

Dix-neuvième réunion
Padoue, 18 - 20 septembre 2009

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Lors de sa réunion de Padoue, le Groupe européen de droit international privé a étudié la question de l'élargissement du règlement 44/2001 dit Bruxelles I aux décisions rendues dans un pays non membre de l'Union européenne. Il a également examiné l'opportunité de règles communautaires sur l'arbitrage international, ainsi que la portée de la notion de reconnaissance mutuelle pour le droit applicable au statut personnel, et pris connaissance de l'actualité du droit international privé en relation avec l'Union européenne.

I. – Élargissement du règlement Bruxelles I aux décisions rendues dans un pays tiers

M. FALLON présente les orientations proposées par le sous-groupe, auquel mandat avait été donné d'envisager la faisabilité d'un élargissement des dispositions du règlement Bruxelles I aux décisions judiciaires et aux actes authentiques rendus ou dressés dans un pays non membre de l'Union. Cet exercice devait compléter les travaux antérieurs du Groupe (réunion de Bergen, 2008) envisageant la possibilité d'un élargissement des règles communes de compétence directe aux litiges visés actuellement par l'article 4 du règlement. A cet effet, conformément à la méthode de travail souvent utilisée par le Groupe, un document est soumis à la discussion sous forme d'un projet d'articles, complété par une note explicative ⁽¹⁾.

L'exercice n'a pas porté sur un examen d'opportunité d'un tel élargissement, en particulier une analyse du degré de nécessité de règles communes pour le bon fonctionnement du marché intérieur au sens de l'article 65 CE.

Le sous-groupe a envisagé les différents régimes possibles, en les classant par degré d'intensité de l'ouverture aux décisions étrangères : non-reconnaissance de principe, régime analogue à celui de la convention de Bruxelles, régime analogue à celui du règlement, régime analogue au titre exécutoire européen. D'emblée, les solutions extrêmes ont été écartées, et la majorité des membres du sous-groupe ont privilégié un régime calqué sur celui de la convention de Bruxelles. Cela signifie un système de reconnaissance de plein droit, fondé sur une liste réduite de motifs de refus. Sous l'angle de la procédure, une déclaration judiciaire de la force exécutoire reste nécessaire, et la procédure comporte une première phase unilatérale, au cours de laquelle le juge requis examine les motifs de refus pouvant s'opposer à la reconnaissance ou à la déclaration de la force exécutoire.

L'analogie avec les dispositions de la convention de Bruxelles n'implique cependant pas une identité absolue des motifs de refus. Il y a lieu de tenir compte, à la fois, du fait que la décision en cause a pu être rendue dans tout pays, parfois dans des conditions éloignées du mode de fonctionnement de la justice dans les États membres, et de l'absence de règles uniformes de compétence directe entre l'État requis et l'État d'origine. Plus fondamentalement, le régime appliqué aux décisions rendues dans la Communauté repose sur un principe de confiance mutuelle qui ne trouve pas nécessairement application à l'égard de décisions rendues dans des pays tiers. De plus, le régime dont la Communauté se doterait à l'égard de ces décisions se présenterait comme un régime unilatéral, à la manière d'un régime national visant des décisions « étrangères », et non comme un régime de type conventionnel, qui caractérise à la base les dispositions concernant les décisions rendues dans les États membres.

L'approche retenue par le sous-groupe explique que la proposition vise à insérer une section spéciale dans le chapitre du règlement consacré aux décisions étrangères. Même s'il peut en résulter certaines répétitions par rapport au régime des décisions rendues dans un État membre, cette présentation vise à simplifier la lecture pour le praticien.

1. Discussion générale

La discussion générale a porté sur l'opportunité d'un régime communautaire unilatéral au regard des perspectives du droit conventionnel, sur la nécessité d'accompagner un tel régime d'une condition de réciprocité et sur la possibilité d'envisager une « mise en libre pratique » d'un jugement rendu dans un pays tiers reconnu dans un État membre.

Le besoin, qui est probable, d'un élargissement des règles communautaires pour le fonctionnement du marché intérieur, ne devrait pas occulter un débat sur son opportunité, au vu des perspectives d'un droit uniforme établi par la voie conventionnelle, en particulier au sein de la Conférence de La

Haye. Cependant, l'existence même de la Communauté en tant qu'ordre juridique autonome, ainsi que la notion d'« espace » évoquée par l'article 61 CE, demande le tracé d'une « frontière commune » – à l'image de ce qui avait été conçu en Allemagne au moment de la réunification en 1871 – s'exprimant par l'établissement de règles analogues à celles que peut comporter tout système étatique en dehors de relations conventionnelles. De plus, un tel élargissement peut être vu en complément de celui proposé dans le texte de Bergen pour la compétence directe : l'adoption de règles communes de compétence directe pour les situations externes peut justifier celle de règles propres pour les jugements rendus dans des pays tiers, afin d'assurer la cohérence du système de conflit de juridictions mis en place. Pour autant, une telle approche unilatérale n'est pas inconciliable avec la méthode conventionnelle. D'un côté, l'adoption d'un régime communautaire n'empêche nullement l'élaboration de conventions internationales, tantôt de la Communauté, tantôt au sein d'organisations internationales comme la Conférence de La Haye, avec la possibilité pour la Communauté d'y être partie. D'un autre côté, rien n'exclut que la Communauté, après avoir adopté un socle de règles propres, appuie encore une initiative en vue d'une convention mondiale sur la reconnaissance des jugements. Un tel socle, d'ailleurs, pourrait se contenter d'établir un standard minimum, sans empêcher d'autres modes de reconnaissance plus souples, soit nationaux, soit conventionnels.

L'inclusion ou non d'une condition de réciprocité dans le régime communautaire prête à discussion. A priori, elle peut se justifier du point de vue des États membres qui ne connaissent pas de régime de droit commun de reconnaissance des décisions étrangères, ou encore en raison de la variété des régimes de reconnaissance pratiqués par des pays tiers. Notamment, les entreprises européennes pourraient être lésées du fait que leurs concurrents étrangers puissent faire reconnaître un jugement dans la Communauté alors que la réciprocité pourrait ne pas être vraie dans le pays étranger. D'autres arguments militent en défaveur d'une condition de réciprocité qui serait posée comme un préalable général à un système de reconnaissance. Sous un angle théorique, une telle condition aurait une nature régressive, éloignée d'un modèle d'ouverture que l'Union pourrait offrir dans la perspective d'un régime mondial. Pratiquement, la réciprocité sert davantage l'intérêt de l'État que celui du particulier, empêché d'obtenir la reconnaissance d'un jugement rendu à l'étranger en sa faveur dans de bonnes conditions ; elle risque alors de nier l'effet facilitateur de l'article 6 CEDH pour la réalisation de droits acquis à l'étranger. La mise en œuvre d'une clause de réciprocité peut également s'avérer délicate : la vérification de la condition incombe-t-elle au juge, ou à l'administration, et comment vérifier que la condition est bien remplie, notamment au vu de la difficulté d'appréhender certains systèmes procéduraux étrangers ?

Non sans la réserve de plusieurs membres, la plupart estiment qu'un régime communautaire ne devrait pas dépendre d'une condition de réciprocité posée en tant que telle. La raison d'être d'une telle condition serait d'autant moindre que ce régime prévoirait des motifs de refus rigoureux et pourrait être assorti d'un système de mesures de sauvegarde, comme le prévoit la proposition du sous-groupe (2).

La mise en place d'un régime commun de reconnaissance soulève encore la question générale de la pertinence du maintien de l'adage « exequatur sur exequatur ne vaut ». La proposition du sous-groupe évoque cette difficulté sans toutefois la trancher.

A priori, le maintien de l'adage se justifie dans la mesure où, malgré le processus d'intégration communautaire, le juge requis ne cesse pas d'appartenir à un État souverain et décide sur la reconnaissance dans les limites des frontières territoriales de son propre système. De fait, l'adage persiste entre États membres, et l'on voit mal un jugement rendu dans un pays tiers se voir accorder plus largement un effet dans l'ensemble de la Communauté du seul fait de sa reconnaissance dans un État membre. De plus, la disparition de l'adage se heurte à l'argument tiré de la disparité des conditions d'appréciation de la reconnaissance dans les États membres : même si les motifs sont énoncés de manière uniforme, certains ont pour objet de préserver les intérêts propres de l'État requis, tel le motif tiré de l'ordre public. Surgirait alors la question de savoir si la demande en reconnaissance du jugement étranger devrait être introduite dans un État déterminé par une règle de compétence internationale, afin de contourner le risque de forum shopping et, dans l'affirmative, comment déterminer cet État.

Ces objections n'empêchent pas de concevoir des positions nuancées. Pour d'aucuns, une distinction pourrait être faite entre les décisions de reconnaissance positives ou négatives, ou selon la nature du motif de refus utilisé : si celui-ci est l'ordre public de l'État requis, il n'y aurait pas lieu d'étendre cette non-reconnaissance aux autres États membres ; en revanche, l'appréciation par le juge requis des droits de la défense ou du respect d'une règle de compétence indirecte pourrait valoir dans les autres États membres. La question reviendrait à apprécier l'objet de l'autorité de la chose jugée par le juge requis. De ce point de vue, le jugement appelé à circuler dans l'ensemble de la Communauté ne serait pas la décision du juge d'origine comme telle, mais la décision rendue sur la reconnaissance : il s'agirait d'une forme de reconnaissance par ricochet, au demeurant déjà pratiquée à l'égard de décisions de reconnaissance d'un jugement rendu par un tribunal ecclésiastique par le règlement Bruxelles IIbis (article 63). Son statut devrait alors être le même que celui de tout jugement rendu dans un État membre dans la matière considérée. Il en résulterait, au demeurant, que le jugement rendu dans un pays tiers ne bénéficierait pas, dans les pays de l'Union autres que l'État requis, d'un traitement plus favorable que celui réservé aux décisions rendues dans un État membre. Cette approche, également présente en droit américain, atténuerait aussi l'incidence de régimes plus favorables de reconnaissance prévalant dans certains États membres à l'égard de certains jugements étrangers. Plus fondamentalement, la question du maintien de tels régimes

nationaux, le cas échéant d'origine conventionnelle, doit également être posée dans la perspective d'un régime communautaire, de même que celle des relations d'un tel régime avec d'autres régimes conventionnels auxquels la Communauté pourrait adhérer.

Si la reconnaissance par ricochet était retenue, elle pourrait faire l'objet d'une disposition concernant l'étendue de l'autorité de la chose jugée du jugement rendu sur la reconnaissance, et pourrait être assortie, le cas échéant, d'une règle de compétence directe concernant l'instance en reconnaissance.

2. Domaine de l'élargissement

Selon la proposition du sous-groupe :

Article 56-1

1. On entend par décision, au sens de la présente section, toute décision rendue par une juridiction dans un État non membre quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement ou ordonnance, ainsi que la fixation du montant des frais du procès.

2. Toutefois, les décisions visées à l'alinéa premier n'incluent pas :

- 1) un mandat d'exécution ;
- [2] une décision pouvant faire ou faisant l'objet d'un recours ordinaire, sans préjudice de l'article 56-7, § 2.]

Cette disposition, dont les termes sont commentés dans la notice explicative du sous-groupe (3), n'a pas fait l'objet de réactions au cours de cette phase du débat.

3. Reconnaissance de plein droit

Selon la proposition du sous-groupe :

Article 56-2

1. Une décision est reconnue dans un État membre sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

2. En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater que la décision doit être reconnue, selon les procédures prévues par le droit de l'État membre requis.

Cette disposition, dont les termes sont commentés dans la notice explicative du sous-groupe (4), n'a pas fait l'objet de réactions au cours de cette phase du débat.

4. Motif de refus fondé sur l'ordre public

Selon la proposition du sous-groupe :

Article 56-3

1. Une décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre requis, en particulier si :

1) elle résulte d'un manquement [grave] aux principes qui régissent le droit [fondamental] au procès équitable [énoncés à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne], en particulier :

- elle a été rendue sans que le défendeur ait été en mesure d'exercer le droit d'être entendu en temps utile ;
- ou
- la partie contre laquelle elle a été prononcée n'a pas été en mesure d'exercer un recours effectif en raison de l'absence de communication en temps utile des motifs de la décision ;

2) elle résulte d'une fraude relative à la procédure ;

3) elle porte une injonction interdisant à une partie de saisir la juridiction d'un État membre dont la compétence est fondée en vertu du présent règlement ; ou

4) elle a été obtenue en méconnaissance :

- d'une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par l'État requis pour la sauvegarde de ses intérêts publics au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au rapport juridique ; ou
- d'une disposition impérative du droit communautaire à laquelle les parties ne peuvent pas déroger et qui exige son application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au rapport juridique.

2. La décision peut ne pas être reconnue dans la mesure où elle accorde des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs.

3. Sans préjudice des dispositions des paragraphes précédents, la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Cette disposition vise à préciser les termes du contrôle de l'ordre public (équivalent de l'article 34, 1° du règlement). Si de telles précisions ne paraissent pas nécessaires à propos de décisions rendues dans l'Union, elles peuvent l'être au regard des disparités de fonctionnement de la justice hors de l'Union : elles constituent à la fois un signal et un instrument pédagogique. La disposition rassemble les deux dimensions de l'ordre public, procédural d'une part, de fond d'autre part.

Le motif tiré de l'ordre public procédural est accepté dans son principe par les membres du Groupe : la référence aux exigences du droit au procès équitable constitue un signal de l'importance que revêt cette valeur européenne. En même temps, elle paraît autosuffisante. Un renvoi à la Charte des droits fondamentaux de l'Union serait insuffisant car la Charte s'adresse aux institutions et aux États membres lors de l'exécution du droit communautaire ; de plus, l'ajout d'une liste exemplative, comme celle qui est proposée et s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice, risque d'omettre certains manquements significatifs au droit au procès équitable, telle l'intervention d'un juge impartial.

Plusieurs interventions portent encore sur une clarification du texte. Ainsi, les qualificatifs « grave » et « fondamental » devraient être omis de la référence au droit au procès équitable, dans le souci de ne pas susciter une jurisprudence d'interprétation qui s'écarterait de la portée de l'article 6 CEDH. De plus, le chapeau du paragraphe 1er devrait indiquer clairement que l'appréciation porte sur la reconnaissance plutôt que sur la décision même, alors que le refus éventuel découle des conditions dans lesquelles la décision a été rendue.

Dans la proposition du sous-groupe, une clause de sauvegarde vise à appuyer l'argument de l'ordre public procédural, comme suit :

Article 56-10

Si de graves manquements ou un risque imminent de graves manquements sont constatés dans un État non membre [aux principes qui régissent une bonne administration de la justice] [au principe de l'État de droit] [aux principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et au principe de l'État de droit, de manière à affecter le fonctionnement de la justice en matière civile], en particulier le droit au procès équitable, la Commission peut suspendre temporairement l'application des dispositions du présent chapitre aux décisions rendues dans cet État. La mesure de sauvegarde est maintenue pendant la durée strictement nécessaire et, en tout état de cause, est levée lorsque le manquement constaté est corrigé.

La Commission informe le Conseil en temps utile de l'adoption et de l'abrogation d'une mesure de sauvegarde. Elle prend dûment en compte les observations éventuelles du Conseil.

Selon la notice explicative annexée (5), cette disposition n'est pas indispensable à la protection, en particulier, du droit au procès équitable, mais, soit elle pourrait remplacer ce motif de refus spécifique, soit elle pourrait conforter l'importance de ce motif, notamment en donnant à l'Union un outil de pression dans ses relations avec certains États tiers. De plus, la présence d'une telle clause pourrait compenser l'absence de condition de réciprocité dans le régime projeté. L'adoption d'une mesure de sauvegarde devrait cependant recevoir l'encadrement procédural qui sied à une intervention de ce type en droit de l'Union.

Dans l'article 56-3, paragraphe 1er, l'alinéa 3 concernant l'effet d'une anti-suit injunction se heurte à une objection d'ordre technique. En effet, il présente l'injunction comme ayant pour objet de revendiquer un effet extraterritorial, à exécuter dans l'État dont une juridiction a ou est appelée à être saisie. Or, si cette institution relève plutôt de la procédure dans l'État d'origine, la question est posée de son inclusion dans le domaine du régime de reconnaissance. S'adressant au plaideur dans le

pays d'origine, elle lui enjoint un comportement de ne pas faire, dont la sanction est un contempt of court. Il n'empêche que l'injonction a pour effet concret d'agir sur la compétence directe du juge étranger et peut être présentée devant celui-ci comme une exception visant à déclarer son incompétence, sur la foi d'une décision rendue par l'auteur de l'injonction. A ce stade de la discussion, il est suggéré de placer la disposition dans un article distinct de celui concernant formellement l'ordre public.

L'alinéa 4 du paragraphe 1er vise la décision étrangère rendue sans tenir compte de règles impératives de l'État requis, ces règles étant tantôt du type des lois de police telles que définies par l'article 9 du règlement Rome I, tantôt des dispositions impératives posées par le droit dérivé, telles diverses directives visant à la protection du consommateur ou de l'agent commercial. Le motif tiré du respect de telles « lois de police communautaires » peut être vu comme appartenant aussi à l'ordre public « national » de l'État requis. Ou encore, celles-ci peuvent être vues comme incluses parmi les lois de police nationales, par le processus de la transposition, ce qui pourrait justifier de regrouper les deux hypothèses. Mais un tel regroupement risquerait d'afficher une préférence pour les intérêts nationaux, ce qui serait étrange dans un texte communautaire.

La référence aux lois de police soulève d'autres questions de fond. Pour d'aucuns, un refus basé sur ce motif serait trop rigoureux politiquement alors que pour d'autres, il est une condition de la cohérence de la politique législative menée par l'État requis ou par la Communauté – comme en atteste le projet de convention qui avait été négocié entre le Royaume-Uni et les États-Unis. Certains suggèrent ainsi d'examiner la possibilité de laisser une marge d'appréciation au juge requis, en fonction de l'effet atténué et de l'effet de proximité. Sous un angle pratique, on peut encore se demander pourquoi privilégier les lois de police de l'État requis sans permettre de prendre aussi en considération celles d'un autre État membre, tel, en matière de contrats, l'État du lieu d'exécution, dans la ligne de ce que prévoit le règlement Rome I pour le conflit de lois (article 9, § 3).

5. Contrôle de la compétence indirecte

Selon la proposition du sous-groupe :

Article 56-4

Une décision n'est pas reconnue si le tribunal s'est déclaré compétent :

- 1) alors qu'un tribunal d'un État membre aurait été compétent en vertu des dispositions des sections 3 à 7 du chapitre II, à moins que le défendeur devant le juge d'origine ait procédé au fond sans faire de réserve ; ou
- 2) en l'absence de lien suffisant entre l'État d'origine et le litige, en particulier lorsque la compétence du tribunal étranger n'a pu être fondée que sur l'un des éléments suivants :
 - la nationalité d'une des parties ;
 - la signification ou la notification de l'acte introductif d'instance au défendeur qui se trouve temporairement sur le territoire de l'État d'origine ;
 - la présence dans cet État de biens appartenant au défendeur sans lien direct avec le litige ;
 - la saisie par le demandeur de biens situés dans cet État sans lien direct avec le litige ;
 - l'exercice d'activités commerciales ou professionnelles du défendeur dans cet État sans lien direct avec le litige.

La disposition organise le contrôle de la compétence indirecte. Il reprend le motif énoncé par l'article 35, paragraphe 1er, du règlement – tout en ajoutant le contrôle de la compétence en matière de contrat de travail –, mais il vise aussi à y ajouter d'autres motifs de refus. Ceux-ci s'expliquent du fait qu'à la différence des litiges intracommunautaires, la décision rendue dans un État non membre peut l'avoir été sur base de la saisine d'un for exorbitant. Il paraît donc cohérent que l'ordre juridique communautaire entende se prémunir d'un contournement de ses règles de compétence directe lorsqu'un plaideur produit dans un État membre un jugement rendu par une juridiction qui a fondé sa compétence sur un critère que la juridiction d'un État membre n'aurait pas pu accepter si elle avait été saisie de l'instance directe.

La disposition qui préserve la compétence des juridictions des États membres réserve le cas où le défendeur ne s'est pas opposé à la saisine du juge étranger. Cette réserve ne devrait cependant pas jouer dans les matières couvertes par l'article 22 du règlement. D'aucuns se demandent si cette réserve peut recevoir effet lorsque le droit du juge d'origine ne donne aucune portée au refus exprimé par le défendeur. Autre est la question de savoir si cette protection peut être étendue à la

compétence de juridictions de pays tiers, par un effet reflex des sections 3 à 7. Cela découlerait de l'effet utile des articles 22bis et 23bis proposés par le texte de Bergen. Une extension aux litiges visés par les sections 3 à 5 (assurance, consommation, travail) resterait à examiner.

La disposition qui énumère la liste des fors exorbitants est le corollaire de la limitation imposée aux juridictions des États membres par la règle de compétence subsidiaire de l'article 24bis du texte de Bergen. Elle se laisse aussi déduire de la liste de tels fors, énoncée en annexe du règlement Bruxelles I. Le texte se comprend comme énonçant une liste exemplative et alternative : le refus intervient lorsque l'un des fors énoncés a pu, à lui seul, fonder la compétence. Il s'entend que lorsque celle-ci a pu se fonder sur plusieurs fors exorbitants, cette convergence d'éléments de localisation suffit à établir un lien approprié avec le juge d'origine.

