit existe du tout et fait remarquer que le règlement ne s'applique que « dans des situations comportant un conflit de lois » (art.1, par. 1). Or la convention CMR détermine elle-même son champ d'application, et ses règles matérielles uniformes s'appliquent, le cas échéant, sans intervention des règles de conflit des États contractants.⁴ Le règlement Rome I ne s'appliquant pas, l'auteur comprend que le *Högsta Domstol* n'ait pas saisi la CJUE d'une question préjudicielle à cet égard.

2° Se tournant vers l'interprétation des règles matérielles de la convention, l'auteur remarque que la Cour suprême, sans se référer expressément à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (CV), suit les principes énoncés aux articles 31 à 33 de celle-ci et qui débutent par la règle générale de l'article 31, par. 1, selon laquelle

« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

En excluant une interprétation à la lumière du droit national, la Cour va au-delà de la CV et suit, selon l'auteur, une règle devenue désormais fréquente dans des conventions de droit uniforme, selon laquelle aux fins de l'interprétation d'une telle convention, « il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ».⁵ Pour l'auteur, en examinant la pratique judiciaire et la doctrine dans des États contractants de la CMR, le *Högsta Domstol* met en œuvre ces principes de manière exemplaire. Si la pratique nationale fait apparaître une appréciation homogène de la question juridique concernée, l'objectif de l'interprétation uniforme veut que cette appréciation ne soit abandonnée sans des motifs contraignants.

3° Après avoir rappelé le régime de la responsabilité du transporteur tel qu'il ressort de l'article 23 CMR et les divergences dans l'interprétation du paragraphe 4 de cette disposition qui résultent des décisions nationales, l'auteur se rallie à la conclusion de la Cour suédoise qui a préféré l'interprétation stricte des termes « frais encourus à l'occasion du transport de la marchandise ». Aussi le coût de l'impôt sur les cigarettes volées ne fait pas partie des frais remboursables. Pour l'auteur, cette conclusion est justifiée par l'objectif de limiter les risques de responsabilité du transporteur (et de réduire les primes de l'assurance y relative). Celui-ci ne doit pas répondre des risques qui, comme l'obligation de payer des accises, appartiennent à la

⁴ « Wo aufgrund materieller Rechtsvereinheitlichung Art. 1 I Rom I-VO nicht erfüllt ist, kommt die gesamte Rom I-VO nicht zum Zuge, auch nicht deren Art. 25 » (*ZEuP*, 2023, p. 479).

⁵ L'auteur cite l'article 7, par. 1, de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises ainsi que l'article 20 de la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers de 2019.

distribution des marchandises ; sa responsabilité est limitée aux risques qui sont liés directement au transport et donc prévisibles.

4° L'auteur termine par une réflexion qui va au-delà de l'arrêt commenté. Il pose la question de savoir si les divergences d'interprétation du droit uniforme résultant des jurisprudences nationales ne devraient pas être assimilées à un conflit de lois des États concernés qui doit être résolu sur la base des règles de conflit du juge saisi. Si cette méthode a trouvé des adhérents dans la doctrine (notamment à propos des divergences d'interprétation des conventions sur les lettres de change), l'auteur y est opposé. Pour lui, le recours aux objectifs des règles uniformes correspond mieux aux principes généraux d'interprétation des conventions en la matière. De surcroît, s'agissant du contrat de transport, l'auteur fait remarquer que les dispositions de l'article 5 Rome I ne sont pas vraiment adaptés aux contrats soumis à la convention CMR et ne permettent souvent pas de prévoir la loi applicable. Faire dépendre l'étendue de la responsabilité du transporteur en vertu de l'article 23, par. 4, CMR des incertitudes de l'article 5 Rome I ne tiendrait compte des intérêts ni du transporteur ni de son assureur.

C'est cette réflexion de l'auteur qui présente un lien direct avec les travaux du GEDIP. Vous vous rappellerez que *Jürgen Basedow* avait soumis au groupe, à la réunion de Milan 2016, un avant-projet de résolution sur « L'Union européenne et les règlements et conventions internationales de droit privé uniforme » dont l'article 2 énonçait que pour l'interprétation des conventions de droit uniforme

« il sera tenu compte de leur caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application dans les relations internationales avec les autres parties, aussi en dehors de l'Union ».

Selon l'article 3 de l'avant-projet

« (1) Les questions concernant les matières régies par un règlement [ou une convention de droit privé uniforme à laquelle l'UE est partie]et qui ne sont pas expressément tranchées par celui-ci seront réglées par les principes généraux dont ce texte s'inspire.

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

Il est dommage que, après la discussion de l'avant-projet à Milan, l'auteur ait retiré sa proposition, de sorte que le GEDIP n'a pas pu se prononcer sur les principes y formulés. Or nous

disposons au moins de l'écho de cette proposition dans le commentaire de l'arrêt du *Högsta Domstol*.

II. La condition fragile de la langue française dans le monde du droit international

Depuis toujours, la dernière page de chaque numéro de la *ZEuP* est réservée à une brève contribution, une glose, qui, sur un ton souvent critique (et pas toujours sérieux), commente des développements récents dans l'univers du droit. Au numéro 2 de cette année, *Jürgen Basedow* s'est penché sur la place du français dans le monde du droit international. Il caractérise l'itinéraire que la langue de Corneille a parcouru au XXI^{ème} siècle par deux épisodes qui en disent long. En 1919, Georges Clemenceau, confronté à la proposition de conclure le traité de Versailles non seulement en français, mais également en anglais, aurait dit : « Pourquoi en anglais ? Ce n'est que du français mal prononcé. » 75 ans plus tard, lorsque l'auteur donnait un cours spécial à l'Académie de La Haye en français sur le droit international privé de la concurrence,⁶ un étudiant de Singapour lui posait la question « *Why do you lecture in a regional language ?* » C'est entre ces pôles que le rôle du français, jadis la langue classique de la diplomatie, est à la recherche de sa place. L'auteur fait remarquer que, dans un premier temps après la Grande Guerre, cette langue a pu défendre son monopole d'antan, des instruments internationaux comme la convention de Bruxelles de 1924 sur les Règles de La Haye ou la convention de Varsovie de 1929 ayant été conclues uniquement en français. Le déclin s'annonçait avec les conventions de Genève sur les lettres de change et les chèques, rédigées en français et en anglais, les deux langues faisant également foi. Après la deuxième guerre mondiale, le français connut une floraison tardive avec le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, fait à Paris le 18 avril 1951 « en un seul exemplaire », à savoir en français. Bien sûr, à l'époque, des anglophones n'étaient pas impliqués, de sorte que, comme remarque l'auteur, il n'y avait pas de vraie concurrence. Les choses changèrent, on le sait, d'abord avec les traités de Rome ; ensuite, l'anglais apparaissait en 1972 avec l'adhésion de l'Irlande et du Royaume-Uni. Entre-temps, faut-il le rappeler, cette langue a acquis le statut de *lingua franca* en Europe, le Brexit n'ayant rien changé à cet état des choses. Mais ce n'est pas tout. En effet, dans le cadre des conventions de La Haye où le français et l'anglais (et à l'avenir l'espagnol) font en principe également foi, il paraît que l'anglais soit en progression constante s'agissant de la mise en œuvre des instruments internationaux. L'auteur donne comme exemple le régime de la communication entre autorités centrales prévu par la Convention de 1996 sur la protection des enfants. En vertu de son article 54, toute communication à l'autorité centrale d'un État contractant est adressée dans la langue officielle de celui-ci, accompagnée, le cas échéant, d'une traduction en français ou en

⁶ « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence », Recueil des cours de l'Académie, t. 264 (1997), p. 9.

anglais. Toutefois, un État contractant peut se s'opposer à l'utilisation soit du français, soit de l'anglais (article 54, par. 2). La possibilité de faire une telle réserve est assez populaire, mais dans un sens unique : aucun État contractant (même pas la France) ne s'est opposé à l'utilisation de la langue anglaise, tandis que huit États se sont opposés aux au français. Que l'Allemagne et le Royaume-Uni se trouvent parmi ces États est un aveu d'impuissance difficile à comprendre. Doit-on en conclure, comme le fait l'auteur avec une certaine résignation nostalgique que « le français mal prononcé l'a remporté » ? Nous n'en sommes pas convaincu. Dans le monde anglophone du droit, il subsiste quand-même un petit village où la francophonie a résisté à la mode. En effet, c'est à la CJUE à Luxembourg que la langue de travail continue d'être le français, et ce malgré toutes les adhésions multilingues que l'UE a connues qui ont généré des tentatives inlassables de remplacer le français par l'anglais. Ne cachons pas que l'on a avancé dans ce contexte l'argument que le nombre de juristes anglophones dans le monde dépasse largement celui des juristes francophones et que, par conséquent, il serait beaucoup plus facile pour la Cour de trouver des collaborateurs de qualité parmi les premiers que parmi les derniers.⁷ Jusqu'ici, la Cour n'a pas succombé au chant des sirènes anglophones. De toute manière, la solution n'est pas dans la monophonie. Si l'on recherche un dénouement de ce drame satyrique (et satirique), on pourra s'inspirer de notre groupe où le français et l'anglais ont toujours fait également foi, au point que la culture des deux langues, que *Jürgen Basedow* maîtrisait sans faille, fait partie de l'identité même du GEDIP.

⁷ Voir dernièrement *Konrad Schiemann*, « La langue de travail de la Cour », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, p. 563 (2015) ; l'auteur était le juge de nationalité britannique à la CJUE de 2004 à 2012.

Annexe II. Droit des biens

GEDIP – subgroup “Rights in Rem”

Working paper

28.6.2023

The law applicable to real rights in corporeal assets

GEDIP

Chapter I. Scope

Article 1. Material scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to proprietary rights (real rights) in corporeal assets^{1 2}.

2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation

(a) questions involving the status or legal capacity of natural persons,

(b) questions involving the capacity of legal persons,

(c) contractual obligations³,

(d) non-contractual obligations⁴,

¹This Regulation refers to real rights in accordance with the legal terminology broadly used in English language instead of other concepts, such as rights *in rem*, which appear in EU legislative acts.

² A recital should clarify that this Regulation shall not apply, in particular, to receivables, rights to the performance of obligations other than receivables, negotiable instruments or negotiable document in electronic form, right to payment of funds credited to a bank account, certificated and book-entry securities.

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

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

- (e) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes⁵,
- (f) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of property rights resulting from the proprietary consequences of registered partnerships⁶,
- (g) the creation, acquisition or transfer of property rights by succession⁷,
- (h) the effects of the opening of insolvency proceedings on proprietary rights⁸,
- (i) the transfer of proprietary rights by operation of law as a consequence of company mergers, divisions or global transfers (universal succession), and
- (j) the creation, administration and dissolution of trusts⁹.

Article 2. Definitions

For the purpose of this Regulation:

- (a) “Proprietary rights” means rights over corporeal assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests, mortgages, usufructs or servitudes;
- (b) “Corporeal assets” means assets able to be physically possessed and includes both movable and immovable;
- (c) “Asset in transit” means an asset being relocated from one State to another;
- (d) “Asset to be exported” means an asset destined to be relocated to another State;

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

⁶ *Idem*.

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

⁸ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on insolvency proceedings along these lines: In principle, and notwithstanding the opening of insolvency proceedings, the law applicable under this Regulation continues to apply to the creation and perfection of real rights over corporeal assets; however, this does not prejudice the application of the special rules governing insolvency proceedings and their effects upon proprietary rights. The term “effects of the opening of insolvency proceedings” includes in particular, the enforcement of a proprietary right after the opening of insolvency proceedings, the ranking of claims and the avoidance of the creation or transfer of proprietary rights.

⁹ A recital should clarify that this exclusion should not be understood as a general exclusion of trusts. Where a trust is validly created, the law applicable under this Regulation should apply to the transfer by the settlor of proprietary rights in corporeal assets to the trustee, and any proprietary rights of the trustee and the beneficiaries in the corporeal trust assets

(e) “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 cultural, including religious, artistic, historic or archaeological value, under national legislation or administrative procedures.

The term ‘cultural object’ also includes a sacred or communally important corporeal object that is part of a generally recognised indigenous, tribal or other cultural community’s religious, traditional or ritual heritage at the time of its removal, irrespective of any classification or definition by a State.¹⁰

Article 3. Universal application

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

Chapter II. General provisions

Article 4. General rule

The proprietary rights in an asset are governed by the law of the State within the territory of which the asset is located.

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

¹⁰ For the purpose of this paragraph, an indigenous, tribal or other cultural community is considered generally recognised in particular if it is involved, directly or through representatives, in the activity of any body of the United Nations, in particular the Permanent Forum on Indigenous Issues, the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples or previously the Working Group on Indigenous Populations, or if it is a beneficiary or nominator of a beneficiary of funding from the United Nations, in particular the UN Voluntary Fund for Indigenous Populations.

1. The acquisition and the loss of a proprietary right in an asset in transit or to be exported are governed by the law of the State of destination, provided that the asset reaches that State¹¹.
2. If a proprietary right is created in accordance with the law of the State of destination and another property right is created under law of the State in the territory of which the asset is physically located, the law this State will determine the priority between the two conflicting rights.

Article 6. Means of transport

The proprietary rights in means of transport subject to registration are governed by the law of the State under the authority of which the register is kept.¹²

Article 7. Scope of the applicable law

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

- (a) the requirements to create, transfer, encumbered or acquire a proprietary right over an asset;
- (b) the question of whether the ownership of the corresponding asset may be embodied in a title certificate and transfer by delivery or endorsement of such a certificate¹³;
- (c) the priority between competing proprietary rights over the same asset;
- (d) the nature and content of the proprietary rights over an asset;
- (e) the enforcement of security interest over an asset; or
- (f) the extinction or loss of a property right

¹¹ A recital should explain that: (i) this provision allows, in particular, for the acquisition of a proprietary right over an asset in transit before its arrival to the State of destination; (ii) if the assets does not reach the State of destination, the general rule applies

¹² A recital should clarify that this provision only covers registers that evidence proprietary rights.

¹³ A recital should explain the consequences, ie if the asset is covered by a negotiable instrument, the transfer of proprietary rights over the physical asset may take place by endorsement or delivery of the instrument. But this Regulation does not determine the law applicable to the transfer of the instrument itself.

Article 8. Protection of acquired rights

1. When there is a change of the applicable law in accordance with this Regulation and a proprietary right has been acquired under the former law, this law continues to govern the existence of such a right.¹⁴
2. The new law governs the extent and the exercise of that proprietary right, and the priority between that proprietary right and a competing proprietary right created under the new law.
3. Where a person invokes a proprietary right to which he or she is entitled under the law referred to in paragraph 1 and the law referred to in paragraph 2 does not know the proprietary right in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be transposed¹⁵ to the closest equivalent proprietary right under the law referred to in paragraph 2, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right and the effects attached to it.
4. If a proprietary right has not been acquired under the law referred to in paragraph 1 previously to the change of law, as to the acquisition of a proprietary right under the law referred to in paragraph 2, facts that took place under the old law are considered as if they took place under the new law.

Chapter III.

Special rules for cultural objects

Article 9. 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.¹⁶

Article 10. The law applicable to claims for the recovery of stolen or illegally removed cultural objects

¹⁴ A recital should clarify that this provision is not limited to a change of the applicable law in accordance with the main rule, ie Article 4, but may also apply when, for example, there is a change of the applicable law under Article 6 if the asset is de-registered from State A and register in State B.

¹⁵ Unlike other EU instruments where the term “adaptation” is used, GEDIP understands that the correct term in accordance with the general theory of PIL is “transposition”.

¹⁶ Stolen assets other than cultural objects are not covered by the special rules of Chapter III.

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.

[Three options for paragraph 2]

A2. If the claimant is entitled to recover the object under the law applicable under paragraph 1, but that law does not provide for any reimbursement of funds spent in the acquisition of possession in good faith or for the necessary preservation of the object, the defendant shall be entitled to the reimbursement of such funds reasonably spent, at his choice, according to the law of the State in which the object was located at the time of the acquisition of possession or the law of the State in which the object was located at the time of its theft or illegal removal from that State.

B2. If the claimant is entitled to recover the object under the law applicable under paragraph 1, but that law does not provide for any reimbursement of funds spent in the acquisition of possession in good faith or for the necessary preservation of the object, the court may award the reimbursement provided by either the law of the State in which the object was located at the time of the acquisition of possession or the law of the State in which the object was located at the time of its theft or illegal removal from that State, whichever is more appropriate under the circumstances.

C2. If the claimant is entitled to recover the object under the law applicable under paragraph 1, but that law does not provide for any reimbursement of funds spent in the acquisition of possession in good faith or for the necessary preservation of the object, the court seized may award the reimbursement of such funds reasonably spent.

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 11. 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.

Chapter IV. Other provisions

Article 12. Overriding mandatory provisions

1. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.
2. Without prejudice to paragraph (1), in relation to claims for the recovery of stolen or illegally removed cultural objects, 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.
3. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a Member State for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable pursuant to this Regulation.

Article 13. Public policy of the forum

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

Article 14. Exclusion of renvoi

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

Article 15. States with more than one legal system

1. Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of proprietary rights, each territorial unit shall be considered as a State for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation.

2. A Member State which comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of proprietary rights shall not be required to apply this Regulation to conflicts of laws arising between such units only.

