

8.9.2023

## **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 *Mennesson*, 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 *Mennesson*, 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 »<sup>1</sup>.

### **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 parents d'intention à l'égard de l'enfant : dans les cas Bonzano et Modanese, 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).

---

<sup>1</sup> 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”.

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. A 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 États contractants leur permet de ne pas reconnaître ce mariage sous sa qualification de « mariage »), mais les États 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<sup>os</sup> 40792/10, 30538/14 et 43439/14, du 17 janvier 2023 (ou, auparavant, l'arrêt *Oliari c. Italie* du 21 juillet 2015, n<sup>os</sup> 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 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. A 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-contractants<sup>2</sup>, 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.

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<sup>e</sup> éd., 2012, n° 1049).

---

<sup>2</sup> Les relations entre Etats contractants, et tout particulièrement entre Etats 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.



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 garanties<sup>3</sup>, 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.

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.

---

<sup>3</sup> Cette présomption a été appliquée à des jugements émanant d'un autre Etat membre de l'*Union européenne* dans l'affaire *Avotīņš c. Lettonie* précitée.

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<sup>os</sup> 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 sole*, 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

8 septembre 2023

Patrick Kinsch