6. Suite des travaux

Dans l'état de la discussion, le Groupe n'estime pas être en mesure d'adopter la proposition dans son ensemble. Il décide donc d'en reporter l'examen à la prochaine réunion, tout en demandant au sous-groupe de prendre pour base de travail l'état des présentes discussions (6) et tout en adoptant des Orientations sur l'élargissement du règlement Bruxelles I aux décisions rendues dans des pays tiers.
:

II. – Relations entre le règlement Bruxelles I et l'arbitrage

C. KESSEDJIAN présente les grandes lignes du document préparé sur les relations entre le règlement Bruxelles I et l'arbitrage (7), à la suite du livre vert de la Commission du 21 avril 2009 sur la révision du règlement (8) et de l'arrêt West Tankers (9) qui, revenant malencontreusement sur l'arrêt Marc Rich (10), néglige la signification de l'exception d'arbitrage de la convention de Bruxelles qu'avait bien rappelée l'avocat général Darmon dans cette affaire. Si le livre vert présente correctement le problème, il va trop loin en esquissant déjà des réponses aux différentes questions. La nature même de l'arbitrage commercial, et la confidentialité qui demeure la règle en la matière, rend impossible une évaluation empirique précise des cas à problème, mais il y a tout lieu de penser que ces cas restent marginaux. Ils portent plutôt sur l'examen de la validité de la clause, ex ante ou ex post, plus précisément l'arbitrabilité, l'étendue de la clause et sa validité formelle. La Commission devrait plutôt se garder d'agir dans l'urgence et réfléchir à la méthode de travail à adopter, tout en étant consciente que la convention de New York lie les 27 États membres de l'Union et constitue donc un cadre de référence incontournable. Il convient donc de respecter les termes de l'article II(3) et d'utiliser les possibilités offertes par l'article VII de cette convention. De plus, une action au niveau régional qui doit être pensée dans le contexte de l'élargissement potentiel du règlement 44/2001 aux États tiers, est moins légitime, parce qu'unilatérale, qu'une action au niveau de la CNUDCI par exemple, non pas en modifiant la convention de New York elle-même mais en y ajoutant un protocole. De plus, si réforme il doit y avoir, elle ne peut pas intervenir de manière parcellaire dans un règlement qui porte sur d'autres sujets, mais dans un texte dédié qui couvrirait toutes les questions qui posent éventuellement difficulté. Entre-temps, la Commission devrait commencer par créer un groupe de travail sur l'arbitrage. Celui-ci pourrait commencer par l'examen de l'hypothèse de la saisine d'une juridiction étatique sur la validité et l'étendue d'une convention d'arbitrage, visée par l'article II(3) de la convention de New York. L'initiative porterait sur la formulation d'une règle matérielle interprétant les cas prévus par l'article précité, sur la portée de l'ordre public national, en particulier au regard de la question de l'arbitrabilité et sur la création d'une règle de compétence qui pourrait être exclusive. De plus, la règle de compétence n'étant pas suffisante en elle-même, des règles de procédure devraient être introduites, visant à accélérer la procédure devant les juridictions étatiques et à amener l'arbitre déjà saisi à surseoir à statuer dans l'attente de la phase d'examen par ces juridictions. Enfin, la reconnaissance et l'exécution de la décision rendue sur la validité de la convention d'arbitrage devraient être facilitées.

Selon K. VANDEKERKHOVE, les développements consacrés à l'arbitrage dans le livre vert trouvent bien leur origine dans l'arrêt West Tankers, qui étend désormais le domaine du règlement aux contrôles incidents comme celui de la validité d'une convention d'arbitrage, dès lors que la demande principale relève d'une des matières couvertes par le règlement. L'intention de la Commission est d'identifier la juridiction compétente et la loi applicable aux fins de sécurité juridique, afin de donner une solution aux problèmes pratiques dus à l'existence de procédures parallèles, de décisions inconciliables, aux interprétations disparates données aux termes larges de l'article II (3) de la convention de New York, ou liées à l'adoption de mesures provisoires.

Le débat suggère que la solution n'est pas à trouver dans une modification du règlement Bruxelles I pour parer aux difficultés soulevées par l'arrêt West Tankers. D'une manière plus générale, si les avis sont partagés sur la capacité de la CNUDCI à mener à bien les négociations qui permettraient de compléter la convention de New York, une tentative de sensibilisation de celle-ci ne serait pas inutile. Ceci n'empêche pas de songer à élaborer, dans un acte communautaire séparé, un régime plus libéral autorisé par l'article VII de la convention de New York, répondant aux attentes des États membres, même si ces attentes peuvent être variables au gré du niveau de développement de l'arbitrage chez certains d'entre eux.

III. – Incidence du principe de reconnaissance mutuelle sur l'identité des personnes

A. BUCHER présente un rapport sur l'incidence de la reconnaissance mutuelle sur le droit international privé, centré sur les matières du statut personnel (11). Le point de départ consiste à voir dans la reconnaissance mutuelle un moyen en vue de réaliser l'objectif de libre circulation des personnes, et à comprendre l'impact de la citoyenneté européenne sur le régime de liberté de circulation, dont attestent les arrêts Garcia Avello (12) et Grunkin (13). En découle un droit subjectif fondamental de l'individu à l'unité de son statut, qui génère une règle de conflit « réceptive » obligeant l'État d'accueil à recevoir une situation juridique étrangère, règle que l'on pourrait qualifier de principe de réception. La pertinence d'un tel principe s'observe à propos de situations juridiques nées à l'étranger sans le support d'un jugement ou d'un acte public. La règle réceptive peut générer à son tour une règle de conflit « attributive », conduisant à désigner une loi déterminée, comme le montre le droit allemand en matière de sociétés : sur la base de la règle réceptive développée par la Cour de justice, la règle de conflit de lois a été modifiée pour désigner la loi du pays de constitution de la société. En matière familiale, les questions de reconnaissance concernent non seulement le nom, mais encore le mariage, le partenariat constitué à l'étranger, le divorce prononcé à l'étranger, l'effet alimentaire d'une relation d'état. De tels développements remettent à l'honneur la théorie des droits acquis, dont attestent certains projets récents aux Pays-Bas, visant à reconnaître même un « fait » créé à l'étranger, ou encore les lois roumaine et vénézuélienne. Ils remettent en question la place des règles de conflit de lois traditionnelles et doivent être vus en relation avec l'incidence de la CEDH.

La plupart des membres partagent ce diagnostic et s'interrogent sur la possibilité d'admettre une reconnaissance dans l'ensemble de la Communauté d'une situation acquise dans un pays tiers et reconnue dans l'un des États membres, forme de reconnaissance également examinée dans le contexte d'un élargissement du règlement Bruxelles I aux décisions rendues dans un pays tiers. Une telle reconnaissance globale faciliterait la libre circulation du citoyen européen. Mais plusieurs membres évoquent les difficultés pratiques d'une reconnaissance des situations acquises à l'étranger : l'État membre requis ne conserve-t-il pas la faculté d'opposer un argument d'ordre public « national » ? Le raisonnement des droits fondamentaux ne s'analyse-t-il pas plus facilement dans sa dimension verticale, opposant l'individu à l'État, que dans les relations horizontales entre particuliers, foyer des conflits entre intérêts privés ? Comment articuler règles réceptives et règles attributives ? Comment identifier l'État d'origine si ce n'est par la construction de méta-règles de conflit ? Autant de questions qui encouragent à l'adoption de règles de conflit uniformes comme un facteur favorable à une reconnaissance globale, dans un espace régional, de situations juridiques acquises dans l'un des États faisant partie de cet espace ou dans un État tiers.

IV. – Questions d'actualité

1. Actualité du droit communautaire

C. KOHLER et E. JAYME présentent une sélection d'actes communautaires adoptés au cours de l'année écoulée, alors que K. VANDEKERCKHOVE fait état des travaux au sein de la Commission.

Le règlement 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires constitue une réalisation importante. Il est le fruit du mandat du Conseil de Tampere visant à supprimer l'exequatur en la matière, manifestant l'existence d'une impulsion politique à l'adoption d'actes communautaires parallèles aux conventions de La Haye.

Le domaine d'application dans l'espace du règlement présente la particularité d'attribuer aux règles communautaires de compétence une portée de type universel, c'est-à-dire que celles-ci ont vocation à couvrir tout litige transfrontière, ce qui a pour résultat de remplacer toute règle nationale de droit commun en la matière : le droit international privé national n'a donc plus de rôle subsidiaire, à la différence de ce que prévoit encore le règlement Bruxelles IIbis, du moins pour les litiges matrimoniaux. De ce fait, le règlement devrait donc porter un ensemble complet de règles de compétence. Or, il présente certaines lacunes. Ainsi, il couvre le cas de conventions de juridiction désignant une juridiction d'un État membre (article 4) mais omet le sort d'une convention désignant une juridiction d'un État non membre. De même, la règle sur la litispendance ne vise pas la saisine concurrente d'une juridiction d'un pays tiers ni d'une juridiction d'un État partie à la convention de Lugano.

Les règles sur l'efficacité des jugements se distinguent par l'extension du système de titre exécutoire européen (TEE), mais sous la condition de l'application, dans les États requis et d'origine, du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable (article 17). Le lien avec le protocole est accentué par la soumission de l'entrée en vigueur du règlement à la condition de l'application du protocole dans la Communauté (article 76). Le lien ainsi fait entre TEE et règle de conflit de lois uniforme est loin de faire l'unanimité. La justification de garanties issues de l'application de ces règles de conflit de lois donnée par le préambule (§ 24) ne répond pas à l'objection de l'absence de lien nécessaire entre TEE et solution donnée au fond, comme en attestent les précédents communautaires ainsi que la tendance à supprimer toute révision au fond du jugement étranger. L'explication de cette solution semble de nature politique, en relation avec l'attitude du Royaume-Uni, favorable au règlement mais hostile au protocole : les jugements rendus au Royaume-Uni ne bénéficieraient pas du régime du TEE dans les autres États membres. Selon d'autres, les divergences de vues des États membres sur le statut de la relation de partenariat expliquent la solution, à propos d'obligations alimentaires entre conjoints ou partenaires de même sexe : selon le protocole, « le débiteur peut opposer à la prétention du créancier qu'une telle obligation à son égard n'existe ni selon la loi de l'État de la

résidence habituelle du débiteur, ni selon la loi de l'État de la nationalité commune des parties, si elles en ont une » (article 6). Pratiquement, ce moyen de défense ne serait pas offert au débiteur lorsque le juge d'origine est un juge du Royaume-Uni.

Le projet visant à une « conclusion » – selon les termes approximatifs du préambule du règlement – des instruments de La Haye sur les aliments (14) résulte d'une approche de la Commission sur la nature de la compétence communautaire : cette compétence est indubitablement exclusive pour les aspects concernant l'efficacité des jugements étrangers. L'avis 1/03 autorise-t-il à une extension de cette exclusivité à d'autres aspects, tel le protocole sur la loi applicable ? Le seul renvoi du règlement 4/2009 à ce protocole équivaut-il à une préemption de la compétence en cette matière ? Le doute subsiste sur l'existence d'une affectation du règlement par le protocole de La Haye, si ce n'est par le biais du lien avec le TEE, dont la raison d'être est par ailleurs contestable. Autre chose est de se demander si la liberté de circulation des jugements nécessite une harmonisation des règles de conflit de lois.

La proposition de directive-cadre relative aux droits des consommateurs (15) vise à regrouper 4 directives en la matière, qui comprennent la règle type d'applicabilité des règles communes aux contrats comprenant un choix du droit d'un État non membre (article 6 de la directive 93/13). Elle comporte deux références au conflit de lois, dont les termes semblent cependant peu conciliables. D'un côté, selon le préambule (§ 59), si le contrat est régi par le droit d'un pays tiers, la détermination de la protection garantie par la directive dépend du règlement Rome I. D'un autre côté, selon l'article 43, si le contrat est régi par le droit d'un État membre, le consommateur ne peut pas renoncer à la protection assurée par la directive. La première approche est analogue à celle proposée précédemment par le Groupe. Sans doute faut-il comprendre l'article 43 comme posant seulement une règle matérielle sur l'impérativité des dispositions de protection, non une règle de conflit de lois.

Un exemple d'adaptation du droit international privé national à l'entrée en vigueur des règlements Rome I et Rome II est donné par la loi allemande du 15 juin 2009. Le texte reconnaît la portée subsidiaire des règles nationales par rapport aux dispositions des règlements, comme des conventions internationales. Des règles spécifiques continuent de régir les contrats de consommation et d'assurance. En Autriche, le législateur a adopté des règles de conflit de lois particulières en matière de contrats d'assurance, pour les risques non couverts par le règlement Rome I, mais également pour élargir l'autonomie de la volonté autorisée par le règlement. En matière non contractuelle, il ajoute également des règles propres aux délits non couverts par le règlement Rome II, à la différence de ce que fait le législateur allemand.

En matière de droit judiciaire, le droit portugais montre encore un exemple intéressant de recours à un for de nécessité, lorsque la demande affecte l'ordre public national.

Les axes de l'évolution de la politique communautaire à court terme sont l'adaptation au traité de Lisbonne, dont résultera l'attribution de l'ELSJ (Espace de Liberté, Sécurité et Justice) à un commissaire en titre, la réorganisation des comités au sein du Parlement européen, ou encore la préparation du programme de Stockholm (novembre 2009), où apparaîtra notamment l'importance accordée au TEE et à la reconnaissance mutuelle.

Au cours de l'année écoulée, de nombreuses initiatives ont abouti : adoption du règlement 4/2009 sur les aliments, signature de la convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for, ratification de la convention sur les équipements mobiles (16), ratification de la convention de Luganobis (17), conclusion des accords avec le Danemark sur l'extension des règlements de conflits de juridictions, ou encore la préparation des règlements de délégation pour la conclusion d'accords bilatéraux (18).

Parmi les initiatives en cours, sont évoqués le livre vert sur le règlement Bruxelles I, une étude sur la mise en œuvre par les États membres de la directive 2004/80 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité. La proposition de règlement sur les successions est achevée (19), alors que le projet sur les régimes matrimoniaux aboutirait en fin 2010.

Est encore évoqué le blocage de la révision du règlement sur le divorce en vue d'y introduire des règles de conflit de lois, la Commission n'ayant pas encore réagi à la demande de dix États membres d'utiliser la procédure de coopération renforcée. Est également à l'étude la signature du protocole de Luxembourg du 23 février 2007 à la convention de Cape Town du 16 novembre 2001 sur les équipements mobiles. En matière d'assurances, le règlement Rome I remplacera les règles de conflit de lois présentes dans les directives et la future directive sur l'insolvabilité permettra d'incorporer le règlement Rome I en droit danois.

D'autres travaux portent sur l'E-Justice (création d'un portail d'information sur les droits des États membres, organisation de visioconférences en matière de procédure, mise en place de procédures on line pour les petits litiges et les créances incontestées, interconnexion de registres publics...), sur l'élaboration d'un livre vert sur les actes authentiques à la demande du Parlement européen, sur l'adoption possible d'un acte en matière de saisie bancaire en 2010, sur les recours collectifs en matière de concurrence et de consommation. Sont également envisagés des accords internationaux en matière d'obtention de preuves et de signification d'actes judiciaires, à la demande de certains pays tiers (par exemple, la Norvège) en vue d'une coopération plus approfondie que celle mise en place au niveau mondial. De nouvelles études sont programmées sur la mise en place d'un standard minimum de procédure civile permettant la suppression de l'exequatur, sur l'accès au droit étranger, sur le droit des conflits de lois en matière de sociétés, sur une évaluation des règlements Rome II ou

Rome I, notamment sur la cession de créances. Une étude sur les actions en diffamation a conclu à l'opportunité d'une harmonisation du droit matériel en la matière...

Au cours des débats, sont évoqués, en particulier, l'ampleur de ces travaux – qui présentent un paysage éclaté et donnent à penser qu'il conviendrait de réfléchir aux possibilités d'une codification à long terme – et le statut des traités auxquels les États membres sont parties, accords bilatéraux ou conventions de La Haye. Ainsi, l'article 69 du règlement 4/2009 sur les aliments préserve certes les accords existants, mais il réserve le respect de l'article 307 CE, dont les exigences sont apparues, récemment, à l'occasion des arrêts Commission c. Suède (20) et Commission c. Autriche (21) du 3 mars 2009. De même, l'adoption du règlement 4/2009 pourrait amener la Commission à pousser les États membres à dénoncer certaines conventions de La Haye en matière alimentaire.

2. Actualité de la Conférence de La Haye

H. VAN LOON présente l'état des conventions au regard des États membres et l'orientation des travaux futurs.

Plusieurs instruments ont fait l'objet de positions encourageantes de certains États, en particulier, la signature de la convention sur les accords d'élection de for par les États-Unis et la Communauté, la ratification de la convention sur les titres intermédiés par la Suisse, plusieurs ratifications de la convention sur la protection des adultes (Allemagne, France, Royaume-Uni, Suisse, entrée en vigueur au 1er janvier 2009). La ratification de la convention sur la protection des enfants par la Communauté devrait intervenir en juin 2010. La convention sur l'adoption a été ratifiée par l'ensemble des États membres à l'exception de l'Irlande.

De manière plus générale, la question de la hiérarchie entre les quatre niveaux (international, régional, national, infranational) est posée. En particulier, l'effort devrait porter sur une coordination des deux premiers niveaux, et une distinction devrait être faite entre les conflits de juridictions et les conflits de lois. Pour les premiers, le principe de réciprocité facilite la délimitation du domaine des instruments, et une clause de déconnexion paraît suffire, comme le recommande la Conférence dans sa réponse au livre vert relatif à la révision du règlement Bruxelles I. Pour les conflits de lois en revanche, un choix devrait être fait entre les deux niveaux d'intervention. Ainsi, les réalisations en matière d'aliments et de protection des enfants plaideraient en faveur du premier niveau, alors que les règlements Rome I et II, de leur côté, ont pour effet de bloquer l'uniformisation à ce niveau.

Parmi les travaux futurs, sont évoqués les contrats internationaux et la condition du droit étranger. Pour les premiers, contact a été pris avec la CNUDCI et le but serait de consacrer le principe d'autonomie de la volonté. Pour le droit étranger, il y a lieu de constater la disparité des règles nationales en la matière, tandis que l'accessibilité au droit étranger s'accroît grâce à Internet, réduisant d'autant le besoin d'instruments conventionnels. Le besoin irait plutôt vers l'élaboration de principes directeurs, une amélioration du système de la convention de Londres de 1968 et la création de réseaux d'experts.

ANNEXE I

Projet de position du Groupe sur l'élargissement du règlement 44/2001 aux décisions judiciaires rendues dans des Etats non membres de l'Union européenne

NB : Le présent document de travail reflète l'état des discussions de la réunion de Padoue. Seuls les articles 56-1 à 56-4 et 56-10 ont été examinés au cours de cette réunion. Cette version inclut les propositions d'amendements faites au cours de cette réunion, sans cependant que leur formulation ait pu faire l'objet d'une approbation en séance.

GRUPE EUROPEÛEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPEAN GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Elargissement du règlement « Bruxelles I » aux décisions judiciaires rendues dans des Etats non membres de l'Union européenne

PROPOSITION DE POSITION DU GROUPE (Padoue, 20/09/2009)

Version provisoire

A la suite des propositions adoptées à Bergen en 2008, qui présentent la possibilité d'inclure dans le règlement Bruxelles I des règles de compétence directe pour un litige concernant un défendeur domicilié dans un Etat non membre de l'Union européenne, ou un bien au sens de l'article 22 localisé dans un tel Etat ou une convention de juridiction non visée par l'article 23, le Groupe européen de droit international privé a examiné la question complémentaire de la possibilité d'une extension du règlement aux décisions judiciaires rendues dans un Etat non membre de l'Union européenne.

L'opportunité, politique autant que juridique, de l'adoption de règles communautaires couvrant l'ensemble des litiges transfrontières, y compris ceux tranchés par une juridiction d'un pays tiers, au regard du fonctionnement du marché intérieur et de l'exercice de la liberté de circulation dans

l'espace de liberté, de sécurité et de justice établi par le traité CE, n'a pas fait l'objet d'une analyse circonstanciée. Les présentes conclusions prennent pour hypothèse de travail qu'une telle incidence est établie, du fait de la disparité des règles nationales des Etats membres concernant l'efficacité des décisions étrangères.

Les objectifs d'une telle extension du domaine d'application du règlement seraient certes d'abord la circulation internationale des décisions comme c'est le cas pour les décisions rendues dans un Etat membre, mais aussi le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché intérieur, sans nier la double difficulté particulière de concilier des disparités parfois importantes entre certaines législations nationales et de tenir compte de la grande variété d'institutions juridiques présentes dans des pays tiers.

CHAPITRE III. — RECONNAISSANCE ET EXECUTION

Il est proposé d'ajouter une nouvelle section, comme suit :

SECTION 4. — DÉCISIONS RENDUES DANS UN ETAT NON MEMBRE

Article 56-1

1. On entend par décision, au sens de la présente section, toute décision rendue par une juridiction dans un Etat non membre quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement ou ordonnance, ainsi que la fixation du montant des frais du procès.

2. Toutefois, les décisions visées à l'alinéa premier n'incluent pas :

1) un mandat d'exécution ;

[2) une décision pouvant faire ou faisant l'objet d'un recours ordinaire, sans préjudice de l'article 56-7, § 2.]

Article 56-2

1. Une décision est reconnue dans un Etat membre, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

2. En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater que la décision doit être reconnue ou ne peut l'être, selon les procédures prévues par le droit de l'Etat membre requis.

Article 56-3

1. Une décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat membre requis, en particulier si cette décision :

1) résulte d'un manquement aux principes qui régissent le droit au procès équitable ;
ou

2) résulte d'une fraude relative à la procédure ;

Article 56-3bis

Une décision ne peut recevoir aucun effet dans l'Etat requis si elle porte une injonction interdisant à une partie de saisir une juridiction de cet Etat dont la compétence est fondée en vertu du présent règlement.

Article 56-3ter

1. Une décision peut ne pas être reconnue dans la mesure où :

1) elle a été rendue en méconnaissance :

— d'une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par [l'Etat requis] [un Etat membre] pour la sauvegarde de ses intérêts publics au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au rapport juridique ; ou

— d'une disposition impérative du droit communautaire à laquelle les parties ne peuvent pas déroger et qui exige son application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au rapport juridique ; ou

2) elle accorde des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs.

2. Sans préjudice des dispositions du paragraphe précédent, la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 56-4

1. Une décision n'est pas reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente:

1) alors qu'une juridiction d'un autre Etat [membre] aurait été compétente en vertu des dispositions des sections 3 à 5 qui visent à protéger la partie faible, ou des section 6 et 7 du chapitre II ; ou

2) en l'absence de lien suffisant entre l'Etat d'origine et [le litige] [la situation], en particulier lorsque la compétence de la juridiction de cet Etat n'a pu être fondée que sur:

— la nationalité d'une des parties ; ou

— la signification ou la notification de l'acte introductif d'instance au défendeur qui se trouve temporairement sur le territoire de cet Etat ; ou

— la présence dans cet Etat de biens appartenant au défendeur sans lien direct avec le litige ; ou

— la saisie par le demandeur de biens situés dans cet Etat sans lien direct avec le litige ; ou

— l'exercice d'activités commerciales ou professionnelles du défendeur dans cet Etat sans lien direct avec le litige.

2. Les dispositions du paragraphe précédent ne sont pas applicables lorsque le défendeur devant le juge d'origine a procédé au fond sans faire de réserve [alors que le droit étranger lui permettait de contester la compétence], sauf dans les cas prévus aux articles 22 et 22bis.