Article 16. Relationship with other provisions of Union law

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

Article 17. Relationship with existing international conventions

1. This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict of laws rules relating to proprietary rights.

2. However, this Regulation shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Regulation.

Chapter V Final provisions

Article 18. Application in time

1. This Regulation shall apply to proprietary rights created or acquired on or after [date of application].

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

Annexe III. Reconnaissance des situations

Documents de travail – sous-groupe « Principes généraux »

Lignes directrices concernant la reconnaissance de relations juridiques étrangères

Annexe III. A. Rapport préliminaire

GEDIP - sous-groupe "Principes généraux"

Document de travail pour la réunion de Milan 2023

31.5.2023

RAPPORT PRÉLIMINAIRE EN VUE DE LIGNES DIRECTRICES CONCERNANT LA RECONNAISSANCE DE RELATIONS JURIDIQUES ÉTRANGÈRES

Le présent rapport constitue une mise à jour du rapport préparé en 2022 en vue de la réunion d'Oslo. Il tient compte du contenu de la proposition de lignes directrices transmise en vue de la réunion de Milan.

L'annexe constitue également une version à jour de la liste de dispositions législatives et de la jurisprudence européenne, établie en 2022.

I. Objectifs et domaine d'un régime de reconnaissance

1. L'objectif d'un régime de reconnaissance en matière civile est d'assurer l'exercice de droits résultant d'un rapport juridique constitué hors du système du for conformément à un droit étranger, 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 d'abord à sauvegarder l'exercice de droits et libertés fondamentaux de la personne en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme ; et, en droit de l'Union, il affecte essentiellement le droit du citoyen de séjourner dans un Etat 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 exercice¹ ; et, dans le contexte de la Convention

¹ 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 Etat membre, aux fins de permettre l'exercice de la liberté de circulation du citoyen UE ; arrêt *Coman*, §§ 36 et s., à propos

européenne des droits de l'homme, ils relèvent du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8). Ils peuvent aussi être vus comme l'expression de droits et libertés protégés par le droit international².

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'Etat du for, en conformité – ou non – avec le droit des conflits de lois de l'Etat d'origine³. 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. Elle peut être vue comme outil de préservation d'un objectif de sécurité juridique ou de prévisibilité du droit applicable pour les parties concernées et pourrait présenter à cet égard une analogie avec une clause d'exception basée sur un principe de proximité⁴.

3. Un régime de reconnaissance n'écarte pas nécessairement la règle de conflit de lois du for⁵. 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 lois⁶. Cependant, dans le contexte de la nouvelle approche, cette règle de conflit n'aurait plus vocation à régir un rapport de droit

du mariage. Pour une synthèse récente de la portée du droit de l'Union, voy. : L. HÜBNER, « Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR », *RabelsZ.*, 2021, 106-145 ; 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.

² Voy. la résolution de l'Institut de droit international du 4 septembre 2021 sur *Droits de la personne humaine et droit international privé*.

³ 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, ainsi que : R. BARATTA, « Recognition of foreign personal and family status : A rights based perspective », *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2016, 413-444 ; E. BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé*, Inst. Univ. Varenne, 2017 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, 547-573.

⁴ Voy. l'article 9 du livre 10 du NBW néerlandais, retenant pour critère de déclenchement « une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique ». En ce sens aussi l'article 5 du projet de code de droit international privé en France (2022), évoquant « les prévisions légitimes des parties ». Comp., indiquant cette analogie de la méthode de reconnaissance avec l'article 9 et une clause d'exception : G. GOLDSTEIN, « L'exception de prévisibilité – Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois ? », *Rev. crit.*, 2018, 3-30.

⁵ Arrêt *Coman* implicite ; P. LAGARDE, Leçon inaugurale de la session La Haye de 2014. De même inversement, le rapport juridique peut devoir se conformer à la règle de conflit de l'Etat d'accueil (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'Etat d'accueil au rapport juridique constitué à l'étranger (arrêts *Wagner et Mennesson*).

⁶ 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.

constitué hors de l'Etat du for, sans exclure pour autant que le for ait à appliquer une règle de conflit de l'Etat de constitution.

4. La présence d'une disposition générale dans un code européen aurait un double objet utile. D'une part, en droit de l'Union, 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 Etat étranger ou du for, y compris par l'effet de l'exception d'ordre public.

Par ailleurs, un régime de reconnaissance peut également viser en soi la reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère⁷. 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 esquissés 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 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 générale 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

⁷ 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*).

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 civil⁸ 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 encore 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'étranger⁹. 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 for¹⁰.

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'Union¹¹. 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 régisse 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 compétences¹² affecte l'exercice d'un droit ou liberté reconnu

⁸ 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.

⁹ Arrêt *Wagner c. Luxembourg* du 28 juin 2007, n° 76240/01 ; arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, n° 65192/11.

¹⁰ 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).

¹¹ Les libertés de circulation établies par le Traité FUE visent, respectivement, toute marchandise originaire dans un autre Etat membre, ou en provenance d'un Etat tiers commercialisée dans un Etat membre (arrêt *Commission c. Rép. tchèque* du 22 septembre 2016), ou tout service offert dans un Etat membre par un prestataire établi dans un autre Etat membre (art. 56 TFUE), ou toute personne, physique ou morale, ressortissante d'un Etat membre, voulant s'établir dans un autre Etat membre (art. 49 TFUE), ou encore tout travailleur ressortissant d'un Etat membre accédant à ou appartenant au marché de l'emploi d'un autre Etat membre (art. 45 TFUE). Il en va de même d'un citoyen de l'Union exerçant un droit de séjour dans un Etat membre autre que celui dont il a la nationalité (art. 21 TFUE et dir. 2004/38), ou dans cet Etat après avoir exercé un droit de séjour dans un autre Etat membre (arrêt *Coman*). De même, l'article 21 TFUE peut être invoqué aux fins de reconnaître dans un Etat membre un lien de filiation établi valablement dans un autre Etat membre de naissance et de résidence afin d'assurer l'exercice effectif du droit de circuler (arrêt *VMA « Panharevo »* du 14 décembre 2021, C-490/20).

¹² 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 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 Etats membres de conclure encore des traités bilatéraux.

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 contractant¹³.

6. L'obligation de reconnaissance n'est pas absolue, que ce soit en vertu du droit de l'Union¹⁴, de l'article 8 CEDH¹⁵ ou du droit international¹⁶ : la reconnaissance peut être refusée pour un motif légitime d'intérêt général, dans le respect du principe de proportionnalité¹⁷. 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

¹³ 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*).

¹⁴ 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'Etat d'accueil d'un nom enregistré valablement dans un autre Etat 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 Etat 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*).

¹⁵ 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.

¹⁶ La Résolution de l'Institut évoque l'ordre public de l'Etat requis, pourvu que l'appréciation tienne compte des droits de la personne humaine (art. 8).

¹⁷ 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'Etat 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'Etat 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).

particulier, sur l'ordre public¹⁸ et sur un abus de droit¹⁹ – ou sur une fraude à la loi au sens du droit international privé²⁰. Par ailleurs, une condition de proximité avec l'Etat d'origine et de conformité avec le droit de cet Etat constitue une constante du régime de la reconnaissance, selon le droit de l'Union²¹ autant que selon l'article 8 CEDH²² ou la Résolution de l'Institut de droit international²³. Il en va de même en droit international privé comparé ou conventionnel²⁴.

¹⁸ 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'Etat « 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'Etat membre d'accueil » (arrêt *Pancharevo*, § 57, citant par analogie l'arrêt *Coman*, §§ 45-46).

¹⁹ En droit de l'Union, selon l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, § 57, citant l'arrêt *Centros*, l'Etat peut lutter contre le « contournement du droit national en matière d'état des personnes par l'exercice à cette seule fin de la liberté de circulation et des droits qui en résultent ». Ce motif de refus relève autant de la notion d'abus du droit de l'Union (sur les éléments constitutifs de cette notion, voy. l'arrêt *Torresi* du 17 octobre 2014, C-58/13, §§ 45 et 46) que de celle de fraude à la loi.

²⁰ Dans la jurisprudence de la Cour EDH, voy. notamment : arrêt *Wagner* ; arrêt *Orlandi c. Italie* du 14 décembre 2017, n° 26431/12 ea. ; arrêt *DB c. Suisse* du 22 novembre 2022, n 588/17/15 ea.

²¹ 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'Etat membre de constitution du statut, ou qu'elle avait la nationalité de cet Etat : 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), *VMA Pancharevo* (lien de filiation établi dans l'Etat de naissance et de résidence permanente de l'enfant et de ses parents en conformité avec la législation de cet Etat). 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'Etat membre dont elle est ressortissante au sens de l'article 54 TFUE, fût-ce du fait de l'inscription dans un registre public. A cet égard cependant, la nationalité d'un Etat 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'Etat 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'Etat membre de sortie lorsque l'entreprise continue d'exercer des activités sur le territoire après transfert de son siège.

²² 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'Etat requis peut se préserver (*infra*, point 7).

²³ Art. 10 (statut personnel) : condition d'un « lien suffisant » avec l'Etat d'origine. Cette condition y semble cependant absente en matière de nom (art. 11) – à la différence du droit de l'Union.

²⁴ 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 fondamentaux²⁵. Notamment, en droit européen, la reconnaissance ne peut pas être refusée du seul fait d'un choix de la loi la plus favorable²⁶, ni sans un examen préalable du degré d'équivalence du statut en cause avec une institution correspondante du droit du for²⁷. De même, cette appréciation pourrait prendre en considération l'absence de consolidation du statut à l'étranger²⁸, ainsi que l'absence de rattachement de proximité de la situation personnelle ou familiale avec l'Etat 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 CEDH²⁹.

²⁵ 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 1er juin 1999, C-126/97.

²⁶ A propos des personnes morales, voy. notamment l'arrêt *Centros. Contra* en matière de lutte contre l'évasion fiscale par des montages artificiels, l'arrêt AA du 18 juillet 2007, C-231/05. Plus généralement, le droit primaire n'assure pas que, vu la disparité des législations nationales, le déplacement de la personne soit « neutre » et puisse entraîner l'application d'une loi moins favorable (arrêt *Schempp* du 12 juillet 2005, C-403/03, en matière de citoyenneté, à propos du régime fiscal d'une dette alimentaire dont le créancier réside à l'étranger) : l'Etat d'accueil est en soi libre de déterminer un critère de rattachement, pourvu qu'il soit objectif, sans que la personne puisse nécessairement y invoquer le bénéfice de la loi d'origine (arrêt *Erzberger* du 18 juillet 2017, C-566/15, concernant la représentation des travailleurs). En droit comparé, à propos des personnes physiques, la faculté d'un tel choix s'observe par exemple entre la loi de la nationalité et la loi de la résidence. Pour les personnes morales, le libre choix de loi peut résulter du choix du lieu d'établissement, mais ceci n'exclut pas tout contrôle d'un abus de droit, toutefois apprécié au cas par cas (arrêt *Centros*). L'arrêt *Polbud* admet encore l'application de lois impératives de l'Etat membre de sortie, et la personne morale doit se soumettre après transfert de siège à la loi désignée par la règle de conflit de lois de l'Etat membre d'accueil.

²⁷ 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.).

²⁸ L'arrêt *Coman* prend soin d'évoquer la circonstance d'une « vie familiale consolidée » dans un autre Etat 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).

²⁹ 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

9. De manière synthétique, ces conditions peuvent se résumer comme suit, pour le droit de l'Union et de la CEDH^{30 31} :

- *Un citoyen de l'Union européenne peut invoquer la reconnaissance d'un statut acquis valablement dans un autre Etat membre (droit UE), ou plus généralement (CEDH) une personne sous la juridiction d'un Etat membre peut invoquer un tel statut acquis dans un pays tiers (l'Etat 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'Etat 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'Etat membre d'origine ou, en vertu de la CEDH, en cas de vie privée ou familiale effective dans l'Etat 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 une 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

d'un « changement de la loi applicable, [...] l'Etat du for doit, dans la mesure du possible, accorder à leurs titulaires un droit équivalent » (art. 18).

³⁰ 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 Etat membre ; la validité du statut s'apprécie en fonction de la règle de conflit de lois de l'Etat 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.

³¹ 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'Etat 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'Etat 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.

10. Un régime général de reconnaissance de toute situation constituée valablement à l'étranger, dans un Etat membre de l'Union ou dans un Etat 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 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'Etat d'origine ;*
- *crystallisation par un acte public (Lagarde 2011, projet français)*
- *conformité avec le droit de l'Etat 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 (art. 9 L. 10 NBW néerlandais ; 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'Etat étranger – mais « quelle que soit la loi appliquée » (Lagarde 2011) – ; référence à un lien « avec l'Etat dont la loi a été appliquée » (résolution IDI) ; référence à la « conformité au droit » de l'Etat 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. La formulation possible de l'objet de la reconnaissance est présentée selon trois modèles, le premier étant celui d'une exception fondée sur les droits et libertés fondamentaux, le deuxième une exception générale en matière civile et le troisième une règle générale en matière civile.

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 Etat étranger en conformité avec le droit international privé de cet Etat 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'Etat de la reconnaissance

1. Lorsque le respect des prévisions légitimes des parties l'exige, une situation constituée dans un Etat étranger [en conformité avec le droit international privé de cet Etat] peut exceptionnellement être reconnue dans l'Etat 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 valablement constituée dans un Etat étranger en conformité avec le droit international privé de cet Etat par l'intervention d'une autorité publique est reconnue dans l'Etat requis, quelle que soit la loi appliquée à sa constitution.

Quant aux conditions de la reconnaissance, elles peuvent suivre un modèle unique, comme suit :

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 Etat 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 de liens suffisants de la situation avec l'Etat dans lequel [le rapport juridique] [la situation] a été constitué[e], en particulier lorsque aucune des parties n'a la nationalité de cet Etat ni sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat à ce moment ;
- la 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'Etat 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.

13. 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 Etat 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.

14. La résolution de l'Institut (2021) semble de nature hybride, empruntant au modèle 1 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'Etat d'origine. Mais en posant comme condition un lien avec l'Etat dont la loi a été appliquée dans l'Etat de constitution, elle introduit plutôt une forme de contrôle de la loi applicable basé sur un critère de proximité posé par le système du for³².

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.

15. 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 montre une hésitation pour 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, celui de respect des attentes légitimes des parties, comme le fait le modèle néerlandais ainsi que le projet de code français.

³² Dans la formulation de l'IDI, la vérification de la loi appliquée dans l'Etat d'origine a pour but d'examiner si l'Etat 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.

16. 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.

17. 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 Etat 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 conflit³³.

18. 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 Etats membres d'écarter l'application d'une disposition impérative faisant obstacle à l'application du droit de l'Etat membre de constitution, en restreignant un transfert de siège par l'exigence d'une dissolution préalable³⁴, ou en soumettant la création d'un établissement secondaire au droit local des sociétés³⁵, ou en soumettant la capacité d'une personne morale étrangère à l'application de conditions de constitution plus strictes que celles de l'Etat d'origine³⁶.

L'extension d'une obligation de reconnaissance au statut d'une personne morale constituée à l'étranger peut être problématique en cas de constitution dans un Etat 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 Etat membre. Un tel élargissement peut créer un risque de perte de contrôle réglementaire de l'Etat requis sur une société constituée en vertu du droit de tout Etat tiers, n'offrant pas de garanties équivalentes à celles des lois des Etats 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

³³ Voy. les lignes directrices sur les lois de police.

³⁴ 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).

³⁵ Arrêt *Centros* du 9 mars 1999, C-212/97 ; arrêt *Inspire Art* du 30 septembre 2003, C-167/01.

³⁶ Arrêt *Überseering* du 5 novembre 2002, C-208/00.

l'application de lois de police de l'Etat sur le territoire duquel la personne morale a son administration centrale ou exerce ses activités économiques³⁷.

A 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 morale³⁸.

19. 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.

³⁷ 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'Etat de constitution (réunion de Milan, 2016).

³⁸ 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.

Annexe III. A. 1. Législation et jurisprudence

ANNEXE

Dispositions nationales, européennes et internationales fondées sur la reconnaissance 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 Etat membre et **formalisée dans un acte public** est reconnue dans les autres Etats 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'Etat membre requis ;
- 2) en l'absence totale de **lien** entre l'Etat en conformité de la loi duquel la situation a été créée et **l'Etat de la résidence ou de la nationalité des personnes** concernées.

FRA – Projet 2021 – art. 2, al. 3 :

Exceptionnellement, une situation établie dans un Etat étranger, **conformément au droit de cet Etat**, 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 Etat étranger** à condition que la personne concernée ait eu un **lien suffisant** avec l'Etat d'origine, conformément à l'article 3, paragraphe premier – [exigence d'un lien substantiel pour fonder la compétence] –, ainsi qu'avec l'Etat dont la loi a été appliquée, et qu'il n'y ait pas de violation manifeste de **l'ordre public international** de l'Etat 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 Etat 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)

§ 1er. 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 1er, 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'Etat 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 Etat 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).

ETAT 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’Etat membre d’accueil – Etat 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 Etat en vertu du droit interne applicable doit être reconnu** dans un autre Etat **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 16

(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 1er 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, § 1er, 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. no 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 57-1-1*) :

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. no 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.