Article 56-5

Une décision n'est pas reconnue si:

1) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ;

2) elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat membre requis ;

3) elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre Etat entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat membre requis ; ou

4) la demande a été introduite dans l'Etat d'origine après l'introduction devant le tribunal [de l'Etat membre requis] [d'un Etat membre] d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause.

Article 56-6

1. Une décision rendue dans un Etat non membre et qui y est exécutoire est mise à exécution dans un Etat membre après avoir été déclarée exécutoire à la demande de toute partie intéressée.

2. Toutefois, au Royaume-Uni, une telle décision est mise à exécution en Angleterre et au pays de Galles, en Écosse ou en Irlande du Nord, après avoir été enregistrée en vue de son exécution, à la demande de toute partie intéressée, dans l'une ou l'autre de ces parties du Royaume-Uni, suivant le cas.

Article 56-7

1. La procédure tendant à obtenir la déclaration de la force exécutoire de la décision étrangère est régie par le droit de l'Etat membre requis, sans préjudice de l'article 49.

[2. La décision pouvant faire l'objet ou faisant l'objet d'un recours ordinaire dans l'Etat d'origine peut donner lieu à des mesures d'exécution conservatoires. Le juge peut subordonner celles-ci à la constitution d'une garantie.]

Article 56-8

Lorsque la décision a statué sur plusieurs chefs de la demande, elle peut être reconnue ou déclarée exécutoire en tout ou en partie, d'office ou à la demande d'une partie.

Article 56-9

1. La partie qui invoque la reconnaissance d'une décision rendue dans un Etat non membre ou qui sollicite la délivrance d'une déclaration constatant la force exécutoire doit produire:

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

2. Il est produit une traduction certifiée des documents si la juridiction ou l'autorité compétente l'exige.

Article 56-10

Si de graves manquements ou un risque imminent de graves manquements sont constatés dans un Etat non membre [aux principes qui régissent une bonne administration de la justice] [au principe de l'Etat de droit] [aux principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et au principe de l'Etat de droit, de manière à affecter le fonctionnement de la justice en matière civile], en particulier le droit au procès équitable, la Commission peut suspendre temporairement l'application des dispositions du présent chapitre aux décisions rendues dans cet Etat. La mesure de sauvegarde est maintenue pendant la durée strictement nécessaire et, en tout état de cause, est levée lorsque le manquement constaté est corrigé.

La Commission informe le Conseil en temps utile de l'adoption et de l'abrogation d'une mesure de sauvegarde. Elle prend dûment en compte les observations éventuelles du Conseil.]

CHAPITRE VII. — RELATIONS AVEC D'AUTRES INSTRUMENTS

Il est proposé d'ajouter un nouvel article, comme suit :

Article 72-1

Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs Etats membres sont parties lors de l'adoption de la section 4 du chapitre III du présent règlement et qui régissent la reconnaissance ou l'exécution de décisions rendues dans des Etats non membres liés par ces conventions, sans préjudice des obligations des Etats membres en vertu de l'article 307 du traité instituant la Communauté européenne.

En outre, dans la perspective du document de Bergen, l'article 72 devrait être supprimé.

ANNEXE II

Proposition du sous-groupe de Barcelone sur l'élargissement du règlement 44/2001 aux décisions judiciaires rendues dans des Etats non membres de l'Union européenne

SOUS-GROUPE RELATIONS EXTERNES

Application du règlement « Bruxelles I » aux décisions judiciaires rendues dans des Etats non membres de l'Union européenne

PROPOSITION DE POSITION DU GROUPE (Barcelone, 28/03/2009)

A la suite des propositions adoptées à Bergen en 2008, qui présentent la possibilité d'inclure dans le règlement Bruxelles I des règles de compétence directe pour un litige concernant un défendeur domicilié dans un Etat non membre de l'Union européenne, ou un bien au sens de l'article 22 localisé dans un tel Etat ou une convention de juridiction non visée par l'article 23, le Groupe européen de droit international privé a examiné la question complémentaire de la possibilité d'une extension du règlement aux décisions judiciaires rendues dans un Etat non membre de l'Union européenne.

L'opportunité, politique autant que juridique, de l'adoption de règles communautaires couvrant l'ensemble des litiges transfrontières, y compris ceux tranchés par une juridiction d'un pays tiers, au regard du fonctionnement du marché intérieur et de l'exercice de la liberté de circulation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice établi par le traité CE, n'a pas fait l'objet d'une analyse circonstanciée. Les présentes conclusions prennent pour hypothèse de travail qu'une telle incidence

est établie, du fait de la disparité des règles nationales des Etats membres concernant l'efficacité des décisions étrangères.

Les objectifs d'une telle extension du domaine d'application du règlement seraient certes d'abord la circulation internationale des décisions comme c'est le cas pour les décisions rendues dans un Etat membre, mais aussi le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché intérieur, sans nier la double difficulté particulière de concilier des disparités parfois importantes entre certaines législations nationales et de tenir compte de la grande variété d'institutions juridiques présentes dans des pays tiers.

CHAPITRE III. — RECONNAISSANCE ET EXECUTION

Il est proposé d'ajouter une nouvelle section, comme suit :

SECTION 4. — DÉCISIONS RENDUES DANS UN ETAT NON MEMBRE

Article 56-1

1. On entend par décision, au sens de la présente section, toute décision rendue par une juridiction dans un Etat non membre quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement ou ordonnance, ainsi que la fixation du montant des frais du procès.

2. Toutefois, les décisions visées à l'alinéa premier n'incluent pas :

1) un mandat d'exécution ;

[2) une décision pouvant faire ou faisant l'objet d'un recours ordinaire, sans préjudice de l'article 56-7, § 2.]

Article 56-2>

1. Une décision est reconnue dans un Etat membre sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

2. En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater que la décision doit être reconnue, selon les procédures prévues par le droit de l'Etat membre requis.

Article 56-3

1. Une décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat membre requis, en particulier si :

1) elle résulte d'un manquement [grave] aux principes qui régissent le droit [fondamental] au procès équitable [énoncés à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne], en particulier :

— elle a été rendue sans que le défendeur ait été en mesure d'exercer le droit d'être entendu en temps utile ; ou

— la partie contre laquelle elle a été prononcée n'a pas été en mesure d'exercer un recours effectif en raison de l'absence de communication en temps utile des motifs de la décision.

2) elle résulte d'une fraude relative à la procédure ;

3) elle porte une injonction interdisant à une partie de saisir la juridiction d'un Etat membre dont la compétence est fondée en vertu du présent règlement ; ou

4) elle a été obtenue en méconnaissance :

— d'une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par l'Etat requis pour la sauvegarde de ses intérêts publics au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au rapport juridique ; ou

— d'une disposition impérative du droit communautaire à laquelle les parties ne peuvent pas déroger et qui exige son application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au rapport juridique.

2. La décision peut ne pas être reconnue dans la mesure où elle accorde des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs.

3. Sans préjudice des dispositions des paragraphes précédents, la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 56-4

Une décision n'est pas reconnue si le tribunal s'est déclaré compétent :

1) alors qu'un tribunal d'un Etat membre aurait été compétent en vertu des dispositions des sections 3 à 7 du chapitre II, à moins que le défendeur devant le juge d'origine ait procédé au fond sans faire de réserve ; ou

2) en l'absence de lien suffisant entre l'Etat d'origine et le litige, en particulier lorsque la compétence du tribunal étranger n'a pu être fondée que sur l'un des éléments suivants:

- la nationalité d'une des parties;
- la signification ou la notification de l'acte introductif d'instance au défendeur qui se trouve temporairement sur le territoire de l'Etat d'origine;
- la présence dans cet Etat de biens appartenant au défendeur sans lien direct avec le litige;
- la saisie par le demandeur de biens situés dans cet Etat sans lien direct avec le litige;
- l'exercice d'activités commerciales ou professionnelles du défendeur dans cet Etat sans lien direct avec le litige.

Article 56-5

Une décision n'est pas reconnue si :

1) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ;

2) elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat membre requis ;

3) elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre Etat entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat membre requis ; ou

4) la demande a été introduite dans l'Etat d'origine après l'introduction devant le tribunal [de l'Etat membre requis] [d'un Etat membre] d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause.

Article 56-6

1. Une décision rendue dans un Etat non membre et qui y est exécutoire est mise à exécution dans un Etat membre après avoir été déclarée exécutoire à la demande de toute partie intéressée.

2. Toutefois, au Royaume-Uni, une telle décision est mise à exécution en Angleterre et au pays de Galles, en Écosse ou en Irlande du Nord, après avoir été enregistrée en vue de son exécution, à la demande de toute partie intéressée, dans l'une ou l'autre de ces parties du Royaume-Uni, suivant le cas.

Article 56-7

1. La procédure tendant à obtenir la déclaration de la force exécutoire de la décision étrangère est régie par le droit de l'Etat membre requis, sans préjudice de l'article 49.

[2. La décision pouvant faire l'objet ou faisant l'objet d'un recours ordinaire dans l'Etat d'origine peut donner lieu à des mesures d'exécution conservatoires. Le juge peut subordonner celles-ci à la constitution d'une garantie.]

Article 56-8

Lorsque la décision a statué sur plusieurs chefs de la demande, elle peut être reconnue ou déclarée exécutoire en tout ou en partie, d'office ou à la demande d'une partie.

Article 56-9

1. La partie qui invoque la reconnaissance d'une décision rendue dans un Etat non membre ou qui sollicite la délivrance d'une déclaration constatant la force exécutoire doit produire :

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

2. Il est produit une traduction certifiée des documents si la juridiction ou l'autorité compétente l'exige.

Article 56-10

Si de graves manquements ou un risque imminent de graves manquements sont constatés dans un Etat non membre [aux principes qui régissent une bonne administration de la justice] [au principe de l'Etat de droit] [aux principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et au principe de l'Etat de droit, de manière à affecter le fonctionnement de la justice en matière civile], en particulier le droit au procès équitable, la Commission peut suspendre temporairement l'application des dispositions du présent chapitre aux décisions rendues dans cet Etat. La mesure de sauvegarde est maintenue pendant la durée strictement nécessaire et, en tout état de cause, est levée lorsque le manquement constaté est corrigé.

La Commission informe le Conseil en temps utile de l'adoption et de l'abrogation d'une mesure de sauvegarde. Elle prend dûment en compte les observations éventuelles du Conseil.]

CHAPITRE VII. — RELATIONS AVEC D'AUTRES INSTRUMENTS

Il est proposé d'ajouter un nouvel article, comme suit :

Article 72-1

Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs Etats membres sont parties lors de l'adoption de la section 4 du chapitre III du présent règlement et qui régissent la reconnaissance ou l'exécution de décisions rendues dans des Etats non membres liés par ces conventions, sans préjudice des obligations des Etats membres en vertu de l'article 307 du traité instituant la Communauté européenne.

En outre, dans la perspective du document de Bergen, l'article 72 devrait être supprimé.

ANNEXE III

Draft of the Barcelona sub-group on the enlargement of the 44/2001 Regulation to judgments given in a State which is not a member of the European Union

WORKING-GROUP ON EXTERNAL RELATIONS

Application of the "Brussels I" Regulation to judgments given in a State which is not a member of the European Union

PROPOSED POSITION OF THE GROUP

(Barcelona, 28/03/2009)

Following proposals adopted in Bergen in 2008, which considered the possibility of including in the Brussels I Regulation direct jurisdictional rules for proceedings concerning a defendant domiciled in a State which is not a member of the European Union, or property within the terms of Article 22 situated in such a State, or a choice-of-court agreement not covered by Article 23, the European Group for Private International Law examined the related question of extending the Regulation to cover judgments given in a State which is not a member of the European Union.

The desirability, political as well as legal, of adopting Community rules covering all cross-border litigation, including that involving a court of a third country, which affects the functioning of the internal market and the exercise of free movement within the area of freedom, security and justice established by the EC Treaty, has not been the subject of a

detailed analysis. The following comments are based on the working hypothesis that such effect is established by reason of the diversity of the national rules of the Member States concerning the recognition of foreign judgments.

The purpose of such an extension of the scope of application of the Regulation would be primarily to ensure the international circulation of judgments, as already occurs in the case of Member-State judgments, but also to harmonize national legislation to the extent necessary for the functioning of the internal market, without denying the two-fold difficulty of reconciling the often important differences between some national laws and of taking account of the great variety of legal institutions found in third countries.

CHAPTER III. — RECOGNITION AND ENFORCEMENT

A new Section, to read as follows, is proposed:

SECTION 4. — JUDGMENTS GIVEN IN A NON-MEMBER STATE

Article 56-1

1. For the purposes of this Section, ‘judgment’ means any judgment given by a court or tribunal of a non-member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order or decision as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court.

2. Nevertheless, the above paragraph shall not apply to:

(a) a writ of execution;

[(b) a judgment against which an ordinary appeal could be, or has been, lodged, without prejudice to Article 56-7(2).]

Article 56-2

1. A judgment shall be recognised in a Member State without any special procedure being required.

2. Any interested party who raises the recognition of a judgment as the principal issue in a dispute may, in accordance with the procedures provided for by the law of the Member State addressed, apply for a decision that the judgment be recognised.

Article 56-3

1. A judgment shall not be recognised if such recognition is manifestly contrary to public policy in the Member State in which recognition is sought, in particular if:

(1) it was given as the result of a [grave] infringement of the principles governing the [fundamental] right to a fair trial [laid down in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union], in particular if:

– it was given without the defendant having been able to exercise the right to be heard in sufficient time; or

– the party against whom it was granted was not able effectively to exercise a right of appeal because of the failure to inform him in sufficient time of the reasons for the judgment;

(2) it was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

(3) it grants an injunction prohibiting a party from bringing proceedings before a court of a Member State the jurisdiction of which is derived from this Regulation; or

(4) it was granted in contravention:

– of a mandatory provision the respect for which is regarded as crucial by the State in which recognition is sought for safeguarding its public interests to such an extent that it is applicable to any situation falling within its scope, irrespective of the law otherwise applicable to the legal relationship; or

– of a mandatory rule of Community law from which the parties could not derogate and which applies to any situation falling within its scope, irrespective of the law otherwise applicable to the legal relationship.

2. The judgment may be refused recognition to the extent that it awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages.

3. Subject to the provisions of the previous paragraphs, the judgment may not be reviewed as to its substance.

Article 56-4

A judgment shall not be recognized if the court assumed jurisdiction:

(a) when a court of a Member State would have had jurisdiction under the provisions of Sections 3 to 7 of Chapter II, unless the defendant in the court of origin pleaded to the merits without raising an objection; or

(b) in the absence of a sufficient connection between the State of origin and the claim, in particular if the jurisdiction of the foreign court could have been based only on one of the following grounds:

- the nationality of one of the parties;
- the document instituting the proceedings having been served on the defendant during his temporary presence in the State of origin;
- the presence within that State of property belonging to the defendant which has no direct connection with the claim;
- the seizure by the plaintiff of property situated in that State which has no direct connection with the claim;
- the exercise in that State by the defendant of commercial or professional activities which have no direct connection with the claim.

Article 56-5

A judgment shall not be recognized:

(a) where it was given in default of appearance, if the defendant was not served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant failed to commence proceedings to challenge the judgment when it was possible for him to do so;

(b) if it is irreconcilable with a judgment given in a dispute between the same parties in the Member State in which recognition is sought;

(c) if it is irreconcilable with an earlier judgment given in another State involving the same cause of action and between the same parties, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State addressed; or

(d) the proceedings were brought in the State of origin after proceedings involving the same cause of action and between the same parties had been commenced before the courts of [the Member State addressed] [another Member State], provided that those latter proceedings are still pending.

Article 56-6

1. A judgment given in a non-member State and enforceable in that State shall be enforced in a Member State when, on the application of any interested party, it has been declared enforceable there.

2. However, in the United Kingdom, such a judgment shall be enforced in England and Wales, in Scotland, or in Northern Ireland when, on the application of any interested party, it has been registered for enforcement in that part of the United Kingdom.

Article 56-7

1. Subject to Article 49, the procedure for making an application for obtaining a declaration of enforceability of a foreign judgment shall be governed by the law of the Member State in which enforcement is sought.

[2. A judgment which could be, or is, the subject of an ordinary appeal in the State of origin may form the basis of protective measures. The court may make these conditional on the provision of security.]

Article 56-8

Where a foreign judgment has been given in respect of several matters, it may be recognized or declared enforceable, for all of them, or for one or more of them, either of its own motion or on the application of a party.

Article 56-9

1. A party seeking recognition of a judgment given in a non-member State or applying for a declaration of its enforceability shall produce:

(a) a copy of the judgment which satisfies the conditions necessary to establish its authenticity;

(b) in the case of a default judgment, the original or a certified copy of a document certifying that the defendant was served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document;

(c) all documents necessary to establish that the judgment [is not subject to an ordinary appeal in the State of origin, that it] was served on the defendant and that it is enforceable in that State.

2. A certified translation of these documents shall be produced if the court or competent authority so requires.

Article 56-10

If the existence has been established in a non-member State of serious violations or the imminent risk of serious violations [of the principles governing the sound administration of justice] [of the principle of the rule of law] [of the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms and the principle of the rule of law such as to affect the administration of justice in civil matters], in particular, the right to a fair trial, the Commission may temporarily suspend the application of this Chapter to judgments given in that State. These safeguard measures shall be maintained no longer than strictly necessary and, in any event, shall be lifted when the violations have ceased.

The Commission shall inform the Council in good time of the adoption and the rescinding of safeguard measures. It shall give due consideration to any observations by the Council.

CHAPTER VII. — RELATIONS WITH OTHER INSTRUMENTS

A new Article is proposed, to read as follows:

Article 72-1

This Regulation shall not affect the application of international conventions to which one or more Member States are parties when Section 4 of Chapter III of this Regulation is adopted and which govern the recognition or enforcement of judgments given in non-member States which are parties to such conventions, subject to the obligations of Member States under Article 307 of the Treaty establishing the European Community.

In addition, in view of the Bergen document, Article 72 should be deleted.

ANNEXE IV

Notice explicative ayant accompagné la proposition du sous-groupe de Barcelone sur l'élargissement du règlement 44/2001, soumise à la discussion lors de la réunion de Padoue

SOUS-GROUPE RELATIONS EXTERNES

Application du règlement « Bruxelles I » aux décisions judiciaires rendues dans des Etats non membres de l'Union européenne

NOTICE EXPLICATIVE (Barcelone, 28/03/2009)

A la suite des propositions adoptées à Bergen en 2008, qui présentent la possibilité d'inclure dans le règlement Bruxelles I des règles de compétence directe pour un litige concernant un défendeur domicilié dans un Etat non membre de l'Union européenne, ou un bien au sens de l'article 22 localisé dans un tel Etat ou une convention de juridiction non visée par l'article 23, le Groupe européen de droit international privé a examiné la question complémentaire de la possibilité d'une extension du règlement aux décisions judiciaires rendues et aux actes authentiques dressés dans un Etat non membre de l'Union européenne.

L'opportunité de l'adoption de règles communautaires couvrant l'ensemble des litiges transfrontières, y compris ceux tranchés par une juridiction d'un pays tiers, au regard du fonctionnement du marché intérieur et de l'exercice de la liberté de circulation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice établi par le traité CE, n'a pas fait l'objet d'une analyse circonstanciée.

Les présentes conclusions prennent pour hypothèse de travail qu'une telle incidence est établie, du fait de la disparité des règles nationales des Etats membres concernant l'efficacité des décisions étrangères. En effet, aux extrêmes, les règles de certains Etats prévoient des conditions de reconnaissance et d'exécution similaires à celles du règlement (par. ex., Belgique, France, Italie) alors que d'autres pays ignorent la possibilité de reconnaître ou d'exécuter un jugement étranger comme tel en l'absence d'un régime conventionnel liant l'Etat requis et l'Etat d'origine ; d'autres soumettent un tel régime à une condition de réciprocité. Aussi, un jugement rendu dans un pays tiers pourra être reconnu dans un Etat membre et non dans l'autre, et le jugement de reconnaissance du premier Etat ne pourra davantage recevoir d'effet dans le second en vertu de l'adage « *exequatur sur exequatur ne vaut* », à moins de considérer que le fonctionnement du marché intérieur exige l'inapplicabilité de cet adage dans le domaine d'application du traité CE.

De plus, depuis l'avis 1/03 rendu par la Cour de justice le 7 février 2006 à propos des négociations en vue de la conclusion de la nouvelle convention de Lugano, le règlement Bruxelles I est supposé contenir un système global et complet, alors même que les règles communes ne couvrent pas l'ensemble des litiges internationaux. Au demeurant, la version actuelle du règlement présente une anomalie concernant les domaines d'application dans l'espace respectifs des chapitres II et III. En effet, le premier n'affecte que les litiges concernant un défendeur domicilié ou un bien localisé dans un Etat membre, alors que le second affecte tout jugement rendu dans un Etat membre à propos de tout litige transfrontière, même lorsque le défendeur est domicilié dans un pays tiers. Dans ce cas, la corrélation voulue par les auteurs du texte entre le degré de confiance dans le jugement étranger et la manière dont le juge d'origine a pu fonder sa compétence directe, disparaît — anomalie cependant acceptée dans le cas particulier de l'article 71. Il est certes vrai qu'un élargissement du domaine des règles de compétence du règlement à tout litige transfrontière, comme le prévoit le document de Bergen, suffirait à supprimer cette anomalie ; et l'exemple du règlement 4/2009 concernant les obligations alimentaires suggère à première vue qu'un acte puisse comporter à la fois des règles de compétence directe pour tout litige transfrontière et des règles de reconnaissance limitées à des décisions rendues dans un Etat membre. Pourtant, l'expérience du document de Bergen montre aussi que les adaptations des règles de compétence directe rendues nécessaires par l'extension du régime de la compétence directe appellent une condition renvoyant à un pronostic sur la reconnaissance future dans un Etat membre d'un jugement à rendre dans un pays tiers (voy. les art. 23bis, 24bis, 30bis). Or, il serait préférable que les conditions de cette reconnaissance soient harmonisées.

Au terme de cette analyse, le Groupe conclut à la possibilité d'un tel élargissement, du moins pour les décisions judiciaires. La question semble plus délicate pour les actes authentiques étrangers.

Il est possible que certaines de ces propositions soient également pertinentes à l'égard de décisions rendues dans un Etat membre d'origine. Il appartiendrait alors au législateur communautaire d'adapter également le régime de ces décisions à l'occasion d'une révision du règlement. Cette hypothèse pourrait concerner notamment la liste des règles de compétence indirecte de l'article 34, qui omet les dispositions de la section 5 et de la section 7, le prononcé de dommages punitifs ou d'*anti-suit injunctions*, le contrôle de l'ordre public procédural, notamment eu égard à la jurisprudence *Krombach*, la méconnaissance par une décision rendue dans un Etat membre de dispositions impératives établies par une directive communautaire.

1) Sur le système général d'une extension :

Globalement, le régime appliqué aux décisions de pays tiers ne devrait pas différer fondamentalement de celui appliqué actuellement aux décisions d'Etats membres. Sa nature serait analogue à celle d'un régime national de reconnaissance de jugements étrangers. En particulier, le régime communautaire ne dépendrait pas d'une condition de réciprocité. La pratique des Etats qui connaissent une telle condition a montré les difficultés de sa mise en œuvre. Ces difficultés seraient accrues dans le présent contexte.

Cette orientation générale appelle cependant deux nuances.

D'un côté, un éventuel approfondissement de la liberté de circulation des jugements des Etats membres par un système de titre exécutoire unique ne pourrait pas concerner des jugements de pays tiers, car le principe de confiance mutuelle posé par le droit communautaire ne porte que sur le fonctionnement d'autorités d'Etats membres, du moins en l'absence d'un régime conventionnel.

D'un autre côté, l'analogie des régimes appliqués ne signifie pas une identité des régimes. En effet, le régime appliqué aux décisions de pays tiers devrait connaître certaines adaptations,

présentées ci-dessous.

Les objectifs d'une telle extension du domaine d'application du règlement seraient certes d'abord la circulation internationale des décisions comme c'est le cas pour les décisions rendues dans un Etat membre, mais aussi le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché intérieur, sans nier la double difficulté particulière de concilier des disparités parfois importantes entre certaines législations nationales et de tenir compte de la grande variété d'institutions juridiques présentes dans des pays tiers.

Globalement, le système proposé est proche de celui du titre III de la convention de Bruxelles. L'écart qui en résulterait entre le régime des décisions d'Etats membres et celui de décisions de pays tiers justifie la création d'une section spéciale. La plupart de ses dispositions reprennent, avec certaines adaptations, les dispositions correspondantes du règlement (art. 56-1, art. 56-2, art. 56-5 à 56-9). En revanche, les motifs de refus concernant le contrôle de l'ordre public et de la compétence indirecte font l'objet d'aménagements substantiels (art. 56-3 et 56-4, adde art. 56-10).

2) Sur le domaine de l'extension :

L'extension concernerait toute décision judiciaire, au sens entendu actuellement par le règlement (art. 56-1).

Toutefois, il est proposé — disposition entre crochets — de s'en tenir aux décisions définitives, rendues sur le fond du litige. La gestion de décisions susceptibles de recours ordinaire selon le droit de la procédure civile de n'importe quel Etat tiers risque d'être trop lourde : difficulté de prendre connaissance du droit étranger de procédure ; souci de ne pas mettre en place un système général de dépôt de caution ou de garantie. Cependant, il ne faudrait pas exclure nécessairement qu'une décision encore susceptible d'un recours puisse donner lieu à des mesures conservatoires, tantôt selon le droit de l'Etat requis, tantôt en vertu du règlement même (proposition entre crochets)

De plus, l'extension au mandat d'exécution n'est certes pas à exclure a priori, puisque ces décisions sont visées par le règlement lorsqu'elles sont rendues dans un Etat membre. Mais la nature particulière de ces décisions, qui expriment la souveraineté liée à l'adoption d'une mesure de contrainte sur des biens, incite à une attitude réservée lorsque la décision émane d'un pays tiers en l'absence d'un régime conventionnel.

Il n'y a pas lieu d'exclure une décision étrangère en fonction de la matière en litige devant le juge étranger. Une telle différenciation pourrait se concevoir en soi à propos de matières particulières où domine un objectif de protection, par exemple du consommateur ou du travailleur, mais il paraît suffisant de soumettre le jugement étranger au motif de refus de la compétence indirecte et à celui de l'ordre public, comme pour les jugements rendus dans un Etat membre. La même appréciation au regard de l'ordre public vaut pour un jugement étranger ayant tranché une question préalable d'état : il n'y aurait pas lieu de ressusciter l'ancien article 27, 4° de la convention de Bruxelles. Autre chose cependant est d'évaluer si l'autorité de la chose jugée s'étend à la motivation concernant la question préalable, mais cette question ne se pose pas en des termes différents selon que le jugement a été rendu dans un Etat membre ou dans un Etat tiers.

Les actes authentiques, selon la proposition, ne seraient pas visés par l'extension. La difficulté gît pour partie dans le manque de précision de la notion dans son application au droit de certains pays tiers. Cette difficulté pourrait certes être surmontée, en s'en tenant aux exigences posées par la Cour de justice dans son arrêt *Unibank* (17/06/1999, aff. C-260/97) ou en reprenant la définition élargie que l'on trouve dans la Convention de La Haye de 2007 relative aux obligations alimentaires. Une autre difficulté porterait sur la preuve du caractère exécutoire d'un acte qui peut avoir été dressé dans n'importe quel pays. Par ailleurs si, dans le futur, le règlement devait porter aussi sur la reconnaissance, comme le fait déjà le règlement Bruxelles IIbis, une extension ne pourrait pas avoir lieu sans de notables adaptations, en raison de la disparité importante des conditions de validité des actes selon le droit de certains pays tiers.

3) Sur les motifs de refus :

De manière générale, les motifs de refus valables à l'égard d'une décision rendue dans un Etat membre devraient l'être aussi pour une décision rendue dans un pays tiers. Pour rappel, ces conditions portent sur le contrôle de l'ordre public, le contrôle de la compétence indirecte, le contrôle des conditions de notification dans le pays d'origine, le contrôle du caractère inconciliable de décisions (sur ces deux derniers motifs, voy. art. 56-5).

Certaines adaptations devraient cependant être envisagées, de manière plus ou moins certaine. Leur importance suggère de formuler l'ensemble des motifs de refus de manière autonome, sans faire de renvoi global, à un titre minimal, aux conditions qui régissent les décisions rendues dans un Etat membre.

1° Concernant la compétence indirecte :

Il est insuffisant d'exiger le respect des compétences impératives (consommation, travail) et exclusives posées par le règlement. Il y a lieu de vérifier en tout cas si, en outre, le jugement étranger ne repose pas sur un for exorbitant (art. 56-4). La définition de ces fors est à faire. Au minimum, elle peut se référer aux termes qui seraient utilisés par le règlement dans le contexte d'un élargissement de la compétence directe aux relations externes, selon le scénario établi par le document de Bergen. Ainsi, l'article 24bis nouveau poserait les conditions de la saisine d'une juridiction d'un Etat membre en cas de nécessité, avec certaines limites : de telles limites devraient également être exigées, selon un effet reflex, à l'égard d'un juge d'un pays tiers.

Il est à noter que l'article 72 du règlement — qui fait suite à l'article 59 de la convention de Bruxelles — prévoit aussi la faculté pour le juge requis de refuser de reconnaître une décision rendue dans un Etat membre dans un cas où la compétence directe du juge étranger était fondée sur un for exorbitant au sens de la liste établie par la convention — et annexée au règlement. Cependant, cette disposition deviendrait sans objet dans l'esprit du document de Bergen. Encore convient-il d'observer que ce document omet d'en proposer l'abrogation, omission qui devrait faire l'objet d'une correction.

Une approche plus sévère consisterait à exiger que le juge étranger ait fondé sa compétence sur des règles similaires à celles posées par le règlement. Par exemple, en matière contractuelle, cela supposerait la localisation dans le pays d'origine du domicile du défendeur ou du lieu d'exécution de l'obligation en litige, au sens précis entendu par l'article 5, 1°, du règlement. Cet effet reflex de l'article 5 par exemple négligerait la spécificité de l'objectif de l'agencement des compétences organisé par le règlement entre les juridictions d'Etats membres, à savoir une répartition des compétences afin de limiter le forum shopping et de concentrer les litiges. La circonstance que la plupart des régimes nationaux de reconnaissance ou des conventions non mixtes utilisent cette approche n'est pas déterminante dans le présent contexte, car l'agencement de la compétence internationale hors du contexte conventionnel vise plutôt à élargir les possibilités de saisine d'une juridiction nationale.

Un débat est possible sur ces deux approches. La première est proposée. Le texte comprend une condition de liens suffisants entre le juge d'origine et le litige, à la lumière de la jurisprudence *Simitch* de la Cour de cassation française (6/02/1985, RCDIP 1985, 369, JDI 1985, 460), et précise, par une liste non limitative, dans quels cas ce lien serait insuffisant.

2° Concernant l'ordre public :

Une autre adaptation devrait concerner le contrôle de l'ordre public (art. 56-3), outre, en marge de celui-ci, une forme de révision au fond portant sur le respect de dispositions impératives ou d'ordre public qualifiables de lois de police.

Il n'y a pas lieu, a priori, d'entendre cette notion dans un sens différent de celui appliqué à une juridiction d'un Etat membre, puisque cette notion est unitaire pour le juge requis : cet ordre public est celui de l'Etat requis, tout en y incluant, d'une part l'ordre public communautaire — selon le raisonnement tenu par la Cour de justice dans l'arrêt *Eco Swiss China Time* (01/06/1999, aff. C-126/97) —, d'autre part, comme un élément de cet ordre public, les principes découlant de la CEDH — selon le raisonnement tenu par la Cour de justice dans l'arrêt *Krombach* (28/03/2000, aff. C-7/98). Certes, la question de l'exigence du respect des principes de la CEDH par une juridiction d'un pays qui n'est pas lié par la Convention de sauvegarde reste délicate, mais on voit mal un juge d'un Etat membre devoir assurer ce respect en présence d'un jugement d'un Etat membre mais non de celui d'un pays tiers. Un motif d'explicitation des principes découlant du droit des droits fondamentaux à l'égard de jugements rendus dans un pays tiers serait, d'une part, de confirmer la nécessité d'un tel contrôle, d'autre part, d'insister sur la portée utile de celui-ci à l'égard de jugements rendus dans un pays ne connaissant pas de standard équivalent de protection des droits fondamentaux. Autre est la question de savoir s'il suffirait d'une référence générale aux droits fondamentaux, ou s'il conviendrait d'en expliciter certains, tel le respect des droits de la défense, en particulier le contrôle de l'existence d'une motivation suffisante.

Aussi est-il suggéré d'élargir l'exigence du respect de l'ordre public procédural par une référence à la notion de procès équitable. Afin d'encadrer l'appréciation dans un but de sécurité juridique, il pourrait être utile de spécifier, de manière exemplative, le standard du droit d'être entendu de manière utile — principe général de droit communautaire (arrêt *Hoffmann-Laroche*, 13/02/1979, aff. 85/76, en matière de concurrence) — et celui du droit à un recours effectif, précisé par l'arrêt *ASML* (14/12/2006, aff. C-283/05).

Autre chose serait de proposer l'insertion d'une clause de sauvegarde (art. 56-10), sur le modèle de la clause générale contenue dans l'article 39 de l'acte d'adhésion de 2003. Le domaine d'une telle clause serait analogue à celui du motif de refus de l'article 52-3, 1°, à savoir la sauvegarde des droits fondamentaux, mais sa portée serait différente. Elle donnerait lieu à une procédure administrative faisant intervenir la Commission et conduisant à exclure du domaine du règlement toutes les décisions rendues par le pays tiers concerné, alors que le motif de refus serait laissé à l'appréciation du juge requis et ne jouerait qu'en fonction du jugement rendu par le juge d'origine.

Ces deux dispositions peuvent être vues comme faisant double emploi — dans ce cas, il faudrait faire un choix entre l'une et l'autre — ou au contraire comme étant complémentaires. Elles pourraient se compléter dans la mesure où la procédure administrative, qui a une portée plus radicale que le contrôle juridictionnel, pourrait n'être que la résultante du constat que les décisions d'un certain pays font l'objet de fréquents refus de reconnaissance pour violation des droits fondamentaux : la phase administrative pourrait ainsi intervenir a posteriori. Au demeurant, elle supposerait un devoir d'enquête de la Commission.

L'ordre public procédural peut encore impliquer d'autres contrôles. Les conditions de l'administration de la justice dans certains pays tiers peuvent justifier une vérification de l'absence de fraude dans la procédure, par exemple lorsqu'une pièce a été produite de manière frauduleuse ou en cas de dysfonctionnement du tribunal qui a statué (§ 1er, 2°).

Une règle particulière pourrait confirmer qu'une anti-suit injunction émanant d'une juridiction étrangère — d'un Etat membre ou d'un pays tiers — ne saurait affecter la compétence que le juge saisi tient du règlement (§ 1er, 3°).

D'autres précisions devraient porter sur l'ordre public substantiel.

Une clause spéciale d'ordre public devrait porter sur l'attribution par le juge étranger de dommages excessifs, à l'image de ce que prévoit la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for. Ce contrôle pourrait être facultatif, ce qui permettrait une reconnaissance dans un Etat membre qui connaît de tels dommages ou n'hésite pas à en admettre lorsqu'ils découlent d'un droit ou d'un jugement étranger.

3° Concernant les lois de police

Le contrôle du respect de lois de police pourrait aussi être formulé sous le couvert du contrôle de l'ordre public (art. 56-3, § 1er, 4°). Un tel emplacement suggère que l'appréciation doit être aussi fonctionnelle que pour l'ordre public ; notamment, le refus de reconnaissance ne devrait pas découler automatiquement de la simple méconnaissance par le juge étranger de la loi de police de référence, mais dépendre d'une équivalence relative des résultats obtenus.

Ce contrôle devrait pouvoir porter sur les lois de police nationales. Dans un souci de cohérence du système juridique communautaire, ces lois devraient être définies désormais à partir des termes de l'article 9 du règlement Rome I. Par ailleurs, il semble inévitable, en termes de cohérence de l'ordre juridique communautaire, que soit assuré un contrôle du respect de lois de police communautaires. Par exemple, si un juge d'un pays tiers devait se prononcer dans un litige analogue à celui de l'affaire Ingmar mais sans assurer la protection voulue par la directive 86/653 concernant les agents commerciaux, et à supposer que la saisine de ce juge se soit fondée sur une convention de juridiction, on voit mal qu'un tel jugement puisse être reconnu. Une telle réserve est d'ailleurs implicite dans le nouvel article 23bis que contiendrait le règlement selon le document de Bergen, dans la mesure où le risque de non-reconnaissance évoqué par cet article pourrait découler de la méconnaissance d'une loi de police de l'Etat requis.

Une condition plus stricte car plus large consisterait à sanctionner comme telle une fraude à la loi, par une disposition refusant la reconnaissance lorsque la décision a été recherchée à l'étranger dans le seul but d'échapper à l'application de la loi qu'aurait appliquée une juridiction d'un Etat membre. Mais la mise en œuvre de ce type de condition est délicate là où fait défaut une règle de conflit de lois uniforme dans la Communauté. En revanche, elle ne fait pas de difficulté dans le cas précité d'une loi de police communautaire fixant son propre domaine d'application dans l'espace.

4) Sur la procédure :

Il n'apparaît pas en soi que les décisions de pays tiers doivent être soumises à un traitement moins favorable que les décisions rendues dans un Etat membre, quant à la possibilité de reconnaître le jugement sans l'exigence d'une procédure préalable : la notion de reconnaissance de plein droit est donc susceptible de généralisation (art. 56-2). Cependant, la question reste ouverte à débat. En effet, la décision étrangère ne bénéficie pas du même pronostic de reconnaissance qu'une décision rendue dans un Etat membre et la liste des motifs de refus est plus complexe, donc plus délicate à appliquer. Cependant, dès lors que la reconnaissance incidente est admise de toute manière et que, en cas de contestation, les parties iront devant un tribunal, la raison de rejeter la reconnaissance de plein droit, qui n'aura de portée utile que dans des cas marginaux en la présente matière — lorsque l'effet est invoqué devant une autorité publique —, n'apparaît pas.

Il est entendu que la force exécutoire, en revanche, présuppose une déclaration judiciaire, comme l'exige la version actuelle du règlement Bruxelles I (art. 56-6), et que, comme dans le cas du règlement, l'exequatur partiel peut être accordé (art. 56-8). De plus, faut-il le rappeler, le système d'un titre exécutoire unique ne semble pas pouvoir être étendu à une décision d'un pays tiers en dehors d'un contexte conventionnel (voy. supra, point 1).

Cette approche n'exclut pas certaines adaptations.

Une question majeure est celle de savoir si la procédure en deux phases, la première unilatérale — tantôt avec contrôle des motifs de refus selon la convention de Bruxelles, tantôt sans ce contrôle selon le règlement — et la seconde contradictoire, peut être étendue à une décision d'un pays tiers. Dans le système actuel du règlement, cette première phase participe de l'objectif d'accélération du processus de mise à exécution d'une décision bénéficiant a priori d'un pronostic favorable quant à sa reconnaissance. Un tel pronostic ne bénéficie pas forcément à une décision d'un pays tiers. En revanche, l'utilisation d'une même procédure pour l'ensemble des jugements contribue mieux à une bonne administration de la justice, dans la mesure où elle simplifie le paysage procédural. Pour autant, une dualité des procédures ne devrait pas susciter de problèmes pratiques analogues à celui que crée la dualité pouvant exister aujourd'hui dans l'Etat requis à l'égard d'un jugement rendu dans un Etat membre qui relève pour partie du domaine matériel du règlement et pour partie du droit commun de l'Etat requis.

La proposition consiste à ne pas étendre le régime procédural du règlement aux décisions rendues dans un pays tiers — extension, faut-il le constater, qui bénéficierait moins à la décision même qu'au créancier non communautaire à l'encontre d'un débiteur communautaire —, notamment en raison de la complexité des motifs de refus spécifiques mis en place pour ces décisions (art. 56-7).

D'autres adaptations mineures sont d'ordre technique (art. 56-9). Par exemple, la formalité de dépôt du certificat prévue par l'article 54 ne saurait par nature valoir à l'égard d'une décision d'un pays tiers. Il convient alors d'insérer une disposition spécifique, selon l'esprit de l'article 47, 1^o, de la convention de Bruxelles. En revanche, les dispositions relatives aux traductions peuvent être généralisées (art. 55, § 2).

L'extension d'autres formalités est plus difficile à apprécier. Il en est ainsi du bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 50), de la dispense de caution (art. 51) et de la dispense de légalisation (art. 52). Normalement, de telles dispositions dépendent étroitement d'une condition de réciprocité. Dans cette mesure, on peut comprendre qu'elles ne seraient pertinentes que dans le contexte d'un régime conventionnel convenu entre la Communauté et l'Etat d'origine. Pourtant, le doute peut exister pour le bénéfice de l'assistance judiciaire, dont la mise en œuvre pourrait cependant s'avérer lourde lors de l'examen des conditions établies par le droit de tout pays tiers.

Autre encore est la question de savoir si, une fois reconnue ou déclarée exécutoire par une décision rendue dans un Etat membre, une décision rendue dans un pays tiers ne devrait pas être assimilée à un jugement rendu dans la Communauté, dans ses effets à produire dans d'autres Etats membres. Une telle hypothèse pourrait être approfondie, mais elle revient à rejeter l'adage « exequatur sur exequatur ne vaut » et conduirait à accorder un traitement plus favorable à une telle décision par rapport à une décision rendue dans un Etat membre d'origine, sauf à étendre le rejet de cet adage de manière absolue, en raison des nécessités du marché intérieur. Encore faudrait-il évaluer les difficultés pratiques de la mise en œuvre d'un tel régime, car il est probable que, dans l'Etat membre requis en second lieu, il y aurait encore lieu d'appliquer le régime des sections 1 à 3 du chapitre III du règlement.

5) Sur les relations avec le droit conventionnel :

Le règlement Bruxelles I comporte plusieurs dispositions concernant le droit conventionnel. Outre la relation avec la convention de Bruxelles (art. 68), elles concernent les conventions bilatérales entre Etats membres (art. 69) et les conventions liant des Etats membres dans une matière particulière (art. 71). En revanche, le texte ne prévoit pas le cas d'un conflit possible entre le règlement et une convention conclue par la Communauté avec un pays tiers : dans ce cas, la question est réglée dans l'instrument conventionnel, comme en atteste la clause de déconnexion de la nouvelle convention de Lugano (art. 64). Autre chose est la question de la faculté pour la Communauté d'admettre la primauté du droit conventionnel sur l'acte unilatéral que constitue le règlement, à l'image de la primauté que l'Etat consent à un traité sur son droit national.

La question dépasse le cadre du présent règlement et la réponse (art. 72-1) devrait s'inspirer du modèle déjà suivi par les règlements Rome I, Rome II et 4/2009 (obligations alimentaires). Ce modèle admet la primauté du traité conclu par un Etat membre avant l'adoption de l'acte communautaire, mais le règlement 4/2009 précise la nécessité de respecter le prescrit général de l'article 307 CE, prescrit encore rappelé par la Cour de justice dans ses arrêts du 3 mars 2009 (not. aff. C-205/06, *Commission c. Autriche*).

Selon le prescrit de l'article 307 CE, les traités antérieurs ne sont pas affectés formellement, mais l'Etat membre concerné doit prendre toute mesure nécessaire pour supprimer toute incompatibilité entre le traité et le règlement. En matière d'efficacité des jugements, la question demeure de déterminer quand cette incompatibilité existe, selon que le traité prévoit un régime de reconnaissance plus strict ou plus favorable que le règlement, par exemple sur le contrôle de la compétence indirecte. Il serait probablement utile que le règlement prévoit une disposition expresse, par exemple admettant l'application d'un traité établissant un régime plus favorable au jugement rendu dans un Etat contractant. L'application d'un tel régime dans l'Etat requis n'aurait pas d'incidence sur l'effet du jugement en cause dans un

autre Etat membre, en raison de l'adage « exequatur sur exequatur ne vaut ». Le risque d'une disparité des conditions de reconnaissance d'un Etat membre à l'autre est d'ailleurs déjà admis par le règlement, dans le cas où les Etats membres du juge d'origine et du juge requis sont liés par un traité dans une matière particulière (art. 71, al. 2) : les conditions de ce traité seront alors applicables, alors même que la reconnaissance du même jugement dans un autre Etat membre non lié par ce traité dépendrait des conditions établies par le règlement. Mais il reste que cette disparité pourrait encore affecter une liberté de circulation établie par le droit primaire, telle la liberté de circulation des capitaux — hypothèse vue par la Cour de justice dans les arrêts précités à propos de traités d'investissement.