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 1er 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 Etat 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 Etat 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'Etat 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'Etat 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'Etat 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 Etat membre dont la personne a la nationalité** alors qu'elle réside dans l'Etat 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 Etats 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'Etat 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'Etat de la célébration, et que **l'un d'eux a la nationalité de cet Etat ou y réside habituellement** ; ou 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'Etat de la célébration**.

Art. 9 (reconnaissance de la validité) :

Le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout Etat 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'Etat 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'éluider 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'Etat [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 TER

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'Etat 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 Etats** ; mais reconnaissance conditionnée si décision rendue dans un Etat autre que de nationalité commune ou dans l'Etat 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.

ADOPTION

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 III. B. Lignes directrices

GEDIP - sous-groupe "Principes généraux"
Document de travail pour la réunion de Milan 2023
31.5.2023

Lignes directrices : reconnaissance d'une relation juridique étrangère

Ces lignes directrices constituent une tentative de formulation de la méthode de reconnaissance de situations étrangères systématisée par la doctrine. Elles modélisent une exception de reconnaissance d'une relation juridique valablement constituée à l'étranger, à la lumière de la jurisprudence des Cours européennes d'une part, d'un objectif de prévisibilité du droit applicable d'autre part. Elles s'écartent d'un modèle retenant une règle générale de reconnaissance en matière civile. Dans le modèle proposé, la décision sur la reconnaissance repose sur une appréciation des circonstances, basée sur une liste d'indices.

1. Sans préjudice de règles particulières¹, l'application d'une disposition de la loi désignée par la règle de conflit qui a pour effet de ne pas reconnaître la validité d'une relation juridique valablement constituée à l'étranger ou ses effets est écartée, lorsque cette application porte atteinte à l'exercice d'une liberté ou d'un droit fondamental consacré par le droit de l'Union européenne, la Convention européenne des droits de l'homme ou le droit international, ou lorsqu'elle compromet la réalisation de l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité de la loi applicable.

Aux fins du présent paragraphe, la validité de la relation juridique est déterminée en vertu des règles de droit international privé de l'Etat où celle-ci a été constituée².

¹ A titre d'exemple d'un régime particulier en matière de divorce privé et de responsabilité parentale, les articles 64 à 66 du règlement 2019/1111 Bruxelles IIter prévoient la reconnaissance d'un acte authentique ou d'un accord enregistré et certifié dans un Etat membre. Parmi les conditions figurent, en particulier, un élément de proximité du fait que l'acte doit avoir été dressé dans un Etat dont les juridictions auraient été compétentes – concrètement, Etat de la nationalité ou de la résidence d'un époux ; Etat de résidence de l'enfant –, et un motif d'ordre public. De plus, la nullité du certificat peut être prononcée par l'autorité d'origine si l'acte n'a pas un « effet contraignant » dans l'Etat d'origine, ou si l'acte portant sur la responsabilité parentale est contraire à l'intérêt de l'enfant. En comparaison avec les présentes lignes directrices, on retrouve dans ce régime les indices de proximité, de consolidation (avec exigence de cristallisation) et de balance des intérêts. En revanche, le contrôle de ces conditions échappe aux autorités de l'Etat requis, hormis le motif de l'ordre public et l'exigence que l'enfant ait pu exprimer son opinion. De plus, ce régime ne prévoit pas formellement une vérification de validité en conformité avec le droit international privé d'origine.

² Une telle condition est présente dans la plupart des modèles proposés par la méthode de reconnaissance des situations (voy. les développements en annexe). La jurisprudence européenne en rend compte comme un élément nécessaire de la configuration de la situation. Voy. par ex. l'arrêt *Coman* (C-673/16, 5 juin 2018), relevant un mariage de personnes de même sexe célébré en Belgique « conformément au droit de cet Etat » : en l'espèce, cette célébration reposait sur l'article 46, § 2, du Code de droit international privé, selon lequel un tel mariage – entre un Américain et un Roumain résidant en Belgique – est possible s'il est admis par la loi de nationalité ou de résidence d'une partie – par exception à la règle désignant la loi nationale de chaque partie qui aurait exigé de respecter

2. La décision sur la reconnaissance est rendue en appréciant l'ensemble des circonstances, en particulier³ :

- l'existence de liens suffisants, telle la résidence habituelle ou la nationalité d'une partie⁴, avec l'Etat dans lequel la relation juridique a été constituée⁵ ;
- la consolidation de la situation, notamment par l'intervention d'une autorité publique ou par l'exercice effectif des droits découlant de la relation juridique⁶ ;
- un juste équilibre des intérêts en cause⁷, en fonction des effets liés à la reconnaissance ou à la non-reconnaissance dans l'Etat requis, dans le respect, notamment, de l'attente légitime des

l'interdiction d'un tel mariage en droit roumain. De même en matière de filiation, l'arrêt *Pancharevo* (C-490/20, 14 décembre 2021, citant l'arrêt *Coman*) évoque un lien « légalement établi », ou un état « établi dans un autre Etat membre conformément au droit de celui-ci ».

³ Les indices d'appréciation visent à traduire l'exigence de proportionnalité à laquelle devrait répondre une décision de refus de reconnaissance, autant que les conditions d'une attente légitime des parties. La liste comprend les indices principaux, sans être limitative.

⁴ La pondération de ces indices de localisation peut varier en fonction des matières. *A priori*, le poids du critère de nationalité peut différer en matière d'état et de relations de famille par rapport à d'autres matières. Dans l'affaire *Freitag* (C-541/15, 8 juin 2017) relative à la reconnaissance dans l'Etat de résidence d'un nom acquis dans l'Etat membre de nationalité d'origine et de naissance, la Cour a admis que l'autorité allemande de résidence et de co-nationalité ait à autoriser un changement du nom en vertu du droit de la nationalité de naissance. Par comparaison, dans l'affaire *Coman* (C-673/16, 5 juin 2018), la localisation de la résidence du citoyen européen en Belgique, pays de célébration, fut jugée déterminante, de même que, dans l'affaire *Grunkin & Paul*, la localisation de la résidence effective et continue du citoyen allemand dans son pays de naissance. L'arrêt *Pancharevo* identifie un lien établi à l'égard d'un enfant étranger dans l'Etat membre « de naissance ou de résidence ».

⁵ Cet indice exprime une condition de proximité, présente dans la plupart des modèles concernant un dispositif sur la reconnaissance des situations.

Sous l'angle de la méthode générale des conflits de lois, cette condition vise à prévenir le risque de fraude à la loi. La jurisprudence européenne admet que l'argument de fraude puisse neutraliser un montage artificiel pour l'obtention du bénéfice d'une liberté de circulation. Selon l'arrêt *Bogendorff von Wolfersdorff* (2 juin 2016, aff. C-438/14, § 57), citant l'arrêt *Centros* (9 mars 1999, aff. C-212/97), l'Etat peut lutter contre le « contournement du droit national en matière d'état des personnes par l'exercice à cette seule fin de la liberté de circulation et des droits qui en résultent ». Ce motif de refus relève autant de la notion d'abus du droit de l'Union (sur les éléments constitutifs de cette notion, voy. l'arrêt *Torresi* du 17 octobre 2014, C-58/13, §§ 45 et 46) que de celle de fraude à la loi. Cependant, il ne peut être appliqué qu'au terme d'une appréciation concrète des circonstances, et non sur base d'une règle anti-fraude d'application générale et abstraite (arrêt *Centros*). Voy. aussi, pour la Cour européenne des droits de l'homme : arrêt *Orlandi c. Italie* du 14 décembre 2017, n° 26431/12 (mariage de personnes de même sexe), et *DB c. Suisse* du 22 novembre 2022, n° 58817/15 (filiation par gestation pour autrui).

⁶ L'exercice effectif des droits découlant de la relation juridique constituée valablement à l'étranger fait écho à une condition d'appréciation de droits visés par l'article 8 CEDH. L'intervention d'une autorité publique – souvent requise dans les modèles comme élément de « cristallisation » d'une situation – n'est pas jugée nécessaire mais intervient seulement comme un indice, en particulier d'une attente légitime des parties que la relation juridique soit tenue pour valable. Une telle attente peut aussi découler, par exemple, d'une possession d'état.

⁷ Cet indice exprime une balance des intérêts en cas de conflit entre plusieurs valeurs fondamentales, par exemple lorsque un refus de reconnaissance de la relation juridique a pour justification un objectif légitime d'intérêt général d'ordre public, opposé à une liberté ou à un droit fondamental des parties. Dans les matières où le droit en cause est celui de l'enfant, son intérêt doit être considéré comme supérieur.

L'argument d'ordre public comme motif de refus de reconnaissance est généralement admis par les modèles relatifs à la méthode de reconnaissance des situations. Son intervention dans ce contexte reçoit cependant une portée particulière. En effet, dans la plupart des contentieux mettant en cause la reconnaissance d'une situation étrangère, l'obstacle à la reconnaissance découle de l'application de la loi du for après déclenchement de l'exception d'ordre

parties, et sans préjudice, le cas échéant, de l'incompatibilité manifeste avec une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique du for (ordre public)⁸.

3. 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 de la relation juridique à l'étranger, en particulier de manière à permettre un exercice effectif de la liberté ou du droit fondamental en cause.

public. De ce fait, ce motif de refus de reconnaissance s'entend comme un élément d'une balance entre cet intérêt général invoqué comme justification de la mesure en cause et l'intérêt de la personne, pratiquée dans le contexte de la protection de libertés ou droits fondamentaux où il reçoit un sens restreint ciblant un noyau dur de valeurs de l'ordre juridique (*infra*, note 8).

L'argument de l'attente légitime des parties fait écho à la prise en compte de plusieurs notions, tels l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité du droit applicable (voy. le § 1er), la confiance des parties dans la conformité de leur comportement avec les exigences du droit du for déduites de la pratique des autorités (indice relevé par l'arrêt *Wagner*, CrDH, 28 juin 2007, n° 76240/01), ou les éléments de proximité et de consolidation de la situation.

⁸ L'ordre public se comprend dans un sens restreint, selon une formulation constante de la Cour de justice à propos d'un motif de refus de reconnaître un jugement au sens des actes européens (C-38/98, 11 mai 2000, *Renault*, § 29, citant l'arrêt *Krombach* et conclusions ALBER, § 67 ; C-681/13, 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, et conclusions SZPUNAR, § 44 avec les références ; C-559/14, 25 mai 2016, *Meroni*).

Lorsque le cas d'espèce répond aux conditions de proximité et de consolidation, et que la disposition dont l'application est en cause a été désignée suite à la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public, ce moyen ne devrait intervenir qu'à titre de mesure de sauvegarde à la lumière du sens prévalant comme justification légitime d'intérêt général d'une entrave à une liberté de circulation – par exemple en cas d'atteinte manifeste à un principe fondamental, notamment d'ordre constitutionnel, affectant un intérêt fondamental de la société (C-36/02, 14 octobre 2004, *Omega*, pour la dignité humaine ; C-208/09, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, pour l'ordre républicain), ou en considérant le respect du contenu essentiel de droits fondamentaux (comp. par ex. : pour les droits sociaux de travailleurs comme limite à la liberté d'établissement de l'entreprise, C-201/15, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis* ; pour le droit au regroupement du conjoint au regard du degré d'intensité de l'obligation de cohabitation, C-836/18, 27 février 2020, *RH*) ; pour une référence à la notion de contenu essentiel de droits énoncés par la Charte, comp. à propos de la circulation de marchandises, C-151/17, 22 novembre 2018, *Swedish Match*, à propos de la protection de la santé).

L'invocation du moyen d'ordre public à l'encontre de l'exercice d'un droit ou liberté fondamental est également mise en balance avec l'importance de ce droit ou liberté, selon qu'elle affecte ou non la jouissance effective du contenu essentiel de ce droit ou liberté (à propos de la citoyenneté, voy. par ex. l'arrêt *McCarthy*, C-434/09, 5 mai 2011, évaluant que le droit de circulation du citoyen n'était pas affecté en l'espèce – la personne ne risquant pas un exil hors de l'Union –, tout en précisant que ce cas était différent des affaires *Garcia Avello* et *Grunkin & Paul* où la privation du droit de circuler était liée à une disparité de législations nationales engendrant une diversité de statuts). Il en va de même dans le contexte de l'article 8 CEDH (voy. par ex. l'arrêt *Menesson* du 26 juin 2014, n° 65192/11). L'invocation de ce moyen doit aussi tenir compte du degré de divergence des conceptions prévalant dans les ordres juridiques en présence, étant entendu que l'exception ne devrait pas jouer lorsque ces conceptions sont suffisamment proches (voy. par exemple les conclusions de l'avocat général ALBER précédant l'arrêt *Renault*, § 67). Peut ainsi être prise en compte l'éventuelle équivalence de l'institution étrangère en cause avec l'institution correspondante que connaît la loi désignée par la règle de conflit (en ce sens comme élément laissé à l'appréciation du juge requis, arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* du 2 juin 2016, C-438/14, évoquant l'absence éventuelle de conception partagée des Etats en matière de nom, à propos de la reconnaissance en Allemagne d'un nom associé à un titre de noblesse obtenu au Royaume-Uni).

Le cas échéant, une protection effective est recherchée au moyen d'une adaptation de la disposition pertinente de ce droit.⁹

Notice explicative

Cette notice présente les lignes directrices proposées en vue d'une disposition sur la reconnaissance d'une relation juridique constituée à l'étranger. D'autres développements de portée générale sont présentés dans un document séparé, qui comprend une mise à jour du rapport préliminaire rédigé en 2022 en vue de la réunion d'Oslo du Groupe. Une annexe présente également une liste de sources normatives pertinentes.

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

1. En droit des libertés et droits fondamentaux, l'Etat a l'obligation de reconnaître un statut de la personne constitué valablement à l'étranger, lorsque la non-reconnaissance résultant de l'application de la loi désignée par la règle de conflit du for 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.

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, mais 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.

2. En soi, 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. 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. Une formulation

⁹ Ce paragraphe illustre le recours à des techniques d'adaptation, à la lumière de la jurisprudence *Mennesson* (avis du 10 avril 2019, n° P16-2018-01) qui, tout en admettant un refus de reconnaissance de la parentalité d'intention sans lien génétique, expose que l'intérêt supérieur de l'enfant commande de rechercher, dans le droit de l'Etat requis, un lien de filiation équivalent à celui constitué à l'étranger, telle l'adoption, et d'en adapter au besoin les conditions de manière à assurer une procédure allégée et accélérée.

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.

3. Les présentes lignes directrices s'écartent du modèle d'une règle générale positive de reconnaissance. Elles retiennent un mécanisme d'exception à l'application d'une disposition de la loi désignée par la règle de conflit du for – y compris si cette application découle de la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public –, lorsque cette application porte atteinte à une liberté ou droit fondamental, ou à un objectif de prévisibilité du droit applicable selon une attente légitime des parties.

4. Sous l'une ou l'autre approche, 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.

II. Objet de la reconnaissance

5. Quant à l'objet, la reconnaissance suppose, selon la plupart des modèles, une situation ou un rapport valablement constitué à l'étranger, présentant plusieurs caractéristiques, 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 modèle d'une règle générale positive 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. Le plus souvent, la nouvelle méthode de reconnaissance est présentée comme ayant 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'Etat de constitution de la situation. La méthode n'exclut donc pas nécessairement toute appréciation de validité d'un rapport de droit.

Plus précisément, 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 oeuvre 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. Par hypothèse, ce rapport doit avoir été constitué valablement. Dans le présent contexte, cette validité dépend des règles de conflit de lois de l'Etat d'origine et non de l'Etat requis.

Pour autant, du fait de son intervention dans le processus d'application de la règle de droit, l'exception de reconnaissance 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.

III. Appréciation de motifs de reconnaissance en fonction de la situation

7. Le droit de l'Etat requis peut comporter des motifs de non-reconnaissance. Dans leur ensemble, les divers modèles retiennent le motif d'incompatibilité de la reconnaissance avec l'ordre public de cet Etat. 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.

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 oeuvre par le juge d'une règle de portée générale et abstraite dans le respect des attentes légitimes des parties.

Les présentes lignes directrices cherchent à établir un encadrement des motifs de non-reconnaissance dans un but de sécurité juridique, en particulier à la lumière de la jurisprudence européenne des libertés et droits fondamentaux. Plutôt que d'énoncer des conditions rigides, cet encadrement laisse une marge d'appréciation à l'autorité requise, en établissant une liste exemplative d'indices. Ceux-ci correspondent à des éléments qui, plus généralement, guident la mise en oeuvre d'un motif d'ordre public ou de fraude dans le domaine des conflits de lois.

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

- (1) l'existence ou l'absence de liens suffisants de la situation avec l'Etat d'origine, en particulier lorsqu'aucune des parties ne réside dans cet Etat ou n'a la nationalité de cet Etat ;
- (2) la consolidation de la situation par l'absence d'exercice effectif des droits découlant de la situation ou du rapport juridique en cause, telle l'absence de vie familiale effective, le cas échéant confortée par une cristallisation du fait de l'intervention d'une autorité publique ;
- (3) une balance des intérêts, notamment 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'Etat requis, tenant compte notamment du degré d'équivalence du contenu du droit en vertu duquel la relation juridique a été constituée avec celui du droit désigné par la règle de conflit du for.