Pour les traités futurs, il ne devrait pas être exclu de prévoir une délégation de pouvoirs aux Etats membres, dans le souci de permettre le maintien ou le développement de relations privilégiées avec certains pays tiers avec lesquels la Communauté n'entretient pas de telles relations (comp., à propos des règlements Rome I et II, la proposition de règlement du 23/12/2008, doc. COM 2008, 893, dossier interinstitutionnel 2008/0259 COD).

S'agissant des traités conclus avec des pays tiers en des matières particulières, la compétence exclusive acquise par la Communauté du seul fait de l'exercice de sa compétence interne en adoptant le règlement Bruxelles I exclut la compétence des Etats membres pour le futur. Pour les traités existants, il suffit d'utiliser les termes actuels de l'article 71 du règlement.

ANNEXE V

Rapport sur les relations entre le règlement 44/2001 et l'arbitrage

par Catherine KESSEDJIAN

Rapport soumis à la discussion lors de la réunion de Padoue

GEDIP

Réunion de Padoue

Septembre 2009

Rapport sur les relations entre le Règlement 44/2001 et l'arbitrage

Catherine Kessedjian

Professeur

Directeur adjoint du Collège européen

Université Panthéon-Assas Paris II

Introduction

1. Nous avons collectivement décidé (au moins à la suite des quelques réponses reçues à la question posée au groupe par l'auteur de ce rapport) que nous n'élargirions pas le débat au-delà du rapport entre l'arbitrage et le Règlement 44/2001. Pourtant nous savons que le débat est pertinent aussi vis-à-vis du Règlement Rome I (voire Rome II) comme nous l'a rappelé Andreas Bucher à plusieurs reprises déjà. De la même manière, des questions ont surgi dans certains Etats membres sur l'interférence d'une procédure d'insolvabilité et l'arbitrage qui ont reçu des réponses différentes selon les Etats membres (1). A cet égard, deux décisions récentes rendues l'une en Allemagne et l'autre en Grande Bretagne (2) sont pertinentes si le groupe souhaitait entrer en matière. Si jamais il était décidé de supprimer l'exception d'arbitrage dans le Règlement 44/2001 révisé, cette décision soulèvera immanquablement la question de savoir si l'on ne devrait pas alors supprimer cette exception également dans les autres règlements de DIP, à l'exclusion du Règlement injonction de payer qui ne la contient pas aujourd'hui (3). La même question, enfin, doit être posée en ce qui concerne la Convention de La Haye de 2005 qui exclut également l'arbitrage, au moment où elle a été signée par la République Tchèque au nom de la Communauté(4) .

2. Pour les besoins de la discussion à Padoue, il convient de ne pas perdre de vue que le Rapport de Heidelberg(5) a publié les propositions que nous connaissons alors même que la très grande majorité des rapports nationaux qui ont servi de base au rapport général se sont prononcés contre la modification du Règlement 44/2001 en ce qui concerne l'exception d'arbitrage(6) .

3. Par ailleurs, le seul texte international que nous étudierons en rapport avec le Règlement 44/2001 sera la Convention de New York de 1958. Cependant, une étude plus complète aurait normalement dû aborder aussi la Convention de Washington du 18 mars 1965 ayant institué le CIRDI, de même que la Convention de Genève de 1961 bien que celle-ci soit très peu invoquée(7) . Je n'aborderai pas non plus les textes de la CNUDCI (notamment la loi modèle) qui ne sont pas directement applicables alors même qu'ils correspondent à un certain consensus international. Enfin, je ne passerai pas en revue le droit de l'arbitrage des 27 Etats membres (8) afin de déterminer si et comment ces règles ne parviennent pas, sans l'aide du

Règlement 44/2001, à donner une solution satisfaisante aux quelques difficultés qui peuvent naître de la mise en œuvre de l'arbitrage (9).

4. Je propose de ne pas reprendre en tant que telles les questions posées par le livre vert (question 7) tant il est évident que tout le monde ne peut que répondre par l'affirmative. Qui en effet, ne veut pas « renforcer l'efficacité des conventions d'arbitrage » ? Qui n'a pas à cœur d'assurer « une bonne coordination des procédures judiciaires et arbitrales » ? Qui, enfin, ne souhaite pas « accroître l'efficacité des sentences arbitrales » (à supposer que cela soit un réel besoin) ? Plutôt donc que de répondre à ces questions quelque peu biaisées, je vais poser les questions telles qu'elles se présentent en pratique tout en attirant l'attention du groupe d'abord sur deux remarques préliminaires qui, selon la réponse qu'apportera le groupe, permettront, éventuellement, de ne pas entrer en matière.

I – Remarques préliminaires

5. Deux remarques préliminaires s'imposent qui, sous des angles différents, traitent en réalité de la même question. La première a trait au niveau auquel le droit de l'arbitrage doit être règlementé. Appartient-il aux Etats membres d'agir et, éventuellement de le faire par des conventions internationales les liant aux autres Etats membres et aux Etats tiers ? Convient-il au contraire de légiférer au niveau communautaire ? La seconde remarque a trait à la question de l'uniformité supposée nécessaire au sein des Etats de l'Union en matière d'arbitrage.

1°) Le niveau de législation

6. Cette question doit être abordée du point de vue des compétences de la Communauté ainsi que du point de vue pratique. En ce qui concerne les compétences de la Communauté, l'article 65 du Traité instituant la Communauté européenne ne contient aucune référence à l'arbitrage, si bien que dans le présent régime la seule compétence en matière d'arbitrage relève des Etats membres en vertu de l'article 293 du même Traité. Certains, cependant, interprètent l'article 65 de manière extensive en disant que l'arbitrage est visé indirectement par l'article 65 a) 3ème tiré lorsqu'il utilise l'expression « décisions extrajudiciaires ». De plus, selon les mêmes auteurs, l'article 65 c) en ce qu'il vise la procédure civile pourrait également couvrir toutes les règles de procédure nécessaires en marge de l'arbitrage proprement dit. Avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les deux domaines de compétence de l'article 65 actuel se retrouvent respectivement à l'article 81. 2. a) et f). De surcroît, l'alinéa g) mentionne les mesures visant à assurer « le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges ». Cette expression est ambiguë. Selon le contexte, certains auteurs ou certains textes législatifs englobent ou non l'arbitrage. Jusqu'à maintenant en Europe, cette expression vise les modes non juridictionnel de règlement des différends, donc pas l'arbitrage.

7. En ce qui concerne le pouvoir conféré aux Etats membres par l'article 293, on sait que les Etats membres ont préféré ne pas agir dans le domaine parce que : (1) l'arbitrage est un mécanisme de justice privée dans lequel l'autonomie de la volonté joue un rôle essentiel ; (2) l'arbitrage s'est développé de manière satisfaisante dans son ensemble sans avoir besoin d'une interférence étatique marquée (10); (3) au moins une convention internationale règlemente la matière qui n'est pas spécifique aux relations intra-communautaires, mais concerne de manière très intriquée les relations avec les Etats tiers. Notons, enfin, que de toute manière l'article 293 est supprimé dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

8. De ce qui précède, il convient de conclure que la seule compétence de la Communauté se limite aux cas où les parties auraient besoin de faire appel à un juge étatique, en cas d'hésitation sur la portée d'une convention d'arbitrage ou en cas de difficulté dans la mise en œuvre de la procédure arbitrale, cas normalement marginaux (11). Mais ces hypothèses doivent être comprises dans le contexte plus large de la réforme du Règlement 44/2001. Or, la Commission semble déterminée à étendre le Règlement 44/2001 aux relations avec les Etats tiers (12). Le lien entre d'une part la suppression de l'exception d'arbitrage et, d'autre part l'extension du futur règlement aux Etats tiers, n'est fait à ma connaissance par aucune des contributions reçues en réponse au livre vert. Il me semble pourtant que là réside la plus grande objection à la suppression de l'exception d'arbitrage. En effet, les éventuelles solutions imaginées par la Commission, qui accompagneraient la suppression de l'exception d'arbitrage, ne seront pas applicables seulement dans des litiges limités à l'Union européenne, mais seront applicables dès qu'une procédure d'arbitrage se déroulera sur le territoire de l'Union européenne, alors même que le litige n'a aucun lien avec l'Union (13). Or deux raisons au moins militent en faveur d'une reconsidération de l'abolition éventuelle de l'exception d'arbitrage couplée avec une extension du Règlement aux Etats tiers : l'une juridique, l'autre politique.

1.1. Une raison juridique

9. Les difficultés éventuellement rencontrées en pratique qui ont trait aux questions 7.1 et 7.3 dans le livre vert de la Commission sont réglées par la Convention de New York de 1958 à laquelle tous les Etats membres de l'Union européenne sont parties avec un large réseau d'Etats tiers, dont tous les partenaires commerciaux de l'Union. A défaut de solution dans la

Convention de New York, les Etats membres ont tous développé des règles qui, dans l'ensemble, donnent satisfaction. Toute règle communautaire nouvelle aura pour conséquence d'ajouter un niveau de réglementation qui compliquera singulièrement les choses, sauf à dire que les Etats n'ont plus le pouvoir de créer des règles en la matière, ce qui, pour le moment, n'est pas le cas.

10. De surcroît, insérer l'arbitrage dans le Règlement 44/2001 aura pour effet d'engendrer un contentieux spécifique entièrement nouveau sur l'applicabilité respective des nouvelles règles communautaires et de la Convention de New York. Certes, on peut penser que ce contentieux sera temporaire. Mais comme, au sein de l'Union, ce contentieux devra inmanquablement venir devant la Cour de Justice, on peut d'ores et déjà prédire l'orientation qu'il prendra, si bien que s'accroîtra la diversité internationale des solutions. L'éventuel gain « communautaire » vaut-il la chandelle qui consiste à isoler l'Union européenne parmi les pays qui offrent des services d'arbitrage ? Quant à l'argument brandi de la nécessaire uniformité, il fera l'objet d'un développement séparé ci-dessous.

1.2. Une raison politique

11. Il ne faut pas se voiler la face : toute solution éventuellement donnée dans le Règlement 44/2001 révisé, si elle ne rencontre pas la faveur des milieux utilisant l'arbitrage comme mode naturel de règlement des différends, aura pour conséquence, d'éliminer petit à petit les places européennes au profit de la Suisse (14) et, éventuellement, de New York, Singapour etc... Les centres d'arbitrage se multiplient dans le monde, certains d'entre eux étant très actifs, notamment dans des pays émergents pour attirer les affaires à eux. Ils sont aidés en cela par des règlements d'arbitrage modernes et un environnement législatif très attractif et sécurisant pour les opérateurs. Or, pour le moment, à ma connaissance, aucune des places d'arbitrage montantes (« up and coming ») ne possèdent les règles qui sont désormais proposées par la Commission dans son livre vert. Cela ne veut pas dire que ces règles, si elles étaient adoptées en Europe, ne seraient pas ensuite imitées. Pour le moment, en tout cas, il n'y a aucune garantie qu'elles fonctionneront avec satisfaction et on se demande si l'Europe veut vraiment prendre le risque d'essuyer les plâtres.

12. Dans la concurrence majeure que se font certains pays de l'Union et la Suisse en tant que place d'arbitrage, la Suisse aura un avantage indéniable puisque la nouvelle Convention de Lugano qui entrera en vigueur en 2010 (15) comporte l'exception d'arbitrage inchangée et que celle-ci demeurera encore longtemps ainsi si on en juge par la longueur des négociations qui a été nécessaire pour adapter la Convention au Règlement.

2°) La question de l'uniformité

13. Sous-jacente à de nombreuses contributions en réponse au livre vert ainsi que dans le rapport et le livre vert eux-mêmes, se trouve la question de l'uniformité supposée nécessaire, dans le domaine de l'arbitrage, entre les Etats membres. On note, d'abord que la Commission se garde d'utiliser directement le concept d'uniformité, mais en rappelant que tous les Etats membres n'ont pas les mêmes règles, elle parle d'incertitudes (16).

14. Cette supposée nécessité n'est fondée sur aucune explication plausible. En premier lieu, l'uniformité n'est pas une valeur en tant que telle et pour qu'elle devienne le but d'un exercice législatif, encore faut-il prouver que la diversité pose problème. Contrairement à ce que dit la Commission, beaucoup des difficultés dont elle fait la liste ne reçoivent pas des solutions incertaines mais des solutions différentes selon les Etats membres. Ces diversités ont-elles entraîné un mécontentement de la part des usagers de l'arbitrage ? Pas à ma connaissance. Certes, la diversité entraîne nécessairement une pluralité de solutions et donc une concurrence entre les systèmes. Mais les praticiens de l'arbitrage s'accommodent parfaitement de cette concurrence.

15. Beaucoup plus important, il convient de ne pas perdre de vue que, si diversité il y a, elle est prévue par la Convention de New York elle-même qui, dans son article VII, permet aux Etats parties à la Convention de faire mieux que le texte de la Convention. Vouloir revenir sur cette diversité au nom d'une supposée nécessité d'uniformité non démontrée me paraît aller à l'encontre d'une interprétation raisonnable du droit international et de son application par les Etats membres de l'Union.

16. Compte tenu de ce qui précède, il me semble que le niveau auquel on doit se placer pour réformer les rapports entre arbitrage et procédures judiciaires est le niveau international, pas le niveau communautaire. Pourquoi la Commission ne prendrait-elle pas l'initiative (par l'intermédiaire de ses Etats membres) pour qu'une telle négociation débute sans tarder au sein de la CNUDCI (17) ?

II – Questions pratiques

17. Dans cette section, j'analyse les différents problèmes d'interférence entre une procédure arbitrale et une procédure judiciaire, en essayant de respecter un ordre un tant soit peu logique. Toutefois, l'analyse montre très rapidement que toutes les questions sont intimement liées si bien que évoquer l'une entraîne nécessairement des incidences sur une autre. Autant

que faire se peut les redondances seront évitées, mais elles n'ont pas pu être complètement éliminées.

18. Avant d'entrer en matière, on doit rappeler qu'aucune étude empirique n'existe qui permettrait de savoir avec précision la fréquence des occurrences sur lesquelles nous travaillons. En effet, en matière d'arbitrage commercial, et contrairement à ce qui existe en matière d'arbitrage d'investissement, les procédures ne sont pas publiques, si bien qu'aucune statistique ne vaut. Les statistiques des centres d'arbitrage sont une indication, mais elles ne suffisent pas à donner une image exacte de l'importance de l'arbitrage puisque ne sont jamais comptabilisées les nombreuses procédures arbitrales ad hoc. De surcroît, la plupart des centres d'arbitrage n'assurent pas le suivi des procédures judiciaires en marge des affaires arbitrales qu'ils administrent. Il convient donc de prendre avec prudence les chiffres disponibles car ils mettent en lumière les seules procédures « publiques » portées à notre connaissance du fait qu'une procédure judiciaire existe en marge d'une procédure arbitrale. Bien que l'on ait tendance à considérer que « c'est encore trop », on doit vraisemblablement admettre que dans la très grande majorité des cas, les procédures arbitrales se déroulent sans difficulté. De telle sorte que l'on a une vision distordue des supposées difficultés pratiques. Et même si l'on accepte le fait que les procédures « à problème » sont en augmentation, celle-ci est probablement proportionnelle à l'essor de l'arbitrage comme mécanisme « normal » de règlement des différends. Ceci constitue donc une raison supplémentaire pour réfléchir à deux fois avant de légiférer encore en la matière.

2.1. Le rôle du lieu (siège) de l'arbitrage

19. Intéressons-nous d'abord au rôle du lieu de l'arbitrage. En premier lieu, il est nécessaire de comprendre la différence juridique qui se cache derrière la sémantique. En utilisant l'expression « lieu de l'arbitrage » ou comme le fait la CCI « place de l'arbitrage », on ne vise qu'un lieu géographique sans aucune conséquence automatique quant à l'applicabilité de la loi de ce lieu, que ce soit en tant que *lex arbitri*, que ce soit en tant que loi applicable à la procédure (18). En revanche, l'expression « siège de l'arbitrage » est beaucoup moins neutre. Bien entendu, la plupart du temps, il s'agit du même lieu géographique que dans l'expression précédente, mais cette fois, en utilisant une expression qui est plus généralement utilisée pour un juge, il est possible de déduire toutes sortes de conséquences juridiques du choix du siège par les parties (19).

20. Ceci étant dit, plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, si un certain nombre de conventions d'arbitrage prévoient effectivement le lieu de l'arbitrage, d'autres ne le font pas et renvoient la détermination de ce lieu à plus tard (généralement lorsque le litige est né et que le recours à l'arbitrage est certain et a déjà eu lieu – au moins en ce qui concerne la demande d'arbitrage). Il n'est pas fortuit, à cet égard, que la clause modèle de la CCI ne comporte pas la désignation d'un tel lieu (20), si bien que dans un certain nombre de cas, le lieu (ou le siège) de l'arbitrage ne sera pas connu lorsque se poseront les questions pratiques que nous étudierons ci-dessous. Or, la détermination du lieu de l'arbitrage par le centre d'arbitrage ou par les parties a posteriori arrivera trop tard pour les besoins des problèmes pratiques à régler.

21. La seconde remarque a trait à la valeur de l'expression de volonté par les parties dans leur convention d'arbitrage. Les propositions de la Commission vont entraîner la nécessité pour les parties, dès la conclusion de leur accord d'arbitrage, qu'elles s'entendent expressément sur la valeur à accorder à leur choix de lieu d'arbitrage, même si elles utilisent l'expression « siège ». En effet, tous les Etats membres de l'Union européenne ne déduisent pas les mêmes conséquences du choix du siège. Le Royaume Uni est probablement le pays qui tire le plus de conséquences juridiques du siège de l'arbitrage (21) puisque le *Arbitration Act* de 1996, permet (22), par exemple, le recours au juge pour l'interprétation d'une question de droit anglais (23). Quant à la France, bien que l'expression n'apparaisse pas en tant que telle ni dans les textes ni dans la jurisprudence, on s'accorde à dire que le juge du lieu de l'arbitrage est disponible en tant que « juge d'appui » pour toute difficulté qui naîtrait durant le processus arbitral (24).

22. Quelle que soit la conception que l'on a du lieu de l'arbitrage, il convient également de ne pas enfermer la liberté accordée aux parties dans des limites qui ne cadrent pas bien avec le fait que l'arbitrage est un mode privé de règlement des différends dont l'un des buts est de sortir des procédures nationales. En donnant un rôle privilégié (qui plus est une compétence exclusive) au juge (et au droit ?) du lieu (siège) de l'arbitrage, on limite l'expression de l'autonomie de la volonté, sans que l'on ne perçoive aucune justification, ni théorique, ni pratique, à cette limite.

23. Enfin, à la suite du Rapport de Heidelberg (§124), la Commission propose une règle de compétence subsidiaire pour les cas où le lieu/siège de l'arbitrage n'auraient pas été fixés dans la convention d'arbitrage. Dans ce cas, les parties pourraient saisir le juge qui aurait été compétent pour connaître du litige en l'absence de convention d'arbitrage. Cette « solution » entraînera cependant exactement la conséquence que la Commission cherche à éviter : elle multipliera les procédures parallèles. Cette conséquence est dictée par la structure même du Règlement 44/2001 qui offre au demandeur des fors multiples (par exemple l'article 2, l'article

5.1 et l'article 5.5). Une telle règle va donc donner beaucoup de possibilités procédurales pour une partie qui veut absolument retarder la mise en œuvre de la convention d'arbitrage.

24. En d'autres termes, la proposition de la Commission concernant le rôle du siège de l'arbitrage, est faite sans qu'une réflexion d'ensemble ait été menée, les conclusions du Rapport de Heidelberg étant insuffisantes à cet égard.

2.2. La validité de la convention d'arbitrage

25. Notons d'abord que si l'on ne mentionne ici que la validité de la convention d'arbitrage, des questions similaires se posent quant à l'existence et à l'ampleur de la convention (quelles personnes ou entités sont liées (25), quels litiges sont visés) si bien que ce que nous allons développer ci-dessous peut, mutatis mutandis, s'appliquer également à ces autres questions.

26. Comment les choses se présentent-elles pour le moment ? Lorsqu'un contrat (26) comporte une convention d'arbitrage, les tribunaux des Etats partie à la Convention de New York doivent appliquer l'article II de la Convention. Ce texte, en effet, doit s'appliquer dès que la question de la « validité » de la convention d'arbitrage est en jeu, alors même que l'on n'est pas encore au stade de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale (27). Le troisième paragraphe de l'article II prescrit au tribunal de renvoyer les parties à l'arbitrage lorsqu'il est « saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, [...] à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. ». En outre, le tribunal ne peut pas agir sua sponte, puisque l'article II précise que le tribunal doit agir uniquement « à la demande de l'une des parties ». Cette exigence se comprend puisque le silence des parties sur l'existence d'une convention d'arbitrage peut être interprété comme un nouvel accord de volonté annihilant l'accord précédent d'aller à l'arbitrage.

27. Les tribunaux des Etats membres ont, dans l'ensemble, donné toute la mesure à ce texte, interprétant de manière relativement restrictive les trois cas dans lesquels il est légitime pour une juridiction nationale de ne pas renvoyer les parties à l'arbitrage. Les divergences ne sont pas importantes et celles qui existent sont justifiées par des considérations de substance ayant trait soit à l'arbitrabilité, soit à des questions de licéité (28), soit encore à des questions d'absence de preuve de la convention d'arbitrage.

28. Par exemple, la Cour de cassation française a adopté, à la suite de la Cour d'appel de Paris, une conception tellement restrictive de l'article II-3 que même lorsqu'il est évident que la question en litige n'entre pas dans le champ d'application de la convention d'arbitrage, elle admet qu'il faut néanmoins renvoyer les parties à l'arbitrage (29). De plus, la Cour d'appel de Paris, généralement approuvée par la Cour de cassation, a interprété de manière très restrictive les trois exceptions de l'article II-3 si bien que les seuls cas dans lesquels les tribunaux français ne renverront pas les parties à l'arbitrage sont ceux dans lesquels la convention d'arbitrage est « manifestement nulle ou impossible à mettre en œuvre » (30).

29. Cette attitude des juridictions françaises est justifiée par deux raisons. Tout d'abord, on peut développer un argument selon lequel, expressis verbis, la Convention de New York ne précise pas qui, du tribunal arbitral ou des tribunaux nationaux, a priorité pour décider de la validité de la convention d'arbitrage. Or le droit de l'arbitrage d'un certain nombre de pays a développé le concept dit de « compétence-compétence » et d' « effet négatif » de la « compétence-compétence », selon lequel le tribunal arbitral (et pas les juridictions nationales) est compétent pour statuer sur sa propre compétence, sous réserve de ce que dira le tribunal de l'exécution, puisque cette question, au cœur de l'arbitrage, ressurgira au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence (31). Selon une interprétation classique, la Convention de New York ne se prononce qu'indirectement sur cette question de priorité. En effet, au titre de l'article II-3, c'est le tribunal arbitral qui a priorité pour statuer sur la validité de la convention d'arbitrage, à moins que la validité ne dépende des trois exceptions prévues au texte et rappelées ci-dessus (caducité, inopérabilité et insusceptibilité d'application). Mais la seconde raison permet d'aller encore plus loin. On l'a déjà rappelé, l'une des particularités de la Convention de New York tient à son article VII par lequel les Etats partie à la Convention peuvent développer des règles plus favorables à l'arbitrage que celles prévues par la Convention (32). On peut donc dire qu'en ayant une interprétation très restrictive des conditions et exceptions de l'article II-3, la France a utilisé la liberté qui lui est donnée par la Convention elle-même. La diversité de solutions qui peut intervenir selon les Etats membres est donc prévue par la Convention. Notons à cet égard que la Convention de Genève de 1961 est beaucoup plus précise, puisqu'elle organise expressis verbis cette priorité du tribunal arbitral dans son article VI(3) (33), à condition, toutefois, qu'il ait déjà été saisi.

30. La question qu'il nous revient d'examiner peut être énoncée ainsi : revient-il au Règlement Bruxelles I de se prononcer sur la priorité entre tribunaux nationaux et tribunal arbitral sur la question de la validité de la convention d'arbitrage ? En effet, la proposition de la Commission, qui rejoint celle faite par le rapport de Heidelberg ainsi que par certains juristes anglais (34) de donner compétence exclusive aux juridictions du lieu de l'arbitrage appelé « siège de l'arbitrage » entraîne nécessairement un amendement, ou au mieux un complément, à la Convention de New York qui pourrait entraîner un renversement de la priorité désormais

adoptée par un certain nombre d'Etats membres. En toute logique, c'est donc à la sphère internationale d'agir.

31. Pour le moment, aucun projet en ce sens n'est prévu, au niveau international, même si la CNUDCI continue à travailler sur la réforme de l'arbitrage (35) et on ignore si une telle négociation peut s'ouvrir prochainement et si elle sera couronnée de succès. En attendant, la Commission propose donc de procéder à cette réforme unilatéralement par la révision du Règlement 44/2001. Les « milieux » de l'arbitrage ont réagi en disant que cela va à l'encontre de l'intention des parties quand elles signent une convention d'arbitrage car elles souhaitent placer leur différend en dehors de toute procédure judiciaire nationale. Ces mêmes milieux disent que l'effet de cette nouvelle règle sera inmanquablement d'entraîner un contentieux nouveau par lequel les parties chercheront systématiquement à faire valider leurs clauses par la juridiction du siège avant de procéder. En l'état de la pratique il est vraiment impossible de prédire exactement ce que sera l'attitude des parties. Aurons-nous effectivement un contentieux abondant (alors qu'il est minimal en ce moment) ? Il me semble que nous n'avons pas les moyens de le dire. On pourrait tenter de raisonner par analogie avec l'introduction au Québec du forum non conveniens. Quand cette nouvelle règle a été introduite, le législateur et la communauté des juristes de droit international pensaient que le contentieux généré par cette nouvelle règle se tasserait petit à petit pour ensuite disparaître quasi certainement lorsque la jurisprudence aurait défini les limites dans lesquelles cette exception à l'exercice de la compétence juridictionnelle peut être invoquée. Il n'en a pas été ainsi et le contentieux est toujours abondant. On peut se demander si la jurisprudence sur la question de la validité de la convention d'arbitrage ne suivra pas le même chemin. Certes, c'est une question moins ouverte que celle du forum non conveniens. Mais elle se pose néanmoins.

32. En réalité, l'objection principale contre cette règle a été rappelée ci-dessus au paragraphe 20. Elle tient à ce que, dans un assez grand nombre de cas, les clauses d'arbitrage ne comportent pas de « lieu » d'arbitrage désigné. Si bien qu'aucun autre tribunal ne peut avoir une légitimité évidente pour statuer sur cette question, aucune règle par défaut n'étant véritablement légitime.

33. Une autre difficulté, procédurale cette fois, tient à ce que la forme du jugement déclaratoire n'existe pas dans tous les Etats membres si bien que, sans une réforme du droit de la procédure de ces Etats membres, la proposition de la Commission demeurera impossible à mettre en œuvre. On ne voit pas que cette réforme puisse être accomplie par le Règlement 44/2001 lui-même. Si cela passe par un acte séparé, celui-ci ne règlera pas seulement les actions déclaratoires pour les besoins de l'arbitrage (cela serait particulièrement étrange). La durée de préparation et d'adoption d'un acte de cette nature sera relativement longue. Devra-t-on suspendre l'entrée en vigueur de la réforme du Règlement 44/2001 (partie sur l'arbitrage, seulement ?) en attendant que ce nouvel acte soit lui-même entré en vigueur ?

34. Le livre vert suggère encore d'insérer dans le Règlement 44/2001 une règle de rapidité de la procédure par laquelle un tribunal statuera sur la validité de la convention d'arbitrage. Cette proposition qui, en théorie paraît effectivement susceptible d'éviter les abus de procédure, appelle néanmoins plusieurs remarques. Le droit de la procédure est pour le moment quasiment laissé entièrement entre les mains des Etats membres sauf quelques questions spécifiquement internationales comme la notification ou l'obtention des preuves à l'étranger. De plus, la Cour de Justice a toujours reconnu l'autonomie procédurale des Etats membres. Or, ce serait par une règle concernant l'arbitrage que les institutions communautaires commenceraient à s'intéresser à la durée des procédures. La seule formulation de cette hypothèse montre toute la controverse qu'elle va susciter. De plus, comme au paragraphe précédent, on ne voit pas que cette modification puisse être faite dans le Règlement 44/2001.

35. Le livre vert parle encore d'instaurer une règle de conflit de lois uniforme concernant le droit applicable à la question de la validité des conventions d'arbitrage, renvoyant, par exemple, à la législation de l'Etat où se déroule l'arbitrage (donc à nouveau le siège). Outre l'argument formel qui consiste à douter que la place d'une telle règle de conflit de lois soit dans le Règlement 44/2001, cette proposition montre que la Commission ignore l'évolution du droit de l'arbitrage depuis environ 50 ans. Dans un grand nombre de pays européens (et en dehors de l'Europe) le droit de l'arbitrage n'a eu de cesse que de développer des règles matérielles de validité des conventions d'arbitrage pour éviter de passer par le truchement, toujours compliqué, du conflit de lois (36). C'est également ce qu'a fait la Convention de New York dans son article II. Et, maintenant, on reviendrait à une règle de conflit. Ce serait une réforme totalement à l'inverse du sens de l'histoire.

36. Enfin, la Commission suggère que la suppression de l'exception d'arbitrage entraînera la reconnaissance et l'exécution automatique des décisions judiciaires rendues sur la question de la validité des conventions d'arbitrage. A ma connaissance, il n'existe que très peu de cas dans lesquels un tribunal d'un Etat membre a refusé de reconnaître une décision rendue par une juridiction d'un autre Etat membre statuant uniquement sur la validité d'une convention d'arbitrage. On cite toujours l'affaire *Legal Department du Ministère de la justice de la République d'Irak c. Fincantieri* (37) dans laquelle la Cour d'appel de Paris a refusé d'appliquer le Règlement 44/2001 à la reconnaissance d'une décision italienne se prononçant sur la validité de plusieurs clauses compromissaires insérées dans des contrats d'armement conclus entre la République d'Irak et plusieurs sociétés italiennes (38). On peut, cependant,

voir la même attitude dans l'affaire jugée par Mrs Justice Gloster que l'on étudiera ci-dessous au §40. La proposition de la Commission ne prend pas en compte le fait que, pour beaucoup de pays, la violation d'une convention d'arbitrage considérée comme valable est contraire à l'ordre public. C'est ce qu'a jugé la Cour d'appel de Paris et ce que suggère également Mrs Justice Gloster. C'est également ce que dit le Rapport de Heidelberg (§118). Cet aspect des choses est complètement passé sous silence par la Commission mais ne peut pas être ignoré.

37. Pour toutes ces raisons, il ne semble pas que la proposition de la Commission doive recevoir un accueil positif.

38. La seule hypothèse qui pourrait éventuellement avoir un avenir (mais il faudrait absolument la tester avec les utilisateurs de l'arbitrage) pourrait prendre la forme suivante :

- Elle s'appliquerait uniquement dans les cas visés in fine par l'article II(3) de la Convention de New York, c'est-à-dire les cas dans lesquels le tribunal saisi en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage a le droit de statuer sur la validité et l'étendue de cette convention (39).
- On développerait une règle de droit matériel interprétant les trois cas de l'article II (3) de la Convention de New York.
- Il faudrait décider du sort de l'ordre public des Etats membres, notamment sur les questions d'arbitrabilité.
- On instituerait une règle de compétence exclusive en cascade : (1) autonomie de la volonté ; (2) lieu de l'arbitrage ; (3) à défaut (?).
- On instituerait une procédure de référé avec pourvoi immédiat devant la plus haute juridiction qui doit statuer dans un bref délai.
- On obligerait le tribunal arbitral éventuellement déjà saisi à surseoir en attendant la fin de cette phase.
- On prévoirait la reconnaissance et l'exécution automatique de la décision sur la validité de la convention d'arbitrage, tout en instaurant l'impossibilité de revenir sur cette question au stade de l'effet de la sentence arbitrale, en ayant pris le soin de décider quelle serait la place de l'ordre public de l'Etat de reconnaissance ou d'exécution.

39. De ce qui précède, il apparaît clairement que tout cela ne peut pas être fait par une réforme à la va-vite du Règlement 44/2001, mais doit être réfléchi, discuté avec les opérateurs et spécialistes de l'arbitrage.

2.3. Les anti-suit injunctions

40. J'ai écrit par ailleurs (40) (et je n'ai pas changé d'avis depuis) que les injonctions anti-procédure (ou anti-poursuite) ne sont pas les meilleures inventions procédurales que l'on puisse souhaiter dans un monde de plus en plus interdépendant. C'est pourquoi, je pense que la décision de la CJCE dans l'affaire Turner est la bienvenue. En revanche, comme je l'ai aussi écrit, la décision dans l'affaire *Front Comor v. West Tankers* est une décision malheureuse (41). Le résultat direct de cette décision est que les procédures parallèles sont autorisées et vont vraisemblablement se multiplier. On en a eu un exemple immédiatement après *West Tankers*, dans une affaire jugée le 1er avril 2009 par la High Court (*Queen's Bench Division National Navigation Co v. Endesa Generacion Sa* (42)). Comme dans *West Tankers*, les parties étaient liées par une convention d'arbitrage. Cette convention était incorporée au contrat par référence au connaissance. Néanmoins, l'une des parties a saisi le tribunal d'Almeria en Espagne, tribunal qui s'est déclaré compétent. Mrs Justice Gloster considère, à juste titre, que *West Tankers* a un effet obligatoire et que, dans ces conditions, elle ne peut prononcer une injonction anti-procédure à l'encontre du défendeur. Ayant dit cela, le juge décide cependant qu'il ne lui est pas demandé de reconnaître ni exécuter le jugement rendu par le tribunal d'Almeria qui, à son avis, est contraire à l'ordre public du Royaume Uni pour avoir violé l'accord d'arbitrage. Par ailleurs, dit-elle, on ne me demande pas de reconnaître le jugement espagnol s'étant prononcé sur la validité ou l'étendue de la convention d'arbitrage, si bien qu'il me revient de me prononcer sur ces questions de validité de manière indépendante.

41. Un autre exemple peut encore être tiré de la jurisprudence anglaise. Le 7 mai 2009, Justice Cooke, dans l'affaire *Sashoua* (43), a refusé d'étendre l'application de *West Tankers* à une affaire d'injonction anti-procédure alors que les procédures en cause se déroulaient en Inde. La convention d'arbitrage était insérée dans la convention d'actionnaires d'une société créée en vertu du droit de l'Inde. Le lieu de l'arbitrage (venue) était fixé à Londres. De très nombreuses procédures judiciaires ont opposé les parties dans le cours de l'arbitrage. Principalement, l'une des sociétés défenderesses ayant commencé une procédure en Inde pour faire juger qu'il n'existait aucune convention d'arbitrage valide la concernant, le demandeur à la procédure d'arbitrage (toujours pendante) demandait à la juridiction anglaise de prononcer une injonction anti-procédure (44). Le Tribunal explique : "*Not only is there agreement to the curial law of the seat, but also to the courts of the seat having supervisory jurisdiction over the arbitration, so that, by agreeing to the seat, the parties agree that any challenge to an interim or final award is to be made only in the courts of the place designated as the seat of the arbitration.*". Les parties se battaient sur le point de savoir si le siège d'un arbitrage peut être différent du lieu de cet arbitrage (le contrat prévoyait "*the venue*" pas "*the seat*" de l'arbitrage). Compte tenu des facteurs localisés en Inde, le défendeur prétendait que bien que les parties aient choisi Londres comme lieu de l'arbitrage, le siège (c'est-à-dire le lieu

juridique) devait être l'Inde. Même s'il admet en principe qu'il peut y avoir dichotomie entre le lieu et le siège de l'arbitrage (para 26), le juge estime cependant que, en l'occurrence, le siège de l'arbitrage devait aussi être fixé à Londres.

42. Sur la question de l'extension de *Front Comor* à la situation présente, Justice Cooke analyse (para 36) le raisonnement de la Cour de Justice et conclut : "*None of this has any application to the position as between England and India*". Il poursuit immédiatement après : "*The body of law which establishes that an agreement to the seat of an arbitration is akin to an exclusive jurisdiction clause remains good law.*" (para 37). L'arrêt *Owusu* n'a été invoqué par aucune des parties et Justice Cooke n'en parle pas. Or, quand on lit le raisonnement de la Cour de justice dans les deux décisions *Owusu* et *Front Comor*, on peut voir des arguments identiques tels que l'uniformité d'application, l'intégrité du système etc... Il m'apparaît donc, qu'en l'état du droit communautaire (*Owusu* + *West Tankers*), la décision de Justice Cooke aurait dû aller dans l'autre sens et il aurait dû refuser de prononcer l'injonction. En tout état de cause, c'est ce qui devra être fait lorsque le Règlement 44/2001 sera étendu aux Etats tiers.

43. En conclusion de cette section, on peut dire que, pour interdire les injonctions anti-procédure, y compris lorsqu'elles sont destinées à protéger l'arbitrage, on n'a pas eu besoin d'une réforme du Règlement 44/2001. La Cour de Justice s'est chargée, à tort ou à raison, d'en disposer sans attendre que l'on supprime l'exception d'arbitrage dans le Règlement. Donc, pour ce qui de cette question, la réforme est inutile.

2.4. La supposée litispendance

44. On doit tout d'abord noter que les cas de litispendance vont être plus nombreux compte tenu de la décision de la Cour de Justice dans *Front Comor/West Tankers*, puisqu'il n'existe aucun moyen de faire stopper une procédure parallèle entamée dans un Etat membre alors même qu'une convention d'arbitrage avait été conclue entre les parties ou est alléguée. Les anglais ont inventé les injonctions anti-procédure, les français l'effet négatif de la compétence-compétence pour éviter un trop grand nombre de cas de litispendance, mais l'une comme l'autre de ces solutions ne semble pas avoir la sympathie des autorités communautaires.

45. Trois cas de litispendance sont possibles dont deux seulement nous intéressent ici. Dans le premier cas, le demandeur commence l'arbitrage et le défendeur poursuit le demandeur devant un tribunal étatique. Dans le deuxième cas, une partie procède devant un tribunal étatique malgré une convention d'arbitrage alors que l'autre partie commence l'arbitrage. Dans les deux cas c'est la validité de la convention d'arbitrage qui est en jeu. Dans le troisième cas, rappelé ici seulement pour mémoire, deux procédures d'arbitrage sont commencées en parallèle.

46. La Suisse a eu à connaître de ce problème. Une décision du Tribunal fédéral, dans l'affaire *Fomento* (45), avait cru pouvoir appliquer, par analogie, les règles de litispendance prévues à l'article 9(1) dans la loi de DIP suisse aux cas dans lesquels une procédure judiciaire et une procédure arbitrale sont pendantes concomitamment. La solution a été vivement critiquée et le législateur suisse a eu vite fait de renverser cette solution par un amendement à la loi de DIP par le biais de l'ajout, à l'article 186 de la loi (partie sur l'arbitrage) d'un paragraphe 1bis selon lequel le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence "sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure". Ce texte introduit donc en droit suisse l'effet négatif de la compétence-compétence.

47. A supposer que l'on accepte l'idée (46) qu'une situation de litispendance est effectivement créée lorsqu'une procédure judiciaire devant les juridictions d'un Etat et une procédure arbitrale existent en même temps, entre les mêmes parties et pour le même litige, quelles sont les différentes mesures qui pourraient être prises pour gérer cette situation (47)? On sait qu'il existe, en théorie au moins, quatre moyens pour sortir d'une situation de litispendance : (1) l'une des deux juridictions suspend sa procédure et, ensuite, après la vérification qu'un certain nombre de conditions sont remplies, décide de ne pas se saisir de l'affaire ; (2) une des deux juridictions décide d'enjoindre l'une des parties de ne pas poursuivre l'autre procédure ; (3) les deux procédures se poursuivent en parallèle et ce sont les règles d'autorité de chose jugée qui vont jouer une fois que l'une des procédures s'est terminée ; (4) un mécanisme de coopération entre les deux juridictions et les parties pour que le meilleur soit finalement choisi (48). Chacune de ces solutions, pourrait, en théorie, être mise en œuvre entre une procédure judiciaire et une instance arbitrale, si juge et tribunal arbitral avaient une mentalité de coopération. Malheureusement, l'idée est encore trop répandue selon laquelle si les parties ont choisi l'arbitrage c'est pour éviter les procédures judiciaires si bien qu'aucune solution raisonnable de coopération ne semble pouvoir trouver grâce aux yeux des spécialistes de l'arbitrage.

48. Dans une telle situation, que faire ? Le livre vert suggère, à mots couverts, que les règles de litispendance normales devraient s'appliquer en la matière. Il suggère que la suppression de l'exception d'arbitrage à l'article 1 du Règlement 44/2001 aurait cet effet automatique. Or, la solution adoptée par le Règlement (prééminence de la juridiction première saisie) déjà critiquable lorsque ce sont deux juridictions nationales qui sont saisies en même temps,

devient inacceptable lorsqu'il s'agit d'un arbitrage et d'une juridiction nationale. On sait en effet que la saisine d'un tribunal arbitral est beaucoup plus longue que la saisine d'une juridiction nationale, si bien que dans cette course au temps, la procédure arbitrale serait toujours perdante. De plus, cette solution, couplée avec le fait que l'on donne une compétence exclusive à la juridiction du siège, entraînera une pratique nouvelle –aller systématiquement vérifier la validité de la convention d'arbitrage- qui avait été évitée, non seulement par les législateurs nationaux ou internationaux, mais aussi par les parties qui ont décidé d'insérer une convention d'arbitrage dans leurs contrats. Comme l'a bien compris le législateur suisse, les règles classiques de litispendance sont inadaptées.

49. On doit d'ailleurs noter que, au début de l'ère moderne de l'arbitrage, le législateur international ne s'est pas vraiment inquiété des procédures parallèles. La loi modèle CNUDCI de 1985 autorise la poursuite de procédures parallèles, à la discrétion des arbitres (49). Plus récemment, le comité de l'arbitrage de l'ILA s'est ému de la situation insatisfaisante qui pouvait naître de cas de litispendance, notamment en ce qu'ils pouvaient conduire à ce que des décisions contradictoires soient rendues (50). Cependant, l'axe central de la résolution adoptée, et du rapport qui l'accompagne, consiste à s'adresser au tribunal arbitral et, tout en lui reconnaissant le pouvoir de poursuivre la procédure même en présence de procédures judiciaires parallèles, de tenir compte néanmoins de divers éléments pour apprécier s'il doit suspendre ou même arrêter la procédure arbitrale.

2.5. Les mesures provisoires

50. Le livre vert soutient que la suppression de l'exclusion de l'arbitrage pourrait permettre d'utiliser toutes les règles disponibles dans le Règlement 44/2001 pour obtenir des mesures provisoires, pas seulement l'article 31. Je dois dire que je ne comprends pas l'argument. Cette proposition n'est justifiée par aucune difficulté qui aurait pu naître en pratique, aucune affaire, à ma connaissance, n'ayant été rapportée qui aurait pu montrer un quelconque problème pour obtenir des mesures provisoires en présence d'une convention d'arbitrage. En effet, en vertu de l'exception d'arbitrage, la compétence pour prononcer une mesure provisoire relève du droit des Etats membres et leurs règles de compétence sont encore plus diverses et variées que celles du Règlement. Il n'y a donc absolument aucun besoin de supprimer l'exception d'arbitrage pour permettre aux parties d'avoir une variété de fors disponibles pour demander des mesures provisoires.

51. A titre d'exemple, on peut d'ailleurs citer une décision du tribunal de district d'Amsterdam qui, sans être lieu d'arbitrage, s'est quand même prononcé sur une affaire mettant en cause une requête d'une partie à une convention d'arbitrage pour une « *preliminary witness examination* » (51), requête qu'il accorde puisque, dit-il, les arbitres ne sont pas encore nommés et que la convention d'arbitrage ne s'oppose pas à ce que cette requête soit présentée. En vertu de l'article 187 du code de procédure néerlandais, une requête pour une *preliminary witness examination* doit être présentée au juge qui est normalement compétent pour connaître du fond de l'affaire. Le tribunal constate que, s'il n'existait pas de convention d'arbitrage, il serait compétent au fond puisque trois des défendeurs ont leur domicile dans son ressort et qu'en vertu de l'article 6.1. du Règlement Bruxelles I, il est aussi compétent vis-à-vis du 4ème défendeur. Cette décision est parfaitement légitime. Le tribunal n'applique pas l'article 31 du Règlement puisque, depuis l'arrêt St Paul Dairy (52), ce texte n'est pas applicable pour le type de mesure qui était demandée. Le tribunal n'a pas eu besoin d'une réforme du Règlement pour se déclarer compétent.

52. De plus, en pratique, même si un autre juge de l'Union avait pris une décision différente, cela n'aurait posé aucune difficulté. Les mesures provisoires sont très différentes d'un Etat membre à l'autre et les parties savent agir au lieu le plus approprié compte tenu de la mesure qu'elles souhaitent obtenir. En conséquence, la réforme du Règlement 44/2001 sur ce point n'est pas nécessaire.