10. L'insertion d'une condition de cristallisation parmi ces indices d'appréciation plutôt que comme élément d'identification de l'objet de la reconnaissance, permet une approche nuancée, qui n'empêche pas toute possibilité de reconnaissance en l'absence de cristallisation.

11. La balance des intérêts peut prendre en compte un motif d'ordre public comme justification impérieuse d'intérêt général – tout en considérant que, dans le raisonnement du conflit de lois, ce motif s'avère souvent être la cause de entrave à la liberté ou au droit fondamental par le déclenchement de l'exception d'ordre public. Lors de la mise en balance, ce motif ne pourra, le cas échéant, contrebalancer l'intérêt individuel en cause que s'il affecte une valeur supérieure, jugée essentielle ou systémique de l'ordre juridique de l'Etat requis. Il peut en aller autrement lorsqu'il est en balance avec une attente légitime des parties en dehors de la préservation d'une liberté ou d'un droit fondamental.

12. En cas de non-reconnaissance, l'autorité requise devrait examiner, au vu de l'ensemble des circonstances, la possibilité d'appliquer, dans le droit désigné par la règle de conflit du for, une disposition ayant un effet équivalent à l'institution qui a permis la constitution du rapport juridique à l'étranger dans la situation particulière, de manière à permettre un exercice effectif de la liberté ou du droit fondamental, ou selon le cas, de préserver l'objectif de prévisibilité des solutions pour les parties. Au besoin, une protection effective est recherchée au moyen d'une adaptation de la disposition pertinente de ce droit.

Annexe IV. Renvoi

GEDIP — sous-groupe « Principes généraux »

Document de travail pour la réunion de Milan 2023

10.7.2023

GEDIP — Sous-groupe « Principes généraux »

Le Renvoi

Note introductive (P. Kinsch et C. Kohler)

Cette note reprend et complète la note de P. Kinsch figurant à l’inventaire des principes préparé pour la réunion virtuelle 2020.

1. Origine du concept

Le renvoi est une technique développée par la jurisprudence au 19^e siècle, d’abord en Angleterre : *Collier v. Rivaz* (1841) 2 Curt. 855 ; 163 Eng. Rep. 608 ; puis dans l’arrêt de l’Oberappellationsgericht de Lübeck du 21 mars 1861, *Seuff. Archiv*, vol. 14, p. 164 ; et enfin dans les arrêts *Forgo* de la Cour de cassation française, Civ., 24 juin 1878, *JDI*, 1879, p. 285 et Req., 22 février 1882, *D.P.*, 1882, 1, 301.

I. Le renvoi dans la perspective du droit de l’Union

2. Liens avec les règlements européens en matière de droit international privé

Au moment de l’élaboration des règlements européens, le renvoi se trouve en crise ou en perte de vitesse, phénomène qui s’observe aussi dans les travaux de la Conférence de La Haye. Son jeu est exclu par la plupart des règlements : par le règlement Rome I (et la Convention de Rome — mais l’exclusion du renvoi en matière contractuelle est une solution qui ne surprend pas, et se rencontre aussi dans la jurisprudence nationale préexistante), puis d’une manière très caractéristique par les règlements Rome II et Rome III, enfin par les règlements Régimes matrimoniaux (où le renvoi était parfois exclu par la jurisprudence nationale préexistante) et Effets patrimoniaux des partenariats.¹ Il en va de même du Protocole de La Haye sur les aliments.

¹ Le renvoi est également exclu à l’article 21 de la proposition de la Commission pour un règlement en matière de parenté, COM (2022) 695.

Cependant, le renvoi est expressément réservé par le règlement Successions, article 34 par 1er, qui admet le renvoi lorsque la loi applicable aux termes du règlement est la loi d'un État tiers et que le droit international privé de cet État tiers renvoie : a) à la loi d'un État membre ; ou b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi. Le renvoi est cependant exclu (par. 2) lorsque la loi applicable est déterminée conformément à une option de législation laissée par le règlement, ou par une règle de conflit alternative. Abstraction faite de cette exception (qui se rencontre aussi en droit national), la motivation du renvoi par le considérant 57 est la suivante : « il y a lieu d'accepter ce renvoi afin de garantir une cohérence au niveau international ».²

3. Incidence de principes du droit européen

Elle est nulle en ce qui concerne l'exclusion du renvoi par les autres règlements ; le même type d'exclusion se retrouve aussi ailleurs, p.ex. dans des Conventions de La Haye. De même, en qui concerne l'exception de l'article 34 par. 2 du règlement Successions, on retrouve la même idée dans certains droits nationaux.

Pour ce qui est de l'article 34 par. 1er, il réserve un renvoi dans deux situations différentes. La deuxième, celle du renvoi à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi, est reprise de l'article 4 de la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort.

En revanche, la première (renvoi « à la loi d'un État membre ») est originale et s'explique par le contexte particulier du droit européen. C'est un faux renvoi au premier degré (D. Solomon, *Festschrift Schurig*, p. 243) — faux parce qu'il ne conduit à l'application du droit du for que si le règlement est appliqué dans l'État membre désigné par la règle de conflit étrangère, non s'il est appliqué dans un autre État membre. Néanmoins, c'est une extension de l'idée de renvoi au premier degré, les autres États membres reprenant la solution d'application de la loi de l'État membre désigné, pour réaliser une « cohérence » (cons. 57) de la loi applicable dans tous les États membres. Selon un commentaire de l'Institut Max Planck de Hambourg qui avait proposé cette solution même, « this could be understood as a new European concept, which might help to endorse the unity of the European Union » (RabelsZ 2010, p. 660) → **le droit international privé comme îlot de fédéralisme européen**.³ Et quant à la justification pratique du renvoi au premier degré par la facilitation de l'application du droit applicable (il n'y en a pas d'autre), on

² Dans la version anglaise du règlement on parle de « international consistency », dans la version italienne de « coerenza internazionale » ; la version allemande est plus précise puisqu'on y parle de « internationaler Entscheidungseinklang », c'est-à-dire concordance (ou unisson) internationale des décisions.

³ La solution est toutefois logique au-delà de cette logique quasi-fédéraliste : dès lors que le (vrai) renvoi au premier degré, à la loi du for, est imposé par le règlement et s'applique donc uniformément dans chacun des États membres, il n'est que cohérent d'accepter l'application de la loi d'un autre État membre qui appliquerait sa propre loi, comme dans tous les cas du renvoi au second degré (art. 34, par. 1er, litt. b).

peut, avec beaucoup de bonne volonté, faire référence à l'existence du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (MPI, *ibid.*) → **bonne administration de la justice.**

II. Rappel de récents travaux du GEDIP faisant intervenir la question du renvoi

4. On peut constater, sans risque d'être contredit, que le renvoi n'a pas joué un rôle de premier plan dans les travaux du GEDIP. Souvent, ceux-ci se sont bornés à l'exclure, simplement sur le modèle des propositions de la Commission européenne [sur celles-ci, voir *infra*, annexe 2]. Cependant les travaux sur la refonte des règlements sur le divorce, à la réunion d'Anvers (2018) et à celle de Katowice (2019) ne sont pas dépourvus d'intérêt.

A. — Réunion d'Anvers (extrait du compte-rendu des séances scientifiques)

« 6) Conflit de lois : renvoi

Article 20 : Exclusion du renvoi

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

Option 2 : conserver le renvoi de la loi d'un État tiers vers la loi d'un État membre.

En ce qui concerne le renvoi, deux options sont proposées. La première exclut le renvoi alors que la seconde le permet dans l'hypothèse où la loi d'un État tiers renvoie à celle d'un État membre. L'idée derrière l'option 2 est d'octroyer une forme de faveur au divorce, en permettant de renvoyer au droit d'un État membre, moins restrictif que celui de l'État tiers dont le droit a été désigné comme applicable.

Un désaccord subsiste quant au maintien ou non d'une quelconque forme de renvoi.

Les partisans du renvoi avancent que les États membres apprécieront le fait d'avoir la possibilité d'appliquer leur droit. Ils ajoutent que ce renvoi sera d'ailleurs utile dans le cadre de certains divorces privés d'États tiers. Il est de plus suggéré d'admettre également le renvoi au 1er degré pour des questions de rapidité et de facilité au niveau de la justice.

Les opposants soulèvent la difficulté de mise en œuvre de cette technique. En pensant appliquer le droit étranger, on applique en réalité une règle étrangère (d'une manière d'ailleurs isolée d'autres règles sur le conflit de lois du droit étranger, notamment son exception d'ordre public) en vue de sa propre neutralisation. Dans tous les cas, en n'appliquant pas la loi de l'État tiers désignée pour prononcer le divorce, mais le droit d'un État membre auquel il a été renvoyé, la reconnaissance ultérieure de la décision dans l'État tiers concerné pourra encore poser problème. Il est également relevé que le renvoi

n'est, dans le cadre de ce projet, guère approprié eu égard à la possibilité offerte aux parties de choisir la loi applicable à leur divorce. De fait, la majorité des règlements prévoyant une forme d'autonomie de la volonté l'excluent, à l'exception du règlement relatif aux successions (pour des raisons pratiques liées à l'intervention d'autorités du lieu de situation des biens). Il est aussi rappelé que les règles de conflit de lois partent du postulat que le juge parviendra à dépasser l'application de son propre droit.

Une alternative est évoquée au renvoi, inspirée de l'exemple des Pays-Bas. Il s'agirait de privilégier l'application de la loi du for, mais sans recours à la technique du renvoi, tout en préservant l'autonomie de la volonté. La majorité des membres relève qu'en ce faisant, c'est le projet d'origine, relatif à la loi applicable, qui est remis en cause et non pas le seul renvoi.

Il est décidé de maintenir l'option 2 tout en la mentionnant entre crochets pour marquer une hésitation sur ce point ».

B. — Réunion de Katowice (extrait du compte-rendu des séances scientifiques)

« 4) Renvoi

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

Article 23 : Exclusion du renvoi

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

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

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

sans obstacle dû, par exemple, à une exception d'ordre public. De plus, l'effet de simplification pourrait être atténué du fait que le renvoi pourra se faire, non pas nécessairement vers le droit du for, mais aussi vers le droit d'un autre Etat membre.

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

Le texte est adopté sous la formulation suivante :

« Article 22 (ancien article 23) — Exclusion du renvoi 1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé. 2. Toutefois, lorsque l'article 16 prescrit l'application de la loi d'un État tiers et que les règles de droit international privé en vigueur dans celui-ci renvoient à la loi d'un État membre, cette dernière loi peut s'appliquer ».

III. Le renvoi en droit comparé et dans les travaux de l'Institut de droit international

5. Le renvoi dans les codifications et projets nationaux modernes

S'agissant de l'admission ou non du renvoi, les codifications nationales de droit international privé⁴ offrent un tableau polychrome. Trois solutions y sont représentées, sans que l'on puisse attribuer un rôle prépondérant à l'une ou l'autre d'entre elles. Le rejet pur et simple du renvoi est prévu par exemple dans les codifications belge (Art. 16, sous réserve de dispositions particulières⁵), hellénique (Art. 32), néerlandaise (Art. 5) et de la République dominicaine (Art. 85). D'autres codifications limitent l'admission du renvoi à l'hypothèse du renvoi « au premier degré », c'est-à-dire le renvoi au droit du for, et prescrivent l'application des règles

⁴ Bien entendu, les exemples retenus ici ne prétendent pas à l'exhaustivité. D'autres exemples figurent à l'*Encyclopedia of Private International Law*, v° Renvoi (M. Sonnentag) (2017).

⁵ Le renvoi est ainsi admis pour les matières suivantes : état et capacité des personnes (Art. 34 § 1), successions immobilières (Art. 78 § 2), et personnes morales (Art. 110, al. 2).

matérielles (*Sachnormen*) de la *lex fori*, voir par exemple les codifications de l'Argentine (Art. 2596), de l'Estonie (§ 6), du Liechtenstein (Art. 5) et de la Roumanie (Art. 2559).⁶

La troisième solution, assez répandue, consiste en l'admission non seulement du renvoi au premier degré, mais également du « renvoi au second degré » (*transmission, Weiterverweisung*), c'est-à-dire le renvoi au droit d'un État tiers. Or, dans ce contexte, les législateurs nationaux envisagent plusieurs variantes. Outre l'admission pure et simple du renvoi au second degré (prévue par exemple dans la codification du Panama, mais limitée aux matières relevant du statut personnel et des droits réels mobiliers, Art. 6) on trouve la solution selon laquelle ce renvoi n'est admis que lorsque l'État tiers « appliquerait sa propre loi » (solution de l'article 34 du règlement Successions), voir par exemple les codifications italienne (Art. 13, par. 1) et tchèque (§ 21). Des solutions particulières sont prévues dans plusieurs pays : en Autriche, le renvoi au second degré continue au-delà du premier État tiers lorsque celui-ci renvoie lui-même à un autre État tiers et ne s'arrête qu'au moment où un État appliquerait sa propre loi (§ 5)⁷ ; en Suisse, la succession d'une personne domiciliée à l'étranger « est régie par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'État dans lequel le défunt était domicilié » (Art. 91).

Une condition « matérielle » pour l'admission du renvoi est requise en Italie en matière de filiation, de légitimation et de reconnaissance d'un enfant illégitime : dans ces hypothèses, le renvoi tant au premier qu'au second degré n'est admis que lorsqu'il conduit à l'application d'un droit qui permet l'établissement de la filiation (Art. 13, par. 3).⁸ Le renvoi se fait « fonctionnel » (il y en a d'autres exemples en *jurisprudence* française).

Pour conclure ce survol, on mentionnera deux solutions originales dont l'une a été retenue en Allemagne et l'autre, proposée pour la France. En Allemagne, la désignation d'un droit étranger comprend « le droit international privé » de l'État concerné, « à moins que le sens du renvoi-désignation (*der Sinn der Verweisung*) ne s'y oppose » (Art.4, par.1) ; par ailleurs, lorsque les parties peuvent choisir la loi applicable, ils ne peuvent renvoyer qu'aux règles matérielles du droit choisi.⁹ En France, l'article 8 du projet de code de droit international privé (2022) dispose que, en

⁶ En vertu de cette disposition, le droit roumain s'applique même dans l'hypothèse d'un renvoi au second degré, indépendamment de la teneur du droit de l'État tiers.

⁷ Cf. la traduction du § 5, par. 2 (Rev. crit. 1979, 174, 177) : « Si l'ordre juridique étranger renvoie au droit autrichien, les règles matérielles autrichiennes (...) doivent être appliquées ; dans le cas d'un renvoi au second degré (*Weiterverweisung*) sont applicables, sauf renvois ultérieurs (*unter Beachtung weiterer Verweisungen*), les règles matérielles de l'ordre juridique qui ne renvoie plus ou qui reçoit le premier un renvoi (*Rechtsordnung, die ihrerseits nicht mehr verweist bzw. auf die erstmals zurückverwiesen wird*). »

⁸ Le principe *in favorem* se retrouve dans la Résolution de l'Institut de Droit International de 1999, cf. infra, 6.

⁹ La théorie du renvoi « caché », discutée surtout en Allemagne, ne paraît pas pertinente dans le présent contexte. On parle de renvoi caché (*versteckte Rückverweisung*) lorsque la règle de conflit du for renvoie à un droit étranger qui ne dispose pas de règles de conflit de lois en la matière concernée mais règle uniquement la compétence judiciaire, étant entendu que les juridictions l'État concerné, une fois leur compétence établie, appliquent toujours la *lex fori* (c'est un régime souvent suivi dans des pays de common law en matière de statut personnel). Lorsque la compétence judiciaire n'existe pas dans l'État étranger, mais dans l'État du for, l'approche de l'État étranger est

principe, « la désignation du droit étranger inclut les règles de conflit. Toutefois, les juridictions ou autorités françaises ne sont tenues d'appliquer ces règles que si l'une des parties le demande ».

6. Conventions internationales

Rare est l'admission du renvoi dans une convention internationale. (Il serait important de discuter des raisons de ce refus de la figure du renvoi).

Deux exemples se trouvent dans les conventions de La Haye en matière de successions (1989) et en matière de protection des enfants (1996).

L'article 4 de la convention de 1989 dispose

« Si la loi applicable en vertu de l'article 3¹⁰ est celle d'un Etat non contractant et que les règles de conflit de cet Etat désignent, pour tout ou partie de la succession, la loi d'un autre Etat non contractant qui appliquerait sa propre loi, la loi de cet autre Etat est applicable ».

En vertu de l'article 21 de la convention de 1996

« 1. Au sens du présent chapitre, le terme "loi" désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

2. Toutefois, si la loi applicable en vertu de l'article 16¹¹ est celle d'un Etat non contractant et que les règles de conflit de cet Etat désignent la loi d'un autre Etat non contractant qui appliquerait sa propre loi, la loi de cet autre Etat est applicable. Si la loi de cet autre Etat non contractant ne se reconnaît pas applicable, la loi applicable est celle désignée par l'article 16 ».

7. La Résolution de l'Institut de droit international de 1999

La problématique du renvoi a été gérée de manière originale (fonctionnaliste, et non-conformiste) par l'Institut de droit international qui, après deux tentatives infructueuses de parvenir à une prise de position en la matière, a adopté en 1999 une résolution non pas

assimilé à un renvoi puisqu'on y voit une règle de conflit implicite qui renvoie à la loi de l'Etat dont les juridictions sont compétentes. Or, selon *Lipstein* (Recueil des cours 135 (1972 I), p. 213) « The refusal to assume jurisdiction is not equal to a procedural or substantive reference back to another jurisdiction for, *ex hypothesi*, the English or similar Common Law court has never been seized at all. »

¹⁰ Qui désigne la loi applicable à la succession.

¹¹ Concernant l'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale, etc.

simplement sur le renvoi, mais sur « La prise en compte du droit international privé étranger »¹². La résolution considère que « même lorsqu'on ne peut parvenir à une uniformité totale de décision, un certain degré d'uniformisation peut, dans un cas donné, être atteint si le tribunal tient compte du droit international privé étranger » et que l'intérêt de la justice peut être favorisé par une telle prise en compte. Ensuite, après avoir exprimé l'avis que

« La prise en compte du droit international privé étranger

1. ne devrait pas être exclue d'emblée, qu'elle implique ou non un renvoi au premier ou au second degré ;
2. ne devrait pas se voir limitée aux situations dans lesquelles l'uniformité est souhaitable »,

la résolution poursuit en précisant dans quelles hypothèses la prise en compte devrait ou ne devrait pas être envisagée. Parmi les cas de la première alternative figurent, entre autres, les hypothèses que « la validité ou l'efficacité d'un acte ou d'un contrat est tenue pour souhaitable et est ainsi assurée » et que « les parties ont le choix du droit applicable et, l'ayant exercé, ont inclus dans ce droit le droit international privé ». De même, le droit international privé étranger devrait être pris en compte

« si, pour la question d'une question préalable, la validité d'un acte peut être maintenue soit par application des règles de conflit de lois de la loi régissant la question principale, soit par application des règles de conflit de lois de la loi régissant la question préalable ».¹³

En revanche, le droit international privé étranger ne devrait notamment pas être pris en compte « si la loi du for comporte des règles alternatives de conflit de lois opérant sur un pied d'égalité ».

Des délibérations du projet on retiendra l'intervention de Paul Lagarde, qui

« désire s'associer aux félicitations apportées au Rapporteur, en particulier pour s'être gardé sur un tel sujet de tout dogmatisme.¹⁴ L'approche retenue par le Rapporteur consiste à laisser le juge statuer sur l'admission ou le rejet du renvoi en fonction des solutions matérielles auxquelles conduirait son application ou sa non application. M. Lagarde craint que cette approche ne sacrifie la prévisibilité des solutions. Il aurait préféré une méthode liant le renvoi au sens de la règle de conflit en cause, *comme celle retenue par la loi allemande de 1986* ».¹⁵

¹² Rapporteur : Kurt Lipstein. Le texte anglais de la résolution (« *Taking Foreign Private International Law to Account* ») faisait foi.

¹³ Cette règle n'est pas sans rappeler la fameuse affaire canadienne *Schwebel v. Ungar* (1963) 42 D.L.R. (2 d) 622 (Ontario C. App.), confirmé par la Cour Suprême (1964) 48 D.L.R. (2 d) 644 ; l'arrêt de la Cour d'appel a fait l'objet d'une note de *Wengler*, Rev. crit. 1965, p. 325.

¹⁴ Mme *De Magalhães Collaço* soulignait le caractère « anti-systématique » des solutions (Ann. IDI, vol. 68, p. 98).

¹⁵ Ann. cit., p. 97, souligné par nous.

IV. Réflexions futures

1. Le GEDIP pourrait, dans la mesure du possible (si un consensus est trouvable) élaborer sa propre doctrine sur la question du renvoi. Celle-ci ne devrait pas nécessairement partir de la prémisse que l'hostilité de principe au renvoi, qui se laisse constater en fait dans les règlements européens, est de ce seul fait un principe intangible du droit international privé européen.

Cela dit, la question de la réelle justification du renvoi au premier degré reste posée (la justification donnée classiquement est peut-être trop pragmatique). En ce qui concerne le renvoi au second degré, du moins dans certaines de ses formes — pas dans toutes, spécialement pas en matière successorale — ses avantages en termes de protection des attentes légitimes des parties peuvent être remplacés par la → méthode de la reconnaissance.

2. Autre possibilité est celle-ci : au terme d'une analyse poussée de la problématique, *J. von Hein* parvient à la conclusion que pour les actes de droit international privé européen une réponse uniforme à la question du renvoi ne saurait être donnée, mais que la question devrait être tranchée séparément pour chaque acte.¹⁶ Il propose comme règle générale que le terme « loi applicable » dans un acte de droit international privé européen vise les règles de droit de l'État concerné à l'exclusion des règles de droit international privé « sauf disposition contraire dans l'acte en question ». Cependant, outre qu'elle ignore la différence de principe qui existe entre l'applicabilité de la loi d'un État tiers par rapport à l'applicabilité de la loi d'un État membre, l'approche de *J. von Hein* ne permet pas de faire l'économie de la question classique de savoir si tel ou tel rattachement est « favorable » ou, au contraire, « hostile » au renvoi.¹⁷

3. Le sous-groupe aura d'abord à choisir entre l'une des quatre orientations de principe qui suivent :

Orientation 1 — exclusion radicale du renvoi : « Exclusion du renvoi — Lorsque les règles de conflit de l'Union européenne prescrivent l'application de la loi d'un pays, elles entendent les règles de droit matériel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé ».

Orientation 2 — exclusion plus modérée, avec un *a priori* hostile au renvoi : ajouter au texte qui précède « ... sauf disposition contraire », et se mettre d'accord sur les principes qui autorisent exceptionnellement un renvoi (au premier degré, au second degré)

Orientation 3 — approche en principe favorable au renvoi, avec des exceptions étroitement conçues : « Renvoi — Sauf disposition contraire, lorsqu'un acte prescrit l'application de la loi d'un

¹⁶ *Jan von Hein*, Der Renvoi im europäischen Kollisionsrecht, in *Leible/Unberath* (éd.), Brauchen wir eine Rom O-Verordnung? (2013), pp. 341-396.

¹⁷ *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts (1976), § 36, parle de « *Renvoi-freundliche und -feindliche Anknüpfungen* »; cf. également *Kropholler*, Internationales Privatrecht (2006), p. 163.

État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient à la loi d'un État membre

ou à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi ». Se mettre d'accord sur les exceptions (dans le style du règlement successions, art. 34 (2))

Orientation 4, approche de compromis avec une formule inspirée de l'article 4 EGBGB, mais dont la formulation doit sans doute être améliorée : « **A moins que le sens de la règle de conflit s'y oppose**, lorsqu'un acte prescrit l'application de la loi d'un État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient à la loi d'un État membre ou à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi ». Puisqu'il s'agit de formuler des lignes directrices (pas un simple article d'un code européen de dip), il faudra ensuite se mettre d'accord sur les principes de détermination des cas dans lesquels « le sens de la règle de conflit » (ou autre formulation) s'oppose au renvoi.

29 mars 2023 10

Annexe IV. A. Article 4 EGBGB

1er Complément à la Note introductive du 29 mars 2023 : la formule « à moins que le sens du renvoi s'y oppose » de l'article 4 de la loi d'introduction au Code civil allemand (25 mai 2023)

1. La présente note informe sur l'application de l'article 4, par. 1, de la loi introductive au Code civil allemand (EGBGB), qui dispose notamment que lorsque le droit d'un autre État est désigné par la règle de conflit il faut appliquer aussi le droit international privé de cet État « à moins que le sens du renvoi (ou : le sens du rattachement, *der Sinn der Verweisung*) ne s'y oppose ». Cette « réserve du sens » (« *Sinnvorbehalt* ») a fait l'objet de multiples commentaires de doctrine exprimant des divergences de vue parfois importantes. En revanche, les cas d'application de la réserve par les tribunaux sont peu nombreux. Ils permettent toutefois de formuler quelques conclusions sur son interprétation par la jurisprudence. Or, au préalable, il convient de relever que l'article 4 comprend lui-même une disposition limitant le renvoi à une loi étrangère aux règles matérielles. En effet, l'article 4, par. 2, énonce que lorsque les parties ont la faculté de choisir le droit d'un État « elles ne peuvent renvoyer qu'aux règles matérielles » de celui-ci. On peut y voir une application de la réserve par le législateur allemand, pour qui le sens de la règle de conflit permettant le choix de la loi applicable exclut le renvoi au droit international privé de l'État étranger.

2. Les rares cas d'application de la réserve de l'article 4, par. 1, du EGBGB par les juridictions allemandes concernent trois types de règles de conflit de lois, à savoir (a) des règles qui prévoient des rattachements alternatifs, (b) des règles qui permettent à une partie de choisir entre deux

rattachements, et (c) des règles qui rattachent la loi applicable à la loi de l'État avec lequel les parties ou le rapport juridique présentent « les liens les plus étroits ».

ad (a)

(1) Quant aux règles aux rattachements alternatifs, plusieurs arrêts du Bundesgerichtshof se prononcent sur l'article 19 du EGBGB en matière de filiation dont le paragraphe 1 dispose que

« La filiation d'un enfant est régie par le droit de l'État dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle. Elle peut aussi être établie à l'égard de chaque parent conformément au droit de l'État dont le parent a la nationalité. Si la mère est mariée, la filiation peut être établie conformément au droit applicable aux effets généraux du mariage selon l'article 14 par. 1 au moment de la naissance ; si le mariage a été antérieurement dissous par décès, le moment de cette dissolution est déterminant ».

Dans des arrêts de 2017 et de 2022, le Bundesgerichtshof rappelle que, en vertu de l'article 4, par. 1, du EGBGB, les rattachements alternatifs prévus à l'article 19 sont en principe des « renvois intégraux » (*Gesamtverweisungen*) comprenant le droit international privé du droit étranger, « à moins que le sens du renvoi ne s'y oppose ». Or, tel serait le cas en l'espèce puisque le rattachement multiple de l'article 19 conduirait à une loi permettant l'établissement de la filiation, tandis que la loi applicable en vertu d'un renvoi au premier ou au second degré ne permettrait pas un tel établissement, l'enfant concerné restant dans ce cas « sans père » (*vaterlos*). Aussi le sens de l'article 19 s'oppose-t-il à l'application du droit international privé étranger.¹⁸

(2) Tout comme l'article 18 du règlement Rome II, l'article 40, par. 4, du EGBGB dispose que la personne lésée peut agir directement contre l'assureur de la personne devant réparation si la loi applicable à l'obligation délictuelle ou la loi applicable au contrat d'assurance le prévoit. Pour le Bundesgerichtshof, il s'agit d'un rattachement alternatif (et non seulement d'une règle subsidiaire liée au statut du contrat d'assurance) qui, lorsque les deux alternatives conduisent à des lois différentes, oblige le tribunal saisi de comparer le contenu des règles matérielles en question d'appliquer celles qui sont les plus favorables à la personne lésée. La question d'un renvoi éventuel n'est même pas évoquée par la haute juridiction.¹⁹

¹⁸ « Die in Art. 19 I EGBGB enthaltenen Anknüpfungsalternativen stellen nach Art. 4 I 1 EGBGB zwar grundsätzlich Gesamtverweisungen dar, die sich sowohl auf das jeweilige Sachrecht des betreffenden Staates als auch auf dessen Internationales Privatrecht beziehen (...). Eine Ausnahme gilt nach Art. 4 I 1 EGBGB aber dann, wenn die Anwendung des ausländischen Internationalen Privatrechts dem Sinn der Verweisung widerspricht. Das ist nach dem (...) Sinn und Zweck der Mehrfachanknüpfung der Fall, wenn das von Art. 19 I EGBGB berufene ausländische Recht zur Feststellung einer rechtlichen Vater-Kind-Beziehung führt, das nach dem ausländischen Internationalen Privatrecht aufgrund Weiter- oder Rückverweisung berufene Statut hingegen nicht (vgl. Senatsbeschluss BGH 19.7.2017 – XII ZB 62/17=BGHZ 215, 271, Rn. 27). In diesem Fall ist das von Art. 19 I EGBGB berufene Statut maßgebend und eine Weiter- oder Rückverweisung durch die berufene Rechtsordnung nicht zu beachten » (BGH 12.1.2022 – XII ZB 562/20, n° 27).

¹⁹ BGH 1.3.2016 – VI ZR 437/14, Neue Juristische Wochenschrift 2016, p. 1648.

ad (b)

En vertu de l'article 40, par. 1, du EGBGB, les obligations délictuelles sont régies par la loi de l'État où la personne tenue responsable a agi. Toutefois, la personne lésée peut demander que, au lieu de cette loi, la loi de l'État où le dommage est survenu soit appliquée. Dans une affaire où le demandeur n'avait pas opté pour la loi du lieu de survenance du dommage, le Bundesgerichtshof décida en 2016 que, « à la différence de certaines règles de conflit prévoyant un rattachement alternatif ou accessoire ou un rattachement fondé sur un lien plus étroit, la prise en considération du droit international privé étranger n'est pas contraire au sens du renvoi [en vertu de l'article 40, par. 1, première alternative] ». ²⁰ En revanche, dans une espèce où le défendeur avait agi en France et le demandeur avait fondé sa demande expressément sur la loi française, la Cour d'appel de Hamm décida que, afin d'assurer au demandeur une possibilité de choix effective (« *im Interesse einer effektiven Wahlmöglichkeit* »), le renvoi à cette loi ne visait que les règles matérielles (*Sachnormverweisung*). ²¹

ad (c)

En vertu de l'ancien article 14, par. 1, numéro 3, du EGBGB, les effets généraux du mariage étaient régis, en l'absence d'une nationalité ou d'une résidence habituelle communes des époux, par la loi de l'État avec lequel les époux avaient en commun les liens les plus étroits. Pour le Kammergericht de Berlin, un tel rattachement subsidiaire ne s'oppose pas à la prise en compte d'un renvoi au premier ou au second degré par le droit étranger. En effet, par la disposition en question le droit international privé allemand ferait comprendre que le rattachement ultra-subsidiaire à la connexion la plus étroite ne serait qu'un expédient qui n'exprimerait pas un sens particulier. Il serait curieux (*merkwürdig*) d'insister dans ce cas sur l'applicabilité d'un droit étranger qui ne voudrait pas être appliqué. ²²

3. Il serait certes osé de vouloir tirer des conclusions générales de ces quelques décisions. On se limitera à relever que, dans l'hypothèse de rattachements alternatifs dont l'objectif est de favoriser l'établissement d'une filiation, le refus du BGH de prendre en compte le droit international privé étranger lorsque celui-ci ne permet pas d'arriver au résultat souhaité rappelle la résolution de l'Institut de Droit International de 1999, évoquée à la page 5 de la note introductive. Par ailleurs, les autres décisions (notamment l'arrêt du Oberlandesgericht Hamm) montrent que les juridictions ne sont pas à l'aise avec l'interprétation de la notion « sens du renvoi », même si l'arrêt du Kammergericht s'efforce d'entrer dans la logique du droit international privé et parvient à un résultat plausible. Le malaise peut s'expliquer du fait que, d'une part, la notion ne fait pas partie de la terminologie législative habituelle et que, d'autre part, les travaux préparatoires de l'article 4 du EGBGB (introduit en 1986) n'en donnent aucune

²⁰ BGH 1.3.2016 (note précédente).

²¹ OLG Hamm 3.5.2017 – 3 U 30/17, IPRax 2019, p. 165, 167.

²² Kammergericht 20.12.2006 – 3 UF 59/06, FamRZ 2007, p. 1561, note *Henrich*, p. 1564.

explication, la formulation du paragraphe 1 comprenant la notion ayant été introduite dans la dernière phase du processus législatif.

Annexe IV. B. Actes européens

2ème complément à la Note introductive du 29 mars 2023 (15 juin 2023)

Le renvoi dans les propositions de la Commission pour les règlements sur la loi applicable dans les matières civile et familiale

1. Obligations contractuelles — Proposition pour le règlement Rome I — COM (2005) 650

« Article 19 — Exclusion du renvoi

Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé ».

Ni l'exposé des motifs ni les considérants ne mentionnent la question du renvoi.

Pour mémoire, cette disposition de la proposition (devenue l'article 20 du règlement Rome I) reprend l'article 15 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, au sujet duquel le Rapport Giuliano/Lagarde (JOCE 1980 C 282, p. 37) indique que

« Cet article exclut le renvoi. Il est évident que, en matière d'obligations contractuelles, le renvoi ne doit jouer aucun rôle si les parties ont choisi la loi applicable à leur contrat. Si elles ont fait ce choix, c'est bien dans l'intention que la loi choisie soit applicable dans ses dispositions matérielles ; leur choix exclut alors tout renvoi à une autre loi. L'exclusion du renvoi s'impose aussi lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable. Dans ce cas le contrat est régi, en vertu de l'article 4 premier alinéa, par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Le deuxième alinéa présume que ce pays est celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Il ne serait pas logique que le juge, malgré cette localisation expresse, soumette le contrat, par le jeu du renvoi, à la loi d'un autre pays pour la seule raison que la règle de conflit du pays où le contrat a été localisé contient d'autres rattachements. Ceci vaut également lorsque l'article 4 dernier alinéa s'applique et que le juge a localisé le contrat à l'aide d'indices que lui ont paru décisifs.

De façon plus générale, l'exclusion du renvoi est justifiée dans les conventions internationales en matière de conflits de lois. Si la convention s'efforce de localiser au mieux la situation juridique et de déterminer le pays avec lequel elle présente les liens les

plus étroits, il convient de ne pas laisser la loi désignée par la règle de conflit conventionnelle remettre en question cette localisation. Telle est d'ailleurs la solution retenue par les conventions de La Haye conclues depuis 1951 ».

2 a. Obligations non contractuelles I (Rome II) — COM (2003) 827

« Article 20 — Exclusion du renvoi

Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, il entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé ».

Dans l'exposé des motifs il est signalé au sujet de cet article que

« Cet article est identique à l'article 15 de la Convention de Rome.

Afin de ne pas porter atteinte à l'objectif de sécurité juridique qui a largement motivé le choix des règles de conflit de lois contenues dans le règlement proposé, l'article 20 exclut le renvoi. En conséquence, la désignation d'une loi par les règles de conflit uniformes signifie la désignation des règles matérielles de ce droit, à l'exclusion de ses règles de droit international privé, y compris lorsque le droit désigné est celui d'un Etat tiers ».

2 b. Obligations non contractuelles II (Rome II) — COM (2006) 83

« Article 21 — Exclusion du renvoi

Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, il entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé ».

Ni l'exposé des motifs ni les considérants ne mentionnent la question du renvoi.

3. Obligations alimentaires I — COM (2005) 649

« Article 19 — Renvoi

1. Sous réserve du paragraphe 2, lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, il entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé.

2. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État non membre et que les règles de droit international privé de cet État désignent la loi d'un autre pays, la juridiction saisie fait application de sa loi interne ».

Ni l'exposé des motifs ni les considérants ne mentionnent la question du renvoi.

4. **Obligations alimentaires II** — Protocole de La Haye du 23 novembre 2007

« Article 12 — Exclusion du renvoi

Au sens du Protocole, le terme “loi” désigne le droit en vigueur dans un État, à l’exclusion des règles de conflit de lois ».

Le Rapport Bonomi indique au sujet de l’article 11 de l’avant-projet (= article 12 du Protocole) :

« 85. Cette disposition précise que les règles de conflit du Protocole désignent la loi interne de l’État concerné, à l’exclusion des règles de conflit de lois. Le renvoi est donc exclu, et ce même si la loi désignée est celle d’un État non contractant ».

5 a. **Divorce I** — COM (2006) 399 (révision du règlement Bruxelles II)

« Article 20 quinquies — Exclusion du renvoi

Par application d’une loi désignée en vertu du présent règlement, il y a lieu d’entendre l’application des règles de ladite loi à l’exclusion de ses règles de droit international privé ».

Dans l’exposé des motifs il est signalé au sujet de cet article que

« Permettre le renvoi compromettrait l’objectif de sécurité juridique. La désignation d’une loi en vertu de règles de conflit de lois uniformes signifie donc la désignation des règles matérielles de cette loi et non de ses règles de droit international privé ».

5 b. **Divorce II** (Rome III) — COM (2010) 105

« Article 6 — Exclusion du renvoi

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

Au sujet de cet article, l’exposé des motifs reprend les termes du document COM (2006) 399.

6. **Successions** — COM (2009) 154

« Article 26 — Renvoi

Lorsque le présent règlement prescrit l’application de la loi d’un État, il vise les règles de droit en vigueur dans cet État à l’exclusion des règles de droit international privé ».

Ni l'exposé des motifs ni les considérants ne mentionnent la question du renvoi.

7. Régimes matrimoniaux — COM (2011) 126

« Article 24 — Exclusion du renvoi

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

Ni l'exposé des motifs ni les considérants ne mentionnent la question du renvoi.

8. Effets patrimoniaux des partenariats — COM (2011) 127

« Article 19 — Exclusion du renvoi

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

Ni l'exposé des motifs ni les considérants ne mentionnent la question du renvoi.

9. Filiation — COM (2022) 695

« Article 21 — Exclusion du renvoi

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

Ni l'exposé des motifs ni les considérants ne mentionnent la question du renvoi.

Annexe V. Filiation

GEDIP – Prise de position sur la proposition de règlement européen en matière de filiation

Document de travail présenté par le sous-groupe.

European Group for Private International Law

Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood

Meeting of September 2023

(text adopted on....)

The European Group for Private International Law,

Taking cognizance of the Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood (COM/2022/695 final);

Recalling that the *Proposal for a Convention concerning jurisdiction and the enforcement of judgments in family and succession matters* adopted by the Group on occasion of its meeting in 1993 already contained jurisdiction rules as regards the establishment and contestation of parenthood;

Believes that the following considerations should guide the European Union's action in this field

1. The Group welcomes that the EU intends to legislate in this field, since parenthood is a status from which persons derive numerous rights and obligations. Lack of continuity is a concern in this area as demonstrated by case law of the CJEU and the ECtHR, since it may amount to an obstacle to free movement and infringe the right to family life.

Scope and Definitions

2. The Group notes that the Proposal has its main focus on the establishment of parenthood. Since it rightly also covers the contestation and termination of parenthood, the adequacy of the proposed rules should be reconsidered. The contestation and voluntary acknowledgment of parenthood and adoption, in particular, would seem to require additional special rules.

3. The Group is of the view that the spatial scope of application of the proposed rules requires further consideration, since birth certificates are also issued in Member States following the recognition of decisions or documents issued in Third States. This would call for coordination with the Hague Parentage project dealing with the same subject matter.

4. The Group wonders, moreover, why the relationship with other provisions of Union law should be regulated at the beginning, instead of the end, of the planned Regulation, in derogation from the usual practice. Furthermore, the Group is not convinced that reference to the restrictive application of the public policy exception in relation to the recognition of parenthood for the purpose of free movement guaranteed by Union law (repeated in Art. 29(3), 37(4), and 45(4)), which goes back to the case law of the ECJ, is appropriate or necessary.

5. The Group thinks that the definitions would need to be reworked. There is a need of clarification in respect of the term “court” and of the term “authentic instruments with binding legal effect”, which are ambiguous and lead to confusion as regards the recognition regime. The definition of a cross-border adoption, which is misleadingly equated to an “*adoption internationale*” in the French text of the Proposal, should be included in the text of the Proposal.

Jurisdiction

6. The general rule on jurisdiction of Article 6 provides for several alternative criteria, which reflects the principle of *favor filiationis*. However, the pertinence of some of these criteria seems doubtful (place of birth of the child, nationality or habitual residence of *either* parent). Even more so if one considers that, by virtue of Art. 3(c) of the Maintenance Regulation and of Art. 4 of the Hague Protocol, these criteria will also determine the jurisdiction (and sometimes the applicable law) to ancillary maintenance claims.

7. This very broad range of options is completed by some uniform rules of subsidiary jurisdiction based on the presence of the child (Art. 7) and on *forum necessitatis* (Art. 9). In this context, the residual application of the national rules of jurisdiction under the law of the Member State, as provided for in Article 8, seems to go too far, and does not reflect the exhaustivity of jurisdictional rules in most recent regulations.

8. The rule of Article 15 concerning the right of children to express their view does not seem to be well-suited to all proceedings for the establishment of parenthood. The optional ground for refusal in case the foreign decision was given “without children having been given an opportunity to express their views” (Art. 31(3), which corresponds to Art. 39(2) Brussels IIter is not appropriate in the present context either, unless children are required or allowed to express their views in parenthood proceedings in accordance to the applicable law.

Applicable law

9. The general rule on applicable law in Article 17 points to the law of the State of the habitual residence of the person giving birth, at the time of birth, with a fall-back rule for instances in which the application of this law would lead to the child having only one parent. This rule clearly aims at maintaining the validity of an Assisted Reproductive Technology (ART) or international surrogacy arrangement, but it can be questioned if it is also suitable for other situations. If parentage is contested or to be established later in the life of the child, and the child is not born as the result of ART or a surrogacy arrangement, the habitual residence of the child at the time of contestation or establishment would be a more appropriate connecting factor. What is more, the application of the law of the habitual residence at the time of birth of the person giving birth is clearly inappropriate for adoption, particularly when this takes place later in the child’s life. For such cases the application of the law of the forum might be more appropriate.

10. Article 18 on the scope of the applicable law is not exhaustive and, as is customary for such rules in other EU instruments, other matters could be included in scope without being explicitly mentioned. The Group would support this approach. However, an explicit rule concerning the effects of adoption (does it completely sever the ties with the biological parents, can it be repealed?) would be useful.

11. Article 20 governs the formal validity of unilateral acts intended to have legal effect on the establishment of parenthood. In practice, the most common such act is the acknowledgment of paternity. However, false acknowledgments are not uncommon – *inter alia* for migration purposes – and the proposal is unclear on whether the generally applicable law under Article 18 should apply also to the substantive validity of such unilateral acts.

12. Article 23 contains a rule on the law applicable where the law specified by the Regulation is the law of a State which comprises several territorial units, each of which has its own rules in respect of parenthood. However, there are also many States that have systems of personal laws

for matters concerning personal status, applying different rules for different ethnic or religious groups. It would be useful if a rule for such situations, e.g. modelled on Article 37 of the Succession Regulation, were included.

13. Article 22(2) underlines that the use of the public policy exception in order to refuse the application of the law of a foreign country must comply with the Charter's prohibition of discrimination. As set out in the Explanatory Memorandum, it should not be possible to refuse the application of the law of another State providing for the possibility of parenthood as regards two parents in a same-sex couple merely on the grounds that the parents are of the same sex. (This is repeated in the context of recognition of court decisions and authentic instruments.) The Group recalls that the proposal aims at unifying the conflict-of-law rules on parenthood, not the substantive rules of the law of the Member States on same-sex relationships. Whether the public policy exception may be applied if the applicable law is in stark contrast to basic principles of substantive family law of the forum is an open question which should not be settled authoritatively by the Union legislator. The Group is moreover of the opinion that other provisions of the Charter and in particular Article 24 (right of the child to know their origins) have not been sufficiently considered.

Recognition

14. The Group notes that the provisions on recognition of court decisions essentially replicate the corresponding provisions of Regulation (EU) 2019/1111 ("Brussels IIter"). Although this technique has its merits, several provisions included are not suitable for the recognition of decisions on parenthood. This applies in particular to Art. 31(1)(d) and (e) which provide that recognition of a decision shall be refused if it is irreconcilable with a later court decision given in the Member State addressed or in another Member State. These rules correspond to the provisions of Regulation Brussels IIter for decisions on parental responsibility. However, in the different context of decisions on parenthood the coherence of the legal order of the Member State addressed calls for the priority of any irreconcilable decision given in that State, and the principle of *res iudicata* requires to give priority only to an earlier decision of another Member State.

European Certificate of Parenthood

15. The main question that arises regarding the European Certificate of Parenthood (ECP) concerns the nature and function of the certificate. According to the proposal, the ECP serves as proof of the status of parenthood; it is established on the basis of a court decision, an authentic instrument with binding legal effect or an authentic instrument with no binding legal effect. The ECP thus confirms an existing status, already established and registered in a national document issued by an authority of a Member State. As such, the ECP seems different from the European Certificate of Succession, where the authority, possibly independently from any national document, establishes the status or rights of the heirs to the estate.

16. The question arises whether, if the ECP brings proof of a status already established and recorded in a national document, it adds value to the existing recognition or acceptance of national documents. The proposal foresees attestations that can accompany a national court decision or an authentic instrument (with or without binding legal effect). As the ECP does not seem to provide an independent proof, it is unclear what the ECP adds to these attestations. In particular, it is unclear what added value the ECP brings as 'proof' when it is based on a court decision or authentic instrument with binding legal effect which must already be recognised.

17. The ECP seems furthermore questionable when it brings proof, with uniform effects, of a status of parenthood recorded in an authentic instrument with no binding legal effect (typically birth certificates). As the proposal recognises, authentic instruments with no binding legal effect have varying effects in the Member States; Art. 45(1) requires Member States to grant an authentic instrument which has no binding legal effect the same evidentiary effects as it has in the Member State of origin or the most comparable effects. It would seem that the ECP would 'overrule' the diverging evidentiary effects by granting the same effect to birth certificates across Member States. This might be justified if the authority issuing the ECP would confirm, on the basis of the applicable law, the status of parenthood, independently from what is recorded in a national birth certificate. However, not all civil status registrars in the Member States, which will be issuing ECPs, are used to applying foreign law. In addition, it is not clear what would happen, if the authority concludes that, in accordance with the applicable law, the status of parenthood differs from that recorded in the birth certificate produced by the applicant.

18. A further question that arises, in the context of the issuance of an ECP, concerns the designation of the competent authority. Presumably, the authority 'of the Member State in which parenthood is established' refers to the authority of the Member State of origin of the underlying court decision or authentic instrument with or without binding legal effect. However, this terminology would not seem to fit situations where parenthood is established by operation of law because in such cases parenthood is not established in any particular place.

Conclusion

20. The Group concludes that the Proposal provides a useful starting point for discussion but is of the view that several of the proposed rules would need to be refined.

Annexe VI. Droits de l'homme

GEDIP — Actualités de la CEDH — Patrick KINSCH, 16 septembre 2023

Document de travail pour la réunion de Milan 2023

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé (2022-2023)

La période sous examen a donné lieu à un grand nombre d'arrêts et de décisions en matière de gestation pour autrui, ainsi qu'à un arrêt en matière de refus de la reconnaissance d'un mariage entre personnes du même sexe célébré à l'étranger. Ces arrêts et décisions illustrent à la fois la stabilisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et accessoirement l'existence d'une tendance dissidente parmi les juges (bio) — conservateurs (I). La Cour a également eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence *Pellegrini c. Italie* en matière de violation de l'article 6 de la Convention par un Etat contractant qui reconnaît un jugement lorsque celui-ci a été rendu par une juridiction d'un Etat non-contractant dans des circonstances qui ne correspondaient pas aux garanties procédurales de l'article 6 de la Convention (II). Un arrêt sur les défaillances du contrôle par le tribunal fédéral suisse sur un arbitrage sportif ayant appliqué une réglementation non étatique sera brièvement présenté (III). Enfin, on donnera les références des décisions rendues en matière d'enlèvements internationaux d'enfants, sans qu'il y ait eu parmi celles-ci une décision remarquable (IV).

I. — Reconnaissance et non-reconnaissance de situations

A. — Gestations pour autrui

L'augmentation du nombre des décisions de la Cour sur un problème précis est normalement un signe de ce que sa jurisprudence se stabilise et devient routinière. Effectivement, les six arrêts et décisions rendus au cours de la période sous examen appliquent des solutions antérieurement dégagées dans la jurisprudence de la Cour, spécialement dans l'avis consultatif du 10 avril 2019, « relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française » (suites de l'affaire *Mennesson c. France*) — présenté à la réunion Katowice de 2019.

1.— Dans l'affaire *D. B. et autres c. Suisse*, arrêt du 22 novembre 2022, nos 58817/15 et 58252/15, était en cause la non-reconnaissance en Suisse du lien de parenté entre un enfant né

d'une gestation pour autrui en Californie et le père d'intention, partenaire enregistré du père génétique. Comme le retient l'arrêt, ce qui constitue le critère distinctif principal de la présente affaire est que les deux premiers requérants forment un couple du même sexe uni par un partenariat enregistré, alors que les parents requérants dans les affaires dirigées contre la France étaient des couples de sexes différents unis par un mariage (§ 84). Mais le même principe s'applique aux couples hétéro- comme aux couples homosexuels : « La Cour estime (...) que l'intérêt de l'enfant ne peut pas dépendre de la seule orientation sexuelle des parents » (§ 85).

Comme dans les affaires françaises, le fait que la gestation pour autrui était contraire à l'ordre public suisse n'est pas pertinent du point de vue intérêt de l'enfant sous l'angle de la protection de sa vie privée (art. 8 de la Convention) comprenant le droit à l'établissement de son identité familiale : « [La Cour] estime qu'il convient, du point de vue de la Convention, de faire abstraction du comportement éventuellement critiquable des parents de manière à permettre la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant, critère suprême dans de telles situations » (§ 86). Elle confirme l'existence d'une marge d'appréciation au profit des Etats en ce qui concerne non pas le principe de la consécration du lien de parenté, mais les « moyens à mettre en œuvre pour établir ou reconnaître la filiation » (§ 87) entre le père d'intention et l'enfant (transcription de l'acte de naissance californien qui le désigne comme deuxième père, ou alors adoption de l'enfant), mais elle constate que le droit interne suisse n'offrait en l'espèce aux requérants aucune possibilité de voir reconnaître ce lien de filiation. Il y a donc eu violation de la Convention à l'égard du troisième requérant, l'enfant né de la gestation pour autrui.

En revanche, les premier et deuxième requérants (les deux pères) n'ont pas été victimes de violation de la Convention (pas plus que les époux *Menesson*, dans l'affaire *Menesson c. France*) :

92. La Cour rappelle que la gestation pour autrui à laquelle le premier et deuxième requérants ont eu recours pour créer une famille était contraire à l'ordre public suisse. Elle estime que la conclusion du Tribunal fédéral selon laquelle le fait d'avoir recouru à une gestation pour autrui en Californie afin de contourner l'interdiction prévalant en Suisse constituait une fraude à la loi juridiquement pertinente n'est ni arbitraire ni déraisonnable. De surcroît, le premier et le deuxième requérant n'allèguent pas avoir ignoré que le droit suisse prohibait la gestation pour autrui et, par leur manière de procéder, ils ont mis les autorités compétentes devant un fait accompli.

93. Par ailleurs, la Cour estime que la non-reconnaissance par les autorités suisses de l'acte de naissance n'a, en pratique, pas affecté **la jouissance de leur vie familiale** de manière significative. Elle rappelle que le Tribunal fédéral a considéré que les requérants formaient de toute façon une « communauté familiale » protégée par l'article 8 de la Convention (paragraphe 14 ci-dessus). Par ailleurs, les brèves allégations formulées devant la Cour, notamment relatives aux difficultés rencontrées par les parents à la crèche, à la maternelle et à l'école, ne sont pas assez étayées et, en tout état de cause, ne semblent pas assez sérieuses pour être considérées comme une ingérence

disproportionnée aux buts poursuivis, à savoir l'interdiction de la gestation pour autrui comme méthode de procréation. La Cour conclut ainsi que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit suisse du lien entre le premier et le troisième requérant ne dépassent pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention (voir, mutatis mutandis, *Menesson*, précité, § 93).

Une opinion dissidente a été jointe à l'arrêt par la juge Elósegui, dans lequel elle fait valoir entre autres que « Cette condamnation de la Suisse, fondée sur une prétendue violation des droits d'un mineur dont la vie familiale était en réalité protégée, ignore les droits des femmes exploitées qui sont de l'autre côté de la balance et le droit de l'enfant à connaître ses origines » (§ 21 de l'opinion dissidente).

2.— L'affaire *K. K. et autres c. Danemark*, arrêt du 6 décembre 2022, n° 25212/21, jugée à une majorité de quatre juges contre trois (mais sans avoir été portée devant la Grande Chambre par la suite), condamne le Danemark pour avoir refusé d'admettre l'adoption d'enfants jumeaux nés au terme d'une gestation pour autrui en Ukraine par leur mère d'intention, épouse de leur père génétique. Faisant référence à l'avis consultatif dans l'affaire *Menesson*, la Cour juge qu'un équilibre approprié n'a pas été trouvé par les juridictions danoises entre l'intérêt des enfants de voir consacrer juridiquement un lien de parenté avec leur mère d'intention et les intérêts s'opposant à cette adoption (§ 59 : « [Denmark's ratification of] the Hague Convention which in Article 4(3)(c) sets out that an adoption shall take place only if the State have ensured that the consents have not been induced by payment or compensation of any kind »...§ 60 : « The Court also accepts that the Danish legislature, by enacting a prohibition on adoption under section 15 of the Adoption Act if the person required to consent had been paid or remunerated, was seeking to avoid commercial exploitation of surrogate mothers and the risk of children being turned into a commodity »).

Un long raisonnement mené par la Cour (§§ 65-75) consiste à passer en revue, selon une méthode très casuistique, l'ensemble de ces précédents récents et d'en déduire que

76.... the Court is not satisfied that the authorities of the respondent State, when refusing to let the second and third applicants be adopted by the first applicant, struck a fair balance between, on the one hand, the specific children's interest in obtaining a legal parent-child relationship with the intended mother, and, on the other, the rights of others, namely those who, in general and the abstract, risked being negatively affected by commercial surrogacy arrangement.

Conclusion: l'article 8 (droit à la vie privée) a été méconnu à l'égard des deux enfants.

J'ajouterai deux observations sur cet arrêt :

- la Cour retient l'importance du droit des successions dans l'appréciation de l'intérêt supérieur des enfants (§ 73 : « In terms of inheritance, it is also clear that although the first applicant could make a will to that effect, the children would not be her heirs by virtue of a legal parent-child relationship, unlike the situation for other children in Denmark »). La présence de cet élément patrimonial dans le raisonnement de la Cour basé en principe sur un droit extrapatrimonial (art. 8 CEDH) est remarquable, mais il n'est pas sans précédent dans la jurisprudence de la Cour, depuis l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, n° 6833/74 qui concernait la situation désavantageuse, notamment sur le plan des successions, réservée à l'époque aux enfants naturels en Belgique ;

- une constatation très importante aux yeux de la Cour suprême de Danemark ne joue aucun rôle dans le raisonnement de la Cour, qui ne consacre pas une seule ligne à le réfuter. Il s'agissait de l'importance de la « dissuasion générale » (« general deterrence ») qui découlerait de la non-reconnaissance, même à travers une procédure d'adoption, de la filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui et sa mère d'intention [voir la citation de l'arrêt de la Cour suprême de Danemark, § 16]. Cela est, il est vrai, à la base même de la jurisprudence de la Cour en matière de gestation pour autrui depuis l'affaire *Menesson*, l'enfant n'ayant pas pris part à la violation de l'ordre public national et ne devant par conséquent pas être puni. L'opinion dissidente de trois juges se concentre sur cette dernière problématique comme élément de l'inefficacité de lutte contre ce qu'ils estiment être le fléau de la GPA « commerciale »¹.

3.— Trois décisions par un comité de trois juges sur des requêtes dirigées contre l'Italie :

Décision (comité de trois juges) du 30 mai 2023, Stefano Maurizio Bonzano et autres c. Italie, n° 10810/20,

Décision du 30 mai 2023 rendu par le même comité de trois juges, Modanese c. Italie, n° 59054/19,

Décision du 30 mai 2023 rendu par le même comité de trois juges, Nuti c. Italie et Dallabora c. Italie, n°s 47998/20 et 23142/21,

Ces décisions déclarent irrecevables pour défaut manifeste de fondement, des requêtes dirigées contre l'Italie qui reprochaient aux autorités italiennes de ne pas avoir transcrit des actes de naissance étrangers relatifs à une filiation (selon le cas masculine ou féminine) non biologique de

¹ Extrait de l'opinion dissidente : « 103. In this context it is worth noting the shortage of options available to a State whose policy is opposed to commercial surrogacy, when it comes to countermeasures against recourse by its residents to commercial surrogacy abroad. Penal sanctions against the intending parents would remain a possibility but the Danish authorities have not chosen that option, the exercise of which might also have drastic repercussions on minor children in the family. We do not venture to speculate whether our colleagues in the majority might accept such a scenario, that is, the imposition of criminal sanctions on the intending parents, as being compatible with the idea that the children's best interests should be paramount in the sense of being more important than anything else ».

parents d'intention à l'égard de l'enfant : dans les cas *Bonzano* et *Mondanese*, il s'agissait d'enfants issus d'une GPA et de couples d'hommes ; dans les affaires *Nuti* et *Dallabora*, d'enfants nés d'une PMA et de couples de femmes. Dans chacun de ces cas, la filiation à l'égard du parent biologique avait été reconnue, et le lien de parenté entre l'enfant et le parent non biologique aurait — conformément au droit italien — pu être reconnu par la voie d'une adoption, adoption que les pères d'intention (*Bonzano c. Italie* et *Modanese c. Italie*) ou mères d'intention (*Nuti et Dallabora c. Italie*) avaient toutefois refusé, insistant sur la reconnaissance de l'acte de naissance étranger.

La solution du droit italien est la suivante (selon la décision *Bonzano c. Italie* ; les mêmes motifs sont reproduits en substance dans les autres décisions) :

... le système juridique italien interdit comme contraire à l'ordre public la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger. Elle se réfère à cet égard, en particulier, à l'arrêt n° 12193 du 8 mai 2019 de l'Assemblée plénière (Sezioni Unite) de la Cour de cassation réaffirmant le principe selon lequel une ordonnance par laquelle un tribunal étranger reconnaît un lien de filiation entre un enfant né à l'étranger par GPA et une personne qui n'a aucun lien biologique avec celui-ci ne peut pas être transcrite sur les registres de l'état civil italien. Toutefois, la Haute juridiction a déclaré que les valeurs protégées par l'interdiction en question n'excluent pas la possibilité de reconnaître la relation parentale au moyen d'autres instruments prévus par l'ordre juridique, comme l'adoption dans des cas particuliers (article 44, § 1, lettre d) de la loi n° 184 de 1983).

Par ailleurs, le 24 février 2022, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelles les dispositions relatives à l'adoption « dans des cas particuliers » pour autant qu'elles excluaient que fût créé entre l'adopté et les parents de l'adoptant le même lien de parenté que celui qu'établissaient les autres types d'adoption.

La Cour déclare le reproche de violation du droit à la vie privée et familiale irrecevable au regard de cette possibilité d'adopter les enfants, possibilité dont les parents d'intention n'avaient pas souhaité se saisir, insistant sur la transcription des actes de naissance étrangers. À noter que la Cour ne prend même pas la peine de distinguer entre le cas des parents et celui des enfants. Extrait de la motivation (de la décision *Bonzano c. Italie*) :

19. La Cour souligne que s'il est vrai que l'État italien ne permet pas la transcription de l'acte de naissance en ce qui concerne le père d'intention, il garantit par le biais de l'adoption la possibilité de le reconnaître juridiquement. Pour ce faire, il est nécessaire de demander la transcription de l'acte de naissance pour le parent biologique : ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

20. Quant à l'argument non étayé des requérants selon lequel ils ne pourraient pas adopter étant résidents à l'étranger, la Cour rappelle tout d'abord que selon les dispositions de l'article 40 de la loi no 218 de 1995 en matière de droit international privé, les juges italiens ont juridiction en matière d'adoption lorsque les adoptants ou l'un d'eux ou le futur adopté sont citoyens italiens ou étrangers résidents en Italie. Ensuite elle se réfère aux principes exprimés par le récent arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 2022 (voir paragraphe 15 ci-dessus).

...

22. À la lumière de ce qui précède, après s'être livrée à un examen approfondi des observations des parties et des tiers intervenants et à une analyse de la jurisprudence pertinente, la Cour considère que l'État défendeur n'a pas outrepassé en l'espèce l'ample marge d'appréciation dont il disposait en matière de mise en œuvre des moyens permettant d'établir ou de reconnaître la filiation.

4.— Dans l'affaire C. c. Italie, arrêt du 31 août 2023, n° 47196/21, un couple hétérosexuel italien avait conclu un contrat de GPA en Ukraine. L'enfant, né du sperme du père d'intention (qui était donc également le père biologique) et de l'ovule d'une donneuse anonyme, fut implanté dans l'utérus d'une mère porteuse. Un acte de naissance établi en Ukraine fut établi en indiquant les deux requérants comme parents. Ils ne parvinrent pas à faire transcrire cet acte par les autorités de l'état civil italien, et échouèrent même à obtenir une transcription partielle ne mentionnant que filiation paternelle qui correspondait à la filiation biologique (cette dernière transcription partielle étant refusé par le bureau de l'état civil de la commune au motif que l'interdiction de la GPA ne pouvait être contournée : § 12).

Une requête contre l'Italie a été introduite par l'enfant né de la GPA.

La Cour constate une violation de la Convention (art. 8, vie privée) pour la non-reconnaissance du lien de filiation entre la requérante et son père biologique. Les modalités de cette reconnaissance relèvent de la marge d'appréciation de l'Italie (§ 60 : « *selon sa jurisprudence (avis consultatif no P16 — 2018-001, précité, et D c. France, précité), elle n'est pas concernée par les modalités d'établissement ou de reconnaissance d'un lien de filiation d'un enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger (transcription de l'acte de naissance étranger partielle ou complète, adoption plénière ou simple, établissement ex novo du lien dans le pays de résidence de l'enfant), mais elle doit vérifier, en revanche, si le processus décisionnel de l'État de résidence de l'enfant, considéré comme un tout, a assuré la protection adéquate des intérêts en jeu. En effet, il est primordial que les modalités de l'établissement de la filiation prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre (avis consultatif no P16-2018-001,*

précité, § 55), conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant de manière à éviter que celui-ci soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique »).

Comme aucun résultat « rapide » et « efficace » conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'établissement du lien de filiation entre le parent biologique et l'enfant né à la suite d'une GPA effectuée à l'étranger (§ 68) n'a pu être obtenu en Italie, la Cour constate une violation de la Convention à l'égard de l'enfant en ce qui concerne la filiation paternelle.

En revanche, s'agissant de la non-transcription de l'acte de naissance à l'égard de la mère d'intention (qui n'était pas la mère biologique), la Cour relève que (§ 75) « la loi italienne ne permet pas la transcription de l'acte de naissance en ce qui concerne la mère d'intention, néanmoins, elle garantit à cette dernière la possibilité de reconnaître juridiquement l'enfant par le biais de l'adoption ». Comme aucune adoption n'avait été demandée par la mère d'intention, la Cour constate qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 8 de la Convention à cet égard.

Voir encore l'opinion partiellement dissidente du juge Wojtyczek (polonais) : ce juge relève que « la réalité du lien de filiation biologique allégué en l'espèce n'a pas été démontrée » et qu'« il devient de plus en plus urgent d'adopter, dans les États membres du Conseil de l'Europe et au niveau international, des mesures efficaces interdisant cette pratique et instituant des sanctions contre les personnes qui y recourent ».

B. — Mariage entre personnes du même sexe

L'affaire *Koilova et Babulkova c. Bulgarie*, arrêt du 5 septembre 2023, n° 40209/20, concerne le refus, par les autorités bulgares, de reconnaître et de transcrire l'acte de mariage entre les deux requérantes, de nationalité bulgare, qui s'étaient mariées au Royaume-Uni. C'était la disposition de l'article 46 de la Constitution bulgare, aux termes duquel le mariage constitue « une union volontaire entre un homme et une femme », qui faisait obstacle à la reconnaissance.

L'arrêt adopte une solution similaire à celle de l'arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017, présenté à la réunion d'Anvers : elle n'exige pas qu'un mariage célébré entre deux personnes du même sexe à l'étranger soit reconnu en tant que *mariage* (sur ce point, le consensus européen est insuffisant, et donc la marge d'appréciation reconnue aux Etats contractants leur permet de ne pas reconnaître ce mariage sous sa qualification de « mariage »), mais les Etats sont obligés de respecter une obligation positive de reconnaissance et de protection juridique des couples du même sexe (§ 39). Il n'y a donc pas de véritable différence, dans l'approche de la Cour, entre la situation d'un mariage dès à présent effectivement célébré à l'étranger, et que les époux présentent la reconnaissance devant les autorités d'un Etat hostile au mariage homosexuel, et celle où des candidats au mariage s'adressent aux autorités de leur propre Etat pour demander d'être mariés. Cette dernière situation est illustrée par un récent arrêt, *Fedotova et autres c. Russie* [GC], n^{os} 40792/10, 30538/14 et 43439/14, du 17 janvier 2023

(ou, auparavant, l'arrêt *Oliari c. Italie* du 21 juillet 2015, n^{os} 18766/11 and 36030/11. Dans l'affaire *Koilova et Babulkova c. Bulgarie*, la Cour rappelle ce qui suit :

51. La Cour a aussi affirmé qu'une forme de vie commune officiellement reconnue autre que le mariage a en soi une valeur pour les couples homosexuels, indépendamment des effets juridiques, étendus ou restreints, que celle-ci produit. Ainsi la reconnaissance officielle d'un couple formé par des personnes de même sexe confère à ce couple une existence ainsi qu'une légitimité vis-à-vis du monde extérieur (*Fedotova et autres*, précité, § 201, avec les références qui y sont citées).

...

53. En l'espèce, la Cour ne peut que constater, à l'instar des situations exposées dans l'arrêt *Fedotova et autres* précité, qu'en l'absence de reconnaissance officielle, les couples formés par les personnes de même sexe sont de simples unions de facto au regard du droit bulgare, même si — comme c'est le cas pour les requérantes — un mariage a été valablement contracté à l'étranger. Ces personnes ne peuvent régler les questions patrimoniales, familiales ou successorales inhérentes à leur vie de couple qu'à titre de particuliers concluant entre eux des contrats de droit commun, si cela est possible, et non en tant que couple officiellement reconnu (voir, *mutatis mutandis*, *Vallianatos et autres*, précité, § 81, et *Fedotova et autres*, précité, § 203). Elles ne peuvent pas faire valoir l'existence de leur couple devant les instances judiciaires et administratives, ou des tiers. À supposer que le droit bulgare permette aux requérantes de saisir les juridictions internes pour obtenir la protection des besoins ordinaires de leur couple, la Cour rappelle que la nécessité de telles démarches constitue, en soi, un obstacle au respect de leur vie privée et familiale (*Oliari et autres*, précité, § 172, et *Fedotova et autres*, précité, § 203).

La Cour souligne que la Bulgarie aurait pu reconnaître juridiquement, sans pour autant lui donner la qualification de « mariage », l'union entre les deux requérantes sans pour autant transcrire l'acte de mariage britannique ; ceci lui aurait permis de prendre en considération les motifs invoqués par les autorités bulgares au titre de l'intérêt général (défense du mariage traditionnel). Il aurait été possible d'offrir une autre situation juridique adéquate aux requérantes au lieu de la reconnaissance du mariage, mais

63. Malgré cela, force est à la Cour de constater qu'à ce jour, les autorités bulgares n'ont entrepris aucune démarche visant à faire adopter une réglementation juridique adéquate en matière de reconnaissance des unions entre personnes de même sexe.

64. S'agissant en particulier des circonstances de l'espèce, les éléments examinés ne permettent pas à la Cour de constater l'existence d'un intérêt général qui prévaudrait sur les intérêts essentiels des requérantes tels qu'établis ci-dessus.

Ce qui caractérise l'affaire *Koilova et Babulkova c. Bulgarie* du point de vue du droit international privé, c'est (1) le fait qu'elle la Cour ne donne aucune importance particulière à l'existence du mariage célébré au Royaume-Uni : ce qui est reproché à la Bulgarie est l'inadéquation de la protection réservée dans en droit interne bulgare aux couples du même sexe, non le refus de reconnaissance d'une situation existant suite à un acte de l'état civil étranger (même solution que dans l'affaire *Orlandi c. Italie*) ; (2) que la violation de la Convention aurait pu être évitée de plusieurs manières, et non seulement par la reconnaissance (au sens du droit international privé) du mariage britannique.

II. — Reconnaissance dans un Etat contractant d'un jugement rendu par une juridiction d'un Etat non contractant : *Dolenc c. Slovénie*

Dans son arrêt *Pellegrini c. Italie* (arrêt du 20 juillet 2001, n° 30882/96, présenté à la réunion de Vienne en 2003), la Cour avait constaté qu'en déclarant exécutoire en Italie un arrêt de la Rote romaine (la juridiction d'appel des tribunaux ecclésiastiques) en matière d'annulation d'un mariage, l'Italie avait elle-même violé l'article 6 de la Convention garantissant le droit au procès équitable, au motif que les garanties de l'article 6 n'avaient pas été respectées devant les juridictions ecclésiastiques et que les tribunaux italiens avaient néanmoins accepté de déclarer exécutoire l'arrêt de la Rote. À l'époque, la Cour avait appliqué purement et simplement les critères de la procédure contradictoire tels qu'elle les applique à l'égard des juridictions des Etats parties et, comme la procédure ecclésiastique n'y était pas conforme, la décision d'exequatur des juridictions italiennes était réputée avoir violé l'article 6 de la Convention.

L'approche de l'arrêt *Pellegrini* correspond toujours à la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la reconnaissance de jugements dans les relations entre Etats contractants et Etats non-contractants², comme le démontre l'arrêt ***Dolenc c. Slovénie, arrêt du 20 octobre 2022, n° 20256/20.***

Vincenc Dolenc, neuro-chirurgien, internationalement connu (professeur à l'Université de Ljubljana) avait opéré un citoyen israélien à l'hôpital universitaire de Ljubljana. Le patient avait subi des séquelles graves lors de l'opération ou lors des soins post-opératoires.

² Les relations entre États contractants, et tout particulièrement entre États contractants qui sont également membres de l'Union européenne, relèvent de règles particulières, la Cour acceptant d'appliquer une présomption d'équivalence de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne et de la protection des droits de l'homme au niveau du Conseil de l'Europe : en particulier l'arrêt *Avotinš c. Lettonie*, (n° 17502/07), présenté à la réunion de Milan en 2016.

Il assigna le professeur Dolenc devant le tribunal de district de Tel-Aviv, dont la compétence découlait (au regard du droit israélien) de la signification de l'assignation à la personne du défendeur lors d'une brève visite effectuée par le défendeur en Israël (§ 3 ; ce titre de compétence est caractéristique des pays de *common law* : pour Israël, voir T. Einhorn, *Private International Law in Israel*, 2^e éd., 2012, n° 1049).

Dans la suite, la juridiction israélienne insista sur la présence personnelle des témoins (témoins de fait et témoin sur le droit slovène applicable au fond du procès) dont le professeur Dolenc invoquait le témoignage. Il rejeta la demande d'application de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, et offrit comme seule alternative un témoignage par visioconférence, qui parut impraticable au défendeur. Le résultat fut que les témoignages invoqués par le défendeur ont été jugés irrecevables, et que le défendeur a été condamné à payer des dommages et intérêts d'un montant équivalent à 2,3 millions d'euros au demandeur. Celui-ci sollicita l'exequatur du jugement israélien en Slovénie, exequatur qui lui fut accordé. Un recours de la part du professeur Dolenc, y compris devant la Cour constitutionnelle de Slovénie, échoua.

Dans ces circonstances, le professeur Dolenc s'adresse à la Cour en invoquant notamment le précédent *Pellegrini*. La Cour lui donne raison.

Sur les principes juridiques applicables, la Cour retient qu'il convient de suivre la jurisprudence *Pellegrini*, qui exige la conformité pure et simple de la procédure suivie à l'étranger (d'un Etat non contractant) aux garanties de l'article 6 de la Convention, avant que le jugement puisse être reconnu dans un Etat contractant :

59. The above-mentioned case-law indicates that before enforcing a foreign decision the domestic courts are obliged to conduct some measure of review. While initially, in the case of *Drozd and Janousek* concerning Article 5, there seems to be a suggestion that such a review could be limited to the question of a flagrant denial of justice, *Pellegrini* clarified that in the context of Article 6 the review might need to extend to the compliance of the foreign proceedings with the guarantees of this provision, especially where the implications of a declaration of enforceability were of paramount importance for the parties.

Elle note incidemment qu'il n'a pas été allégué qu'il existe une présomption d'équivalence des garanties³, et que dès lors les principes de l'arrêt *Pellegrini* s'appliquent pleinement :

60.... The Court, having regard to the foregoing and noting that it has not been argued that a presumption of equivalent protection should apply in the present case, sees no reasons to depart from the approach set out in *Pellegrini* (cited above). It should thus assess whether, before recognising the Israeli judgments, the national authorities duly satisfied themselves that the relevant proceedings in Israel fulfilled the guarantees of Article 6 § 1.

³ Cette présomption a été appliquée à des jugements émanant d'un autre Etat membre de l'*Union européenne* dans l'affaire *Avotins c. Lettonie* précitée.

Dans l'appréciation du déroulement de la procédure en Israël, la Cour juge que la procédure israélienne n'a pas suffi aux garanties de l'article 6, par. 1 de la Convention. Malheureusement, elle ne statue pas sur l'un des griefs du professeur Dolenc qui faisait valoir que la base de la compétence des juridictions civiles israéliennes (la présence fortuite du défendeur sur le territoire israélien) n'était pas conforme au droit au procès équitable. Elle estime que

61. The crux of the applicant's grievance lies in his alleged inability to participate effectively in the trial in Israel, which, in his view, had not been accorded sufficient importance by the Slovenian courts.

Dans l'examen de ce grief-là, elle se livre à un examen quasi-direct de la procédure devant la juridiction israélienne et reproche à celle-ci de ne pas avoir eu recours à la procédure prévue par la Convention de La Haye, au lieu de rejeter les témoignages proposés par le défendeur pour ne pas avoir été suivis de la comparution personnelle des témoins en Israël ; ce type d'examen quasi-direct — remarquable au regard du fait qu'Israël n'est pas lié par la Convention européenne des droits de l'homme — caractérisait également l'arrêt dans l'affaire *Pellegrini c. Italie* (§ 66 : « In these particular circumstances, it would seem reasonable that the evidence be gathered in Slovenia using the procedure provided for in the Hague Evidence Convention. This appears to have been the only formalised way available to the Israeli district court to collect evidence in Slovenia.').

L'acceptation de cette procédure par les juridictions slovènes leur est reprochée :

67. The Slovenian courts when reviewing the Israeli judgments accepted that the Israeli district court's decision to discontinue the Hague Evidence Convention procedure was justified. The Constitutional Court referred in this connection to E.M.'s right to a trial within a reasonable time (see paragraph 31 above). However, the Court notes that while the prompt conduct of the proceedings is of great importance, it does not justify disregarding such a fundamental principle as the right to adversarial proceedings. In fact, Article 6 § 1 is intended above all to secure the interests of the parties and those of the proper administration of justice (see *Nideröst-Huber v. Switzerland*, 18 February 1997, § 30, Reports 1997-I). The Court also observes that there is no reason to believe that the Hague Evidence Convention procedure would have per se caused significant delays (see Article 9 cited in paragraph 36 above) and sees no basis for the conclusion that the applicant delayed the process.

et encore :

69. In view of the above consideration, the Court finds that the grounds on which the Constitutional Court relied were unable to justify the discontinuation of the Hague Evidence Convention procedure by the Israeli district court.

III. — Une affaire à la marge du droit international privé : *Semenya c. Suisse*

Cette affaire a donné lieu à un important arrêt du 11 juillet 2023, n° 10934/21, à propos de la reconnaissance, par le Tribunal fédéral suisse, d'une sentence arbitrale du Tribunal arbitral du sport (TAS) ayant appliqué le règlement de l'International Association of Athletics Federations (l'IAAF ou World Athletics) qui interdisait à la requérante, une sportive de haut niveau, de concourir aux courses de demi-fond (800 à 3000 mètres) à moins qu'elle ait réduit son taux naturel de testostérone par des traitements hormonaux pour pouvoir participer aux compétitions internationales dans la catégorie féminine (selon l'opinion concordante du juge Pavli, il s'agit du « défi » que représentent « des catégories sportives binaires face à un monde non binaire »).

La question du contrôle du respect des droits de l'homme dans ces circonstances, similaire à celle posée par l'arrêt *Mutu et Pechstein c. Suisse* (requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, arrêt du 2 octobre 2018, présenté à la réunion de Katowice), touche au droit transnational privé plutôt qu'au droit international privé classique. Comme l'arrêt *Mutu et Pechstein c. Suisse*, l'arrêt *Semenya c. Suisse* a trait au TAS, institution autoproclamée de la *lex sportiva internationalis*, désormais soumis — indirectement — à la discipline de la CEDH, notamment à travers l'idée d'arbitrage forcé.

L'affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse* concernait le droit au procès équitable ; l'affaire *Semenya c. Suisse* a trait au droit à la vie privée et au droit à la non-discrimination (art. 8, en combinaison avec l'art. 14). Pour la Cour européenne, la requérante était dans une situation comparable à celle des autres athlètes féminines, mais elle était traitée différemment du fait de son taux naturel de testostérone. Ce qui était en cause directement dans cette affaire était le règlement de l'IAAF, norme non étatique :

112. La Cour est consciente que la requérante met en cause, devant elle, la conformité à la Convention d'un règlement édicté par l'IAAF et entériné par le TAS, deux acteurs non étatiques. Mais, dans la mesure où les conclusions du TAS ont fait l'objet d'un examen par le Tribunal fédéral quant aux griefs soulevés par la requérante, elle conclut qu'à la lumière de sa jurisprudence précitée, la cause de la requérante relève de la « juridiction » de la Suisse au sens de l'article 1 de la Convention, et ce même si la haute juridiction suisse ne s'est pas explicitement référée aux dispositions de la Convention et n'a bénéficié que d'un pouvoir de contrôle restreint, à savoir limité à la question de la compatibilité de la sentence attaquée avec l'ordre public suisse (article 190 al. 2 e) de la LDIP ; paragraphe 43 ci-dessus).

Quant au fond, la Cour exerce — de manière d'ailleurs analogue à l'affaire *Dolenc c. Slovénie* (*supra*, II) —, un contrôle sur le raisonnement de TAS, tout en se défendant de le soumettre à sa juridiction :

173. La Cour observe que le TAS n'est ni un tribunal étatique ni une autre institution de droit public suisse, mais une entité émanant du CIAS, c'est-à-dire d'une fondation de

droit privé (Mutu et Pechstein, précité, §§ 29 et 65). Il s'agit d'une instance spécialisée en droit du sport bénéficiant d'une juridiction de plein contentieux, portant à la fois sur des questions de fait et de droit. En tant que tribunal non étatique, le TAS n'est pas lié directement par les traités conclus par les États en matière de droits de l'homme. Dans le cas d'espèce, il s'est fondé avant tout sur la réglementation de l'IAAF, la Charte Olympique et, à titre subsidiaire, le droit monégasque (paragraphe 16, ci-dessus), qui incorpore les garanties de la Convention.

Elle cependant au TAS d'avoir « appliqué en l'espèce des critères assez similaires aux considérations de la Cour sur le terrain de l'article 14 de la Convention (caractère nécessaire, raisonnable et proportionné), force [étant] néanmoins de constater que son analyse ne se réfère aucunement à cette disposition, ni à la jurisprudence de la Cour qui aurait pu être pertinente » (§ 174). La Cour semble donc considérer le TAS comme étant tenu au respect de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En tout état de cause, le Tribunal fédéral suisse — qui, quant à lui, est incontestablement tenu au respect de la Convention — aurait dû assurer un contrôle efficace de la sentence du TAS :

177. La Cour estime que, si le contrôle très limité exercé par le Tribunal fédéral peut se justifier dans le domaine de l'arbitrage commercial, où des entreprises qui se trouvent généralement sur un pied d'égalité s'accordent sur une base volontaire pour régler leurs litiges de cette manière, il peut s'avérer plus problématique en matière d'arbitrage dans le sport, où les individus se voient confrontés à des organisations sportives souvent très puissantes. En effet, le Tribunal fédéral a lui-même reconnu dans son arrêt concernant la requérante que « le sport de compétition se caractérise par une structure très hiérarchisée, aussi bien au niveau international qu'au niveau national. Établies sur un axe vertical, les relations entre les athlètes et les organisations qui s'occupent des diverses disciplines sportives se distinguent en cela des relations horizontales que nouent les parties à un rapport contractuel » (considérant 9.4 de l'arrêt, paragraphe 33 ci-dessus).

178. Partant, la Cour ne voit pas pourquoi la protection judiciaire devrait être moindre pour des sportifs professionnels que pour des personnes exerçant un métier plus conventionnel.

Le contrôle minimaliste du Tribunal fédéral sur les sentences arbitrales du TAS est en espèce jugé insuffisant (§ 200) : « dans le cadre d'un arbitrage forcé qui privait la requérante de la possibilité de saisir les juridictions ordinaires, la seule voie qui était ouverte à l'intéressée était le TAS qui, en dépit d'un raisonnement très détaillé, n'a pas appliqué la Convention et a laissé planer des doutes considérables quant à la validité du Règlement DSD, notamment s'agissant des effets secondaires du traitement hormonal, de l'incapacité de satisfaire aux exigences du Règlement

DSD dans laquelle les athlètes pouvaient se trouver, et des éléments prouvant l'avantage athlétique concret en faveur des athlètes 46 XY DSD dans les disciplines du 1 500 mètres et du mile. Par ailleurs, le contrôle exercé par le Tribunal fédéral, saisi d'un recours contre la sentence du TAS, était très restreint, à savoir limité à la conformité de la sentence arbitrale avec l'ordre public, et n'a en l'espèce pas permis de répondre aux préoccupations sérieuses exprimées par le TAS d'une manière conforme aux exigences de l'article 14 de la Convention. »... « Il s'ensuit que la Cour n'est pas en mesure d'affirmer que le Règlement DSD, tel qu'appliqué à l'égard de la requérante, peut être considéré comme une mesure objective et proportionnée au but visé » (§ 201).

Résultat : constat de la violation du droit de la requérante à la non-discrimination, combinée avec son droit à la vie privée. Cette violation est imputable à la Suisse, responsable de ne pas avoir institué un contrôle institutionnel et procédural approfondi des sentences du TAS appliquant le règlement non étatique des fédérations sportives internationales.

IV. — Affaires d'enlèvement international d'enfants

Nihil novi sub soli, comme le dit l'Ecclésiaste : c'est le cas en ce qui concerne les arrêts et décisions rendus en 2022-2023 par la Cour en matière d'enlèvement international d'enfants. Ceux-ci pouvaient être importants pour les parties impliquées, mais appliquent des solutions de routine au regard de la Convention, raison pour laquelle je m'abstiens de les commenter en détail (et cite même en partie les résumés officiels préparés par le greffe de la Cour) :

A. — Sur l'application du règlement Bruxelles IIbis :

Veres c. Espagne, arrêt du 8 novembre 2022, n° 57906/18 : Art 8 • Positive obligations • Family life • Excessive length of recognition and enforcement proceedings in respect of return order of the applicant's child to Hungary under Brussels IIa Regulation • Serious consequences for the relationship between the applicant, with no custody at the time, and his child and for custody proceedings

Byčenko c. Lituanie, arrêt du 14 février 2023, n° 10477/21 : Art 8 • Family life • Domestic courts' refusal to make a residence order in the applicant's favour in respect of his son following child's unlawful removal from Lithuania by his mother • In-depth examination of entire family situation • Decisions reasoned and based on child's best interests • Applicant sufficiently involved in the proceedings

Diana-Camelia Bercuci c. Roumanie, décision du 9 mai 2023, n° 46263/20 (décision d'un comité de trois juges, rejet d'une requête dont ne résultait même pas l'apparence d'une violation de l'article 8 de la Convention)

B. — Sur la Convention de La Haye de 1980 :

P.N. c. République Tchèque, arrêt du 8 juin 2023, n° 44684/14 : Art 8 • Vie familiale • Décisions des tribunaux nationaux ayant abouti au consentement au changement de domicile des enfants aux États-Unis, justifiées par l'intérêt supérieur des enfants • Déplacement des enfants par la mère et défaut du père de se prévaloir de la Convention de La Haye • Procédures réagissant des faits accomplis ayant provoqué une certaine incertitude dans la situation des enfants.