2.6. L'exequatur des sentences arbitrales

53. Le livre vert propose d'instaurer une compétence exclusive au lieu de l'arbitrage pour « certifier la force exécutoire et l'équité procédurale » (sic) des sentences rendues sur son territoire afin que les sentences circulent ensuite librement dans l'Union. Il s'agit là d'une fausse bonne idée. Tout d'abord, on n'a pas attendu la réforme du Règlement 44/2001 pour développer, dans tous les Etats membres, au titre du droit de l'arbitrage, des règles organisant un ou plusieurs recours après qu'une sentence a été rendue. Quant à leur « circulation » des sentences, elle est organisée par la Convention de New York de 1958 et rien n'indique qu'une uniformité au sein de tous les Etats de l'Union est absolument nécessaire à ce stade. De surcroît, les sentences circulent parfaitement maintenant sans avoir besoin de passer encore une étape judiciaire de « certification ».

54. De toute manière, la proposition de la Commission est incomplète puisque rien n'est dit sur les décisions qui ne « certifient pas » les sentences, ou en d'autres termes qui « annulent » une sentence. La question se pose en pratique surtout avec la jurisprudence développée en France, dont le dernier avatar est la décision dans l'affaire *Putrabali* (53). Selon cette jurisprudence, la France se réserve la possibilité de reconnaître ou d'exécuter une sentence arbitrale même si elle a été annulée au siège de l'arbitrage.

55. Abordons maintenant la suggestion selon laquelle le monde de l'arbitrage irait beaucoup mieux si l'on prévoyait deux nouvelles règles dans le futur règlement: la première consisterait à interdire la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu en violation d'une convention d'arbitrage; la seconde permettrait de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement qui serait inconciliable avec une sentence arbitrale préalablement rendue (54). Ces deux suggestions pourraient apparaître comme bonnes, à première vue, mais se révèlent problématiques à l'étude. La première suggestion ne peut pas voir le jour tant que l'on n'aura pas une règle matérielle uniforme de validité des conventions d'arbitrage acceptée dans tous les Etats membres. Or, ce n'est pas avec la réforme du Règlement 44/2001 que l'on atteindra ce stade. Quant à la seconde, elle suggère que se seraient poursuivies concomitamment deux procédures, l'une judiciaire, l'autre arbitrale et que les règles d'autorité de la chose jugée n'auraient pas pu jouer. Je pense que cette hypothèse est extrêmement rare. De plus, elle se résoudra par elle-même si on parvient à régler la question de la validité de la convention d'arbitrage.

Conclusion

56. Même si l'on admet que quelques hypothèses posent des difficultés, ce qui n'est pas vraiment démontré tant que l'on ignore les statistiques à cet égard, on ne les résoudra pas de manière parcellaire par la réforme du Règlement 44/2001 qui n'est pas le bon véhicule.

57. Ne touchons pas pour le moment à l'exception d'arbitrage du Règlement 44/2001, la réflexion n'étant pas encore mûre et la cohérence de l'ensemble arbitral étant mise à mal par une réforme parcellaire.

58. Mettons en place un groupe de travail où seront représentés les milieux de l'arbitrage ainsi que des spécialistes du Règlement 44/2001 et étudions ensemble les difficultés et les solutions potentielles.

59. Proposons ces solutions à la CNUDCI pour qu'elles soient discutées au niveau international dans un premier temps. N'agissons en Europe que si les négociations à la CNUDCI ne donnent pas de résultat satisfaisant.

Bibliographie

En général

Arbitral tribunals or State Courts, who must defer to whom ?, Colloque ASA, Numéro special Bulletin ASA n°15, 2001.

L'arbitrage et le droit européen, colloque CEPANI, 25 avril 1997, Bruylant, Bruxelles, 1997

B. Audit, « L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles », in *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.15 ;

J.-P. Beraudo : "The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Convention : Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgement", *Journ. of Intern. Arb.*, vol. 18 n° 1, 2001.13.

V. Christianos et F. Picod : « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », in "L'arbitrage commercial et l'espace judiciaire européen", *Revue des affaires européennes* 2005, n° 2. NB tout ce numéro est consacré au rapport entre arbitrage et droit européen.

Complex arbitrations : Perspectives on their procedural implications, ICC Special Supplement, Paris 2003.

D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, London, Sweet & Maxwell, 2005.

A. Mourre : « Los méritos de la «constitucionalización» del procedimiento civil y del derecho del arbitraje », in Ch. Larroumet (dir.) : *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*. Universidad del Rosario, 2007, p. 281.

J. Robert, « De la place de l'arbitrage dans le jeu des Traités instituant

les communautés européennes », *Rev. arb.* 1964. 111, *Rev. arb.* 1965. 3.

Ben Steinbrück & Martin Illmer, « Brussels I and Arbitration : Declaratory Relief as an Antidote to Torpedo Actions under a reformed Brussels I Regulation », *Sonderdruck aus Schieds VZ* 4/2009 pp.188-196.

H. van Houtte, « May court judgments that disregard arbitration clauses and awards be enforced under the Brussels and Lugano convention? », *Arb. Int.* 1993, vol.13 n°1, p.85.

A la suite de l'étude de Heidelberg, voici quelques références de réactions en France:

Commentaire de S. Lazareff in *Gaz. Pal*, cah. arb. 2008/2-1, 29 juin-1er juill. 2008, p. 3 ; Rapport du groupe de travail d'ICC France in *Gaz. Pal*, cah. arb. 2008/3, 15-16 oct. 2008, p. 20, et réponse de R. Heß, Th. Pfeiffer et P. Schlosser in *Gaz. Pal*, cah. arb. 2008/3, 15-16 oct. 2008, p. 26, et Résolution du Barreau de Paris 2 sept. 2008, *Bull. Bâtonnier* 9 sept. 2008, p. 283 ; D. 2008.Panor.3112, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal*, cah. arb. 2008/3, 15-16 oct. 2008, p. 28.

De très nombreux débats dans des fora de discussion électroniques ont eu lieu. Je ne les cite pas mais certains, auxquels j'ai participé ou non, ont pu inspirer partiellement quelques aspects du rapport ci-dessus.

Je ne cite pas non plus toutes les réponses au livre vert que j'ai consultées et dont certaines ont pu également inspirer ce rapport. Ces réponses peuvent être trouvées sur le site :

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

Sur les injonctions anti-procédure

S. Berti, "Are anti-suit injunctions in support of Arbitration compatible with EC Regulation 44/2001?", in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève, Schulthess, 2008, pp.739-744.

E. Gaillard (dir.), *Anti-suit injunctions in Arbitration*, IAI Series n°2, Juris Publishing New York, 2005).

P. Gross, "Anti-suit injunctions and arbitration", (2005) *LMCLQ*, p.10.

D. Scott, "Commentary: practical options when faced with an injunction against arbitration", (2002) *18 Arbitration International*, p.333.

Sur la litispendance

ILA, Rapport Toronto 2006 du Comité sur l'arbitrage, rapport consacré à la litispendance et l'arbitrage (en anglais seulement).

N. Gallagher, « Parallel proceedings, res judicata and lis pendens : problems and possible solutions, in L. Mistellis & J. Lew (eds), *Pervasive Problems in International Arbitration*, The Hague, Kluwer, 2006, pp.329-356.

P. Mayer, « Litispendance connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in *Liber amicorum Claude Raymond*, Paris Litec, 2004, p.195.

F. Orrego Vicuña, « Lis pendens arbitralis », in *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, dossiers spéciaux CCI 2005 p.207.

D. Reichert, « Problems with parallel and duplicate proceedings: the litispendance principle and international arbitration, (1992) *8 Arbitration International*, p.237.

P. Schlosser, « The 1968 Brussels Convention and Arbitration », (1991) *7 Arbitration International* 227.

Schweizer & Guillod, « L'exception de litispendance et l'arbitrage international », in *Le juriste suisse face au droit des jugements étrangers*, Editions universitaires de Fribourg, 1988, p.7.

C. Söderlund, « Lis pendens, res judicata and the issue of parallel judicial proceedings », *22 Journal of International Arb.* 2005, pp.7-53.

ANNEXE VI

De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité

par Andreas BUCHER

Rapport soumis à la discussion lors de la réunion de padoue

GEDIP – réunion de Padoue

Andreas Bucher

18-20 septembre 2009

De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité

I. Introduction

1. L'un des composants de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres de l'Union européenne consiste en l'interdiction de mesures susceptibles d'entraver

l'exercice de cette liberté, sous réserve des cas où de telles mesures seraient fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général, nécessaires et proportionnées au but poursuivi, et par ailleurs non discriminatoires. Ce devoir d'abstention incombant à tout État membre, il a pour corollaire une obligation positive de respect par rapport à des situations acquises dans un autre État membre, étant donné que leur méconnaissance pourrait constituer pour la personne concernée un obstacle à tirer profit de sa liberté de circuler et de choisir son pays de séjour (55). En effet, le fait de placer l'individu sous un régime de diversité de solutions par rapport à la même situation ou question peut constituer un inconvénient et, dans certaines circonstances, une entrave à sa liberté de mouvement à travers les systèmes nationaux des États membres. Cela est d'autant plus important que le droit national de chaque État membre, dans l'exercice d'une compétence qui ne relève pas des instances communautaires, doit néanmoins respecter le droit communautaire, en particulier les dispositions du Traité CE relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (56). Il s'en est dégagé ainsi une compétence communautaire, mise en œuvre par la Cour de justice, dans des domaines où le Traité n'en prévoit aucune.

Le principe de la « reconnaissance mutuelle » constitue le pilier de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, comme on peut le reconnaître en particulier à travers les Règlements Bruxelles I et IIbis. L'idée de la reconnaissance mutuelle est sous-jacente au respect d'une liberté de circuler qui implique que la personne en déplacement d'un État membre vers un autre ne soit pas exposée, dans l'État d'accueil, à un traitement différent de celui reçu dans l'État d'origine. De manière générale, la diversité des situations individuelles, dans la mesure où elle pourrait affecter l'une de ces libertés, est évitée au mieux par le respect de celle née et formée en premier. Le principe de reconnaissance mutuelle n'est donc pas seul à être considéré, ce d'autant que, malgré quelques variations apparaissant dans la jurisprudence et en doctrine, il est associé étroitement à la reconnaissance de décisions (57).

Depuis l'introduction de la *citoyenneté* de l'Union européenne, le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres est rattaché à ce statut (art. 18 du Traité CE), qui ne dépend pas d'un lien économique. Or, étant donné que la citoyenneté traduit une idée de jouissance, celle-ci permet d'affirmer des droits fondamentaux directement, sans prendre appui sur l'idée de « reconnaissance mutuelle » qui n'est qu'un moyen pour donner effet aux libertés de circuler (58). A l'objectif initial de la création d'un marché commun, respectivement « intérieur », est venu s'ajouter une « finalité sociale » (59). La consécration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, va bien au-delà de la seule intégration économique, encadrant très largement la mobilité croissante des citoyens de l'Union européenne. L'individu est ainsi plus spécifiquement visé et sa position renforcée par les droits attachés à sa qualité de citoyen européen.

2. L'invocation de la liberté de circuler et de séjourner, ainsi que du statut de citoyen européen qui renferme cette liberté, n'a de sens que s'il existe une diversité des solutions à laquelle il s'agirait de remédier. L'unification des règles de conflit attributives (ou de localisation) à travers le droit dérivé a pour but d'éviter de telles situations « en amont », comme le font également, à leur manière, les régimes de reconnaissance des décisions rendues par les tribunaux des États membres. On notera, cependant, qu'en matière de loi applicable, la « reconnaissance mutuelle » n'est pas le concept pertinent. L'harmonisation des règles de *conflit de lois* est devenue, en effet, une exigence du « bon fonctionnement du marché intérieur » (60). De même, lorsque le principe de la « loi d'origine » a pris la forme, en droit dérivé, d'une règle de rattachement identifiant l'ordre juridique pertinent, il n'y a plus lieu de « remonter » à une liberté de circuler.

3. L'appel à la liberté fondamentale de mouvement est pertinent, en revanche, lorsqu'il s'agit de situations nées sans l'intervention d'une autorité dans un État membre, en vertu d'une loi non désignée par les règles de conflit attributives d'un autre État membre, exerçant le rôle d'État d'« accueil » (61). L'effectivité donnée à de telles situations l'est sans égard au droit applicable désigné par le droit international privé de cet État (62).

De manière générale, ces situations doivent répondre à une exigence de constitution qui permet de les identifier et d'envisager leur accueil au sein des autres États membres. Car tout effet juridique n'est pas susceptible de « reconnaissance mutuelle » ou de fournir un aspect au statut de citoyen dans un autre État, dès lors que l'analyse porte, rappelons-le, sur des droits individuels non consacrés par une décision ou un acte qui bénéficie des règles sur la reconnaissance et d'exécution. A des fins d'accueil dans un autre État, il doit s'agir d'une situation qu'un autre État s'est attribuée à travers son ordre juridique, fournissant ainsi l'objet d'un éventuel accueil dans un autre État. Le droit individuel s'y est formé et ne peut en principe plus être remis en cause. C'est alors seulement que la question peut se poser de savoir si la liberté fondamentale de circuler à travers les États membres empêche que ce droit soit ensuite remis en cause dans un autre État membre. Cette liberté prend ainsi la forme d'un principe de réception, dont il s'agit de dégager les règles formant la base de la reconnaissance de situations juridiques nées dans un autre État membre.

II. Les sociétés

4. C'est dans cet esprit que la liberté de mouvement a reçu le sens que, pour les sociétés établies en conformité avec la législation d'un État membre, leur existence et capacité juridique ne saurait être remises en cause lorsqu'elles entendent exercer une activité dans un autre État membre ou y créer une succursale. Les libertés communautaires agissent ainsi dans le sens du respect, par tous les États membres, d'une situation juridique acquise dans un autre État membre (63).

Rappelons brièvement que, dans l'arrêt *Centros* (64), la Cour de justice a prononcé que les articles 43 et 48 du Traité CE s'opposent à ce qu'un État membre refuse l'immatriculation de la succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales (65). Dans l'arrêt *Überseering* (66), la Cour a affirmé que la liberté d'établissement s'oppose à ce que, lors du transfert de siège d'une société d'un État membre à un autre, l'État du nouveau siège refuse de reconnaître à la société transférée la capacité juridique, et notamment celle d'ester en justice, qu'elle avait valablement acquise dans l'État de sa constitution. Enfin, dans l'arrêt *Inspire Art Ltd* (67), il a été statué que les articles 43 et 48 du Traité CE s'opposent à une législation nationale qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement dans un État, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre, à certaines conditions prévues en droit interne pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs. Dans l'arrêt *Sevic Systems AG* (68), la Cour a censuré une disposition du droit allemand qui empêchait la fusion par dissolution sans liquidation d'une société et par transmission universelle du patrimoine de celle-ci à une autre société lorsque l'une des sociétés a son siège dans un autre État membre, alors qu'une telle fusion aurait en principe été possible entre deux sociétés allemandes. Une opération de fusion transfrontalière relève de la liberté d'établissement ; du fait qu'elle ne l'autorisait pas au plan intracommunautaire, la législation allemande posait une restriction non justifiée, car ne répondant pas à des raisons impérieuses d'intérêt général.

Cette jurisprudence a pour objectif principal d'obliger les États membres à reconnaître les sociétés constituées dans un autre État membre, les empêchant d'opposer des conditions de leur droit interne relatives à la formation des sociétés, même lorsque ces conditions seraient impératives, sauf pour cause d'intérêt général, définie de façon très restrictive. La protection de la liberté d'établissement prend pour point de départ la constitution effective d'une société dans un État membre, et non le lien de rattachement qui serait exigé d'une société pour que celle-ci puisse venir à exister selon le droit d'un État membre. Dans l'arrêt *Cartesio* (69), la Cour a précisé qu'un État membre peut empêcher une société formée en vertu de son droit de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre de constitution. En revanche, les règles relatives à la liberté d'établissement ne sauraient justifier que l'État membre de formation de la société, en imposant la dissolution et la liquidation de celle-ci, l'empêche de se transformer en une société de droit national d'un autre État membre pour autant que ce droit le permette. L'État membre de constitution définit donc le bénéficiaire de la liberté d'établissement mais non le contenu de celle-ci (70).

Ces décisions ont eu pour effet d'obliger les États membres à reconnaître les sociétés établies conformément à la législation d'un autre État membre. Comme la Cour l'a observé, elles n'emportent pas de définition du lien de rattachement entre la société et son ordre juridique de constitution. Le critère décisif est l'existence juridique de la société et non les conditions requises à cet effet par l'État membre considéré. Toutefois, la distinction s'estompe quasi complètement si la règle de reconnaissance créée dans le contexte de la liberté d'établissement est prise comme le fondement d'une règle de conflit attributive prenant comme seul ou principal critère de rattachement le fait de remplir les conditions de constitution de la société en vertu du droit de l'État membre choisi à cet effet. C'est pourquoi la leçon principale tirée de la jurisprudence était que celle-ci tend à imposer l'adoption, à l'intérieur de l'Union, du principe de l'incorporation en tant que *lex societatis*. Cela est sans doute exact, cependant avec la nuance, relevée dans l'arrêt *Cartesio*, qu'en l'état du droit communautaire, les États membres sont libres de définir dans leur droit national les liens de rattachement que la société doit présenter, le cas échéant, avec l'État « fondateur », en sus de l'observation des exigences légales pour sa constitution par le droit de cet État.

5. Au plan normatif, on constate aisément que le principe de la reconnaissance des sociétés selon leur loi d'origine supplante très largement d'autres solutions de rattachement, dont notamment celle fondée sur le « siège », qu'il s'agisse du siège statutaire ou du siège de l'administration principale. Cependant, le droit de l'État d'origine ne l'emporte que par rapport aux matières que l'on considère cruciales sous l'angle de l'exercice de la liberté d'établissement. Ce champ n'est pas facile à délimiter et même si cela est en principe possible, il en résulte une fragmentation du régime juridique des sociétés qui n'est pas satisfaisante et soulève à son tour des doutes quant au bénéfice réel tiré de la liberté d'établissement. Dans ces conditions, il est préférable de faire un pas de plus et de modifier de façon conséquente la règle de rattachement, soumettant le statut de la société à la loi selon laquelle celle-ci s'est constituée. C'est ce que le *Bundesgerichtshof* allemand a fait au lendemain de l'arrêt *Überseering* (71), et c'est ce que le *Deutsche Rat für Internationales Privatrecht* (72) a proposé de faire en droit communautaire (73) ou, à défaut, dans l'EGBGB allemand (74).

La règle de réception dégagée pour les sociétés de la liberté d'établissement acquiert ainsi une capacité à être transformée en une nouvelle règle de conflit attributive ou de localisation, dès le moment où l'objet de la réception peut être identifié par rapport à une loi déterminée et que le champ matériel de celle-ci est suffisamment large pour entraîner, dans l'idée de parvenir à une meilleure cohérence, un changement complet de la règle de conflit attributive jusqu'alors pertinente. Compte tenu de son fondement dans la liberté d'établissement, ce changement ne semble cependant pas encore entraîner une extension vers les sociétés constituées dans des États tiers, pour les États n'ayant pas déjà adopté le principe de l'incorporation dans leur droit international privé (75). Un futur règlement communautaire pourrait cependant adopter un régime à portée « universelle », à l'instar de la proposition du *Deutsche Rat* et de la méthode adoptée pour les Règlements Rome I et II.

III. Le nom des personnes physiques

6. Le droit national des États membres est seul déterminant pour savoir si une personne physique est un ressortissant d'un État membre et peut bénéficier, à ce titre, de la liberté d'établissement (76). Ce bénéfice doit porter sur les attributs essentiels d'un tel ressortissant, dont le respect et la jouissance sont inhérents à l'exercice de cette liberté, ou, négativement, dont le défaut de reconnaissance dans un État membre constitue une entrave non justifiée à cette liberté. Ce ressortissant étant par ailleurs citoyen de l'Union européenne, la question se pose également en termes de jouissance de droits acquis dans les États membres.

Lorsqu'un citoyen grec s'était plaint d'une translittération de son nom qui en affectait la prononciation, la Cour a statué sur la base du principe de non-discrimination selon la nationalité pour juger que l'emploi du nom initial devait être respecté dans un autre État membre, afin d'éviter le risque que des clients potentiels puissent confondre l'intéressé avec d'autres personnes (77).

Les premiers éléments de l'empreinte de la liberté de circulation des citoyens sur la détermination du nom de famille ont été fournis par l'arrêt *Garcia Avello* (78), concernant des enfants qui ont reçu, de chacun de leurs parents, respectivement, les nationalités belge et espagnole. Vivant en Belgique avec la famille, ils ont été inscrits sur les registres belges de l'état civil avec le seul nom de leur père, conformément à la loi belge. Les parents ont alors demandé aux autorités belges que le nom de leurs enfants soit modifié, de manière à leur faire porter le nom de leur père et de leur mère, en suivant le droit espagnol. Pour la Cour, le refus des autorités belges, fondé sur l'application exclusive de la loi belge, heurte les articles 12 et 17 du Traité CE, étant donné que les enfants portent des noms de famille différents au regard de leurs deux lois nationales et qu'ils se voient refuser de porter le nom de famille résultant de l'application de la législation de l'État membre ayant déterminé le nom de famille de leur père. Or, dit-elle :

« ... il est constant que pareille situation de diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé, résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un État membre dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans un autre État membre dont ils possèdent également la nationalité. » (n° 36)

7. Parmi les deux motifs tirés de la discrimination fondée sur la nationalité et de l'ingérence dans la liberté de circuler et de séjour, le second est d'une portée plus large, comme l'a montré l'affaire *Grunkin-Paul* (79). Il s'agissait dans ce cas d'un enfant portant, à l'instar de ses parents, uniquement la nationalité allemande. Né au Danemark et résidant depuis sa naissance principalement dans ce pays, il y a reçu le nom composé du nom de son père et de sa mère, ce qui a été confirmé dans une attestation officielle et dans l'acte de naissance. Les autorités allemandes, en revanche, appliquant leur loi nationale, ont refusé l'enregistrement de ce nom, l'enfant devant porter uniquement le nom de famille de son père. Or, la Cour n'a pas eu de peine pour constater que les inconvénients de la diversité des noms étaient présents dans ce cas, comme ils l'étaient dans l'affaire *Garcia Avello*. La restriction à la liberté de circuler et de séjourner était dès lors patente :

« Or, le fait d'être obligé de porter, dans l'État membre dont l'intéressé possède la nationalité, un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'État membre de naissance et de résidence est susceptible d'entraver l'exercice du droit, consacré à l'article 18 CE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. » (n° 22)

La liberté fondamentale de mouvement au sein de l'Union européenne est entravée par la diversité de nom et d'identité à laquelle la personne serait exposée si le nom qui lui a été initialement attribué dans un État membre n'était pas reconnu dans les autres États membres. Il s'ensuit, positivement, une règle de reconnaissance ou de réception des noms ainsi formés antérieurement dans un autre État membre. En l'état, il est certain que cette obligation de reconnaissance porte sur des noms attribués dans chacun des États membres dont le citoyen européen possède la nationalité, mais également sur le nom acquis dans son État de résidence dès la naissance. Dans les deux hypothèses soumises à la Cour de justice, des inscriptions dans les registres d'état civil sont venues corroborer la pertinence de l'attribution du nom par les autorités de l'État concerné. Il n'est pas certain, cependant, que la présence de tels actes soit jugée indispensable, étant donné que l'attribution du nom de famille en vertu d'une loi nationale peut résulter d'autres moyens de preuve. Par ailleurs, dans l'hypothèse de l'acquisition d'un nom selon la loi du pays de résidence, la durée de celle-ci ne semble pas pertinente, sauf pour simplement mieux démontrer l'inconvénient concrètement subi en raison de la diversité des noms à travers les frontières (80).

8. Quels sont donc les effets de cette jurisprudence ? Elle ne modifie pas les règles de conflit de lois, attributives, en matière de nom, car elle ne juge que de la situation concrète qui s'en dégage dans le cas particulier, au regard de la liberté de circuler et de séjour, ainsi que, accessoirement, du principe de non-discrimination selon la nationalité. Cependant, elle affecte la pertinence de ces règles indirectement, puisque, dès qu'un nom a été formé concrètement, ces règles doivent laisser la place aux règles de conflit réceptives résultant des libertés fondamentales.

Il conviendrait de préciser la « loi d'origine » servant de support légal aux noms dont la permanence est ensuite assurée par lesdites libertés. Il semble s'agir de la loi nationale et de la loi de la résidence habituelle au moment de la naissance, ou, plus largement, au moment de l'événement d'état civil susceptible d'avoir un effet sur le nom (celui-ci pouvant changer, à l'occasion d'un mariage ou d'une adoption, par exemple). En suivant les considérations de la

Cour de justice, on pourrait s'imaginer que les requérants dans l'affaire *Garcia Avello* auraient également pu demander légitimement aux autorités espagnoles d'accepter le nom de famille tel qu'adopté en Belgique, d'après la loi de leur résidence et de leur seconde nationalité. Si l'on songe à l'hypothèse *Grunkin-Paul*, on peut penser que le raisonnement de l'arrêt aurait dû permettre aussi qu'il soit donné effet, au Danemark, au choix des parents d'adopter le nom de famille de l'enfant tel que fixé selon la loi allemande, leur loi nationale. Étant donné que c'est en définitive le respect du nom de famille créé dans un État membre qui constitue la valeur prévalente par rapport à l'identification de la « loi d'origine », la détermination de celle-ci est laissée aux intéressés. Ceux-ci disposent ainsi d'un droit d'option, exercé en fonction du choix concret effectué dans l'État membre auquel l'identité fondée sur le nom leur est le plus étroitement rattachée (81).

9. Cependant, un pas de plus doit être fait. Il l'a déjà été, en réalité, dans l'affaire *Garcia Avello*. Car les requérants ne demandaient pas la reconnaissance du nom de famille de leurs enfants tels que fondés sur le droit espagnol. Leur requête tendait au prononcé d'un changement de nom, fondé sur le droit belge, celui-ci devant permettre, à leur avis, suivi par la Cour, d'attribuer aux enfants un nom composé conformément à la tradition espagnole, différente de celle vécue en Belgique (82). Il en résulte que l'autorité d'un État membre ne doit pas se borner, dans le cas particulier, à appliquer la loi matérielle désignée par ses propres règles de conflit attributives. Elle doit également tenir compte du nom porté ou attribué dans un autre État membre. Car l'individu (agissant le plus souvent en qualité de représentant de l'enfant) a le droit d'invoquer, en vertu de sa liberté de circuler liée au statut de citoyen de l'Union européenne, le nom de famille acquis dans un autre État membre, soit l'État national, soit l'État de sa résidence habituelle. Ce droit est d'un effet immédiat, car il n'est point exigé que les inconvénients résultant de la diversité des noms se soient manifestés concrètement et de manière insupportable. Or, la démonstration du fait de l'attribution concrète du nom de famille dans un autre État membre, qui est à l'heure actuelle à l'origine des jurisprudences *Garcia Avello* et *Grunkin-Paul*, va s'avérer comme un détour inutile. Dès lors qu'à l'occasion de l'enregistrement d'une naissance dans un État membre, par exemple, les parents pourront simplement solliciter une attestation fondée sur la loi d'un autre État membre (étant l'État national ou de résidence) pour en obtenir la levée de l'« entrave » résultant d'un refus d'accepter le nom ainsi consacré, il semble plus réaliste et efficace d'envisager directement la détermination du nom de l'enfant selon les différentes lois susceptibles de fonder l'identité du nom dans l'Union à l'avenir et de demander aux parents de faire leur choix, et ce au mieux à l'occasion d'un enregistrement dont résulte la délivrance d'un acte apportant la preuve du nom, et non par le biais d'une procédure en changement de nom (83). Il s'agirait, en quelque sorte, d'une règle de conflit qui anticipe le droit à l'identité fondé sur les libertés fondamentales de droit communautaire.

IV. Des extensions possibles

10. Par son soutien à l'unité du nom, la jurisprudence de la Cour vise à donner effet au droit fondamental de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Cette liberté est atteinte si la personne doit l'exercer en se voyant confrontée à une diversité de son nom et, partant, de son identité. Or, le nom constitue certes un élément central de l'identité de la personne, mais il n'est pas le seul. Le droit communautaire primaire devrait donc produire des reflets également par rapport à d'autres aspects caractéristiques du statut personnel et familial de la personne (84). Leur traitement diversifié, à travers les États membres, peut présenter des désavantages ou inconvénients, évoqués par la Cour de justice, tout autant qu'en ce qui concerne le seul nom.

Les illustrations semblent évidentes, mais elles ne sont pas relayées encore par des cas de jurisprudence (85). En ce qui concerne les liens de famille « traditionnels », cela s'explique peut-être parce que leur reconnaissance ne semble pas se heurter à des obstacles, ni engendrer un contentieux, malgré la divergence des solutions au plan des conflits de lois et des règles de reconnaissance des décisions.

11. Il est certain, en effet, que l'effectivité de la célébration du mariage doit jouir autant de sa reconnaissance dans les États membres que le nom de famille, que celui-ci soit formé à la naissance ou à l'occasion d'un mariage. Or, la plupart des systèmes des États membres reconnaissent la validité du mariage célébré à l'étranger à travers la vérification des conditions posées par la loi nationale des époux (un cas de « révision au fond »). Cette pratique ne soulève guère de contestation. Cela tient au fait que les lois matérielles se sont sensiblement rapprochées dans leur contenu et que les couples satisfont normalement aux conditions requises de plusieurs législations à la fois. Les refus de reconnaissance sont donc rarissimes et concernent plutôt des mariages célébrés hors de l'Union, souvent non sans évoquer une idée de fraude, notamment lorsque l'un des partenaires est très jeune ou que l'objectif de passer les filets des régimes d'immigration est bien visible. La question juridique, fondamentale, de la reconnaissance de plein droit, sans vérification de validité, est néanmoins posée. Au vu de la jurisprudence *Garcia Avello* et *Grunkin-Paul*, la réponse affirmative ne peut faire de doute, le mariage étant l'un des éléments fondamentaux de l'identité du citoyen européen. Cette réponse est d'ailleurs donnée, par rapport au droit de se déplacer et de séjourner, dans la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, qui définit, comme « membre de la famille », le « conjoint » (86). Cela signifie qu'un

État membre doit reconnaître, sans aucun autre contrôle, la qualité de conjoint résultant d'un mariage considéré valable dans un autre État membre. Si la directive ne laisse pas de place pour poser la question de la validité du mariage, c'est certainement parce que ses auteurs sont partis de l'idée que tel est de toute manière le régime résultant du droit fondamental consacré à l'article 18 du Traité CE. Ainsi que cela a été précisé dans une jurisprudence antérieure, il suffit de constater que le mariage est « authentique », ce qui implique son respect en vertu de l'article 8 CEDH (87).

Cette position de principe est d'autant plus évidente lorsque on la compare au traitement des partenariats enregistrés, qui est plus nuancé. En effet, le partenaire d'un citoyen de l'Union avec lequel il a contracté un partenariat enregistré sur la base de la législation d'un État membre, ne peut séjourner dans l'État d'accueil en cette qualité que « si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil » (88). La reconnaissance du partenariat n'est donc assurée que dans un État qui connaît le partenariat et le considère comme équivalent au mariage (89). Implicitement, cela signifie que le législateur communautaire estime qu'un État membre peut invoquer des raisons d'intérêt général suffisamment importantes pour refuser l'accueil à de tels couples et, semble-t-il, au mariage conclu entre époux du même sexe. Ces restrictions à la liberté de circuler et de séjourner ne semblent cependant guère compatibles avec les garanties offertes par l'article 18 du Traité CE. Malgré le silence des textes, la même liberté doit profiter aux époux de même sexe liés par le mariage, dont la célébration est aujourd'hui possible dans plusieurs États membres (90).

12. Il est tout autant certain que la diversité d'appréciation qui pourrait se révéler dans plusieurs États membres au sujet de l'existence et de la validité d'un lien de filiation affecte sans doute l'aptitude de l'enfant à librement circuler et séjourner, le privant ainsi d'un statut unique en tant que citoyen européen. Cependant, au plan intracommunautaire, les inconvénients en résultant ne semblent guère se manifester, tout au moins au point de provoquer un contentieux de droit communautaire. Plusieurs explications sont possibles. La filiation paternelle fondée sur le mariage des père et mère ne semble guère soulever des problèmes de reconnaissance intracommunautaire, compte tenu des solutions rapprochées en droit matériel. Nul doute cependant que, dans l'hypothèse d'une filiation fondée sur le mariage des parents, autrefois dite « légitime », celle-ci, une fois admise dans un État membre, doit être reconnue dans tout autre État membre, dès lors qu'elle constitue un attribut d'identité de l'enfant et de sa famille tout autant que le nom. S'agissant des reconnaissances d'enfant déclarées devant l'autorité d'un État membre, leur libre circulation à travers les États membres fonctionne grâce à la coopération des autorités de l'état civil. Les jugements de paternité sont devenus de moins en moins fréquents dans la pratique, compte tenu des avancées technologiques permettant d'établir la paternité, de sorte que leur reconnaissance n'apparaît plus que rarement dans les prétoires, ce d'autant que des objections liées à l'ordre public se sont sensiblement assouplies. L'adoption intracommunautaire ne correspond pas au schéma dominant, étant donné que les enfants candidats à l'adoption se trouvent le plus souvent loin de l'Europe.

13. L'adoption mérite cependant d'être évoquée en combinaison avec le divorce. Certes, la « libre circulation des divorces » est assurée par le Règlement Bruxelles IIbis, dont le prédécesseur, le Règlement Bruxelles II, avait déjà pour mission principale d'éviter les rapports familiaux « boiteux » en raison de la non-reconnaissance du divorce à travers les États membres et les empêchements à la libre circulation des ex-époux du fait de la diversité des statuts familiaux et des régimes de prestation fondés sur la notion de famille. L'obstacle étant levé au plan intracommunautaire, il ne l'est cependant pas complètement, et soulève dès lors une problématique pour laquelle l'adoption peut également servir d'illustration. En effet, chaque État membre reconnaît, ou ne reconnaît pas, à sa manière, les divorces prononcés et les adoptions ordonnées dans des États tiers.

La question est alors, pour le droit communautaire primaire, de connaître le statut familial d'époux, citoyens de l'Union européenne, dont le divorce, prononcé dans un État tiers, a été reconnu dans un État membre. Et, de même, quels effets donner à l'adoption provenant d'un pays lointain et reconnue dans un État membre ? Or, dans l'État membre concerné, le premier à être « requis » de reconnaître l'acte étranger, le divorce est inséré dans l'ordre juridique comme s'il était originaire du même État, et l'enfant y est un enfant adopté comme tout autre enfant ayant la même filiation dans cet État. Le problème de la reconnaissance dans les autres États membres se pose donc, au plan du droit primaire, dans les mêmes termes que les effets qui doivent y être donnés aux divorces ou adoptions prononcés dans un État membre, dans la mesure en tout cas où la personne concernée jouit du statut de citoyen de l'Union européenne et donc de la liberté de circuler et de séjourner sur tout territoire d'un État membre, sans entrave (91). Il se pose dans les mêmes termes, également, qu'il se poserait aujourd'hui si, dans une hypothèse du type de *García Avello* ou de *Grunkin-Paul*, le nom invoqué n'avait pas été attribué dans un État membre, mais dans un État tiers, puis reconnu et transcrit dans les registres d'état civil de l'État membre national ou de la résidence habituelle de la personne, jouissant par ailleurs de la qualité de citoyen européen (92). Sans aucun doute, la Cour de justice devra protéger le nom ainsi acquis, respectivement cet élément de la liberté de circuler de la personne, autant qu'elle l'a fait dans les deux arrêts cités.

Certes, s'agissant du divorce et de l'adoption, des réponses peuvent être trouvées dans les instruments sur la reconnaissance des décisions et actes dont plusieurs États membres font partie, en particulier la Convention de La Haye de 1970 sur la reconnaissance des divorces et celle de 1993 sur l'adoption internationale, en sus d'une série de traités bilatéraux. Cependant, les hypothèses non couvertes par aucun de ces instruments sont nombreuses, si bien que le problème est posé de savoir si l'Union européenne ne devrait pas disposer d'une réglementation uniforme de la reconnaissance des actes familiaux en provenance d'États tiers, dont elle doit de toute manière accepter la libre « circulation » dès le moment où ils sont reconnus dans un État membre et affectent un citoyen de l'Union européenne.

La densification des solutions se dégageant des principes de libre circulation et du statut de citoyen de l'Union européenne entraînera, un jour, le besoin de régler de manière uniforme la reconnaissance de décisions et d'actes en provenance d'États extérieurs à l'Union, qui jouiront ensuite de ces garanties fondamentales à travers les 27 États membres. Il serait préférable, cependant, de rechercher des règles uniformes dans une enceinte multilatérale, incluant ces États tiers, qui seront sans doute intéressés à régler simultanément la reconnaissance des actes établis au sein de l'Union européenne. La question est déjà d'actualité : en effet, n'est-il pas paradoxal que l'Union européenne entame des travaux afin de mieux déterminer les relations entre le Règlement Bruxelles I et les États tiers, mais qu'elle le fasse pour elle-même, unilatéralement, sans envisager de le faire dans le cadre multilatéral privilégié de la Conférence de La Haye, qui permettra le contact direct avec les États tiers concernés ? (93)

V. Les effets des rapports de droit

14. Une question délicate se pose ensuite quant au traitement des effets des rapports de droit dont la jouissance est assurée à travers la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres. En règle générale, la garantie de cette liberté ne peut aller aussi loin que d'englober l'ensemble des effets des rapports de famille, ce qui, en définitive, ne laisserait plus de place aux règles de conflit attributives des États membres, sauf à celles, devenant alors immuables, parfois contre leur gré, de l'ordre juridique pertinent d'après les règles de conflit applicables dans l'État d'origine du statut familial concerné (94). Cependant, aucune réponse catégorique n'est possible. On s'en rend aisément compte en relevant que le nom de famille, protégé par l'article 18 du Traité CE, constitue l'effet d'un rapport de famille, de filiation ou de mariage. Par ailleurs, ainsi que cela a déjà été relevé, les rapports de famille soumis au bénéfice de la liberté de circuler, ne le sont pas comme s'il s'agissait d'une « coquille vide », mais bel et bien en tenant compte de leurs effets essentiels.

Le bénéfice de cette liberté ne peut affecter des droits qui, certes prévus par la loi, ne font l'objet d'aucune attribution à un ordre juridique déterminé plus qu'à un autre, tant que leur consécration n'a pas fait l'objet d'un jugement ou d'un acte public susceptible de reconnaissance. Ainsi, la créance d'entretien d'un enfant ne peut « naître », du plein effet de la loi, pour ensuite faire l'objet d'une « reconnaissance » dans un autre État. Et même si on voulait soutenir, en théorie, qu'elle puisse venir à l'existence dans un État membre, de façon « abstraite » en quelque sorte, elle devrait atteindre simultanément le même stade dans d'autres ordres juridiques encore, avec lesquels elle présente des liens, ce y compris dans un autre État membre dans lequel il s'agirait cependant de se poser également la question de sa « reconnaissance ». Or, les deux démarches sont incompatibles si elles sont placées en parallèle dans le même système de droit.

La liberté de circuler et de séjourner en tant que titulaire d'un droit individuel suppose que ce droit soit déterminé de plein droit et effectivement d'après la loi de l'État d'origine, à laquelle il est alors intrinsèquement associé. Or, la plupart des effets des rapports de famille ne sont déterminés dans leur contenu qu'après avoir fait l'objet d'un processus d'application de la loi, tenant compte de l'analyse des faits pertinents. En l'absence de jugement ou de mesure ordonnée par l'autorité, ces effets n'ont pas un contenu susceptible de suivre un processus d'accueil ou de « reconnaissance ». Le caractère indéterminé du droit empêche d'ailleurs l'application pleine et entière de la garantie de libre circulation et du principe de la reconnaissance mutuelle, étant donné la difficulté, voire l'impossibilité d'identifier, dans la loi de l'État d'accueil, les effets équivalents que cet État est autorisé à substituer aux effets de la loi d'origine (95).

15. Toutefois, certains effets d'un rapport de famille sont déterminés par la loi de plein droit et de manière à montrer un effet d'attribution à leur loi d'origine. Le nom de famille sert à nouveau de parfait exemple. Pour aller plus loin, il faut s'interroger sur la signification de la reconnaissance d'un rapport de famille, tel que le mariage, le partenariat enregistré, l'adoption ou la dissolution du mariage par le divorce. Ces rapports ne sont pas reconnus comme s'il s'agissait d'une simple définition juridique. Ils impliquent une certaine qualité des liens juridiques en résultant, que l'on appelle leurs « effets ». Or, ces effets, tels que conçus d'après la loi à l'origine du lien, continuent à marquer celui-ci de leur empreinte, même si la loi qui leur sera appliquée ultérieurement ne sera pas celle-ci, mais la loi désignée par l'État d'accueil. Car celui-ci doit respecter la nature du statut familial de base. Les époux mariés ont un droit à jouir des effets juridiques liés dans l'État d'accueil au mariage. Une adoption plénière doit être reconnue dans l'État d'accueil en ce sens qu'elle se voit assortie des effets qui correspondent à cette institution et non, par exemple, les effets d'une adoption simple. La reconnaissance

d'un lien de filiation doit permettre au parent de jouir dans l'État d'accueil des droits et effets découlant d'un tel lien, même s'ils ne sont pas les mêmes que ceux prévus initialement dans l'État d'origine, pourvu qu'ils leurs soient « équivalents ». Parmi ces effets, on doit mettre en évidence la responsabilité parentale. Celle-ci, une fois acquise dans un État membre, doit être reconnue dans les autres États membres, car à défaut, son titulaire subirait un obstacle injustifié à sa liberté de circuler et de séjourner, perdant ou non son rôle de fournir l'éducation et les soins à l'enfant au gré de ses déplacements (96).

VI. L'émergence d'un droit à l'identité

a) Droit communautaire

16. Le droit fondamental à la liberté de circuler et de séjourner du citoyen européen est au cœur du statut personnel et familial des citoyens de l'Union européenne dans le contexte de leur migration intracommunautaire (97). Ce qui est valable pour les personnes physiques l'est également pour les personnes morales, dont l'existence et la capacité juridique sont préservées de manière analogue sur le fondement de leur liberté d'établissement. Le conflit de lois est ainsi empêché de se répandre dès le moment où un aspect caractéristique de cette identité est consacré par l'ordre juridique d'un État membre qui s'est attribué la situation juridique, pour laquelle il ne se pose ensuite qu'une question d'accueil ou de réception dans les autres États membres.

On ajoutera que si la liberté de circuler, de séjourner et de s'établir concerne les personnes, physiques et morales, qui en sont les bénéficiaires, une approche analogue de préservation du statut juridique acquis dans l'État d'origine pourrait résulter des libertés portant sur la *circulation des marchandises, des services et des capitaux*. Toutefois, à part les solutions sectorielles développées en droit dérivé (98), le droit international privé ne semble pas avoir été affecté par une intrusion plus conséquente du principe de la reconnaissance mutuelle par rapport aux biens et services au niveau du droit primaire (99), ce d'autant que celui-ci peut faire prévaloir d'autres objectifs fondamentaux (100). On peut rencontrer, certes, des obstacles au libre transfert des biens d'un État membre vers un autre, liés à la diversité des solutions quant aux règles sur le domaine d'application des lois. On a évoqué ainsi l'hypothèse d'un déficit de protection des créanciers qui voient l'efficacité de leurs sûretés mobilières amoindrie ou anéantie lorsque l'État d'accueil du bien n'assure pas une garantie suffisante et pour le moins équivalente, du fait notamment d'une plus grande protection des tiers créanciers (exigeant, par exemple, l'inscription dans un registre) ou, plus généralement, d'une définition trop étroite du concept de *numerus clausus* (101). En effet, même si des raisons d'intérêt général peuvent l'emporter pour conserver le système des sûretés dominant le marché de l'État d'accueil, celui-ci ne peut rester insensible aux nécessités de respecter et de protéger, sans discrimination et en s'inspirant du principe de la proportionnalité, les sûretés constituées dans un autre État membre (102). Cependant, s'agissant d'un domaine non harmonisé (103), on peut également tenir compte du fait que les intéressés disposent dans leur État d'autres moyens de sûretés, d'une efficacité supérieure ou au moins égale, dont l'accès sur le marché de l'État d'accueil peut s'avérer possible et suffisant. La faculté donnée aux parties de déterminer le droit applicable à leur relation est d'ailleurs un autre moyen pour éviter une entrave (104).

17. Il n'en demeure pas moins que le droit international privé de l'État d'accueil est affecté dans la mesure où cet État ne dispose plus que d'une autonomie restreinte pour qualifier en tant que *loi de police* certaines dispositions réputées impératives ou « d'application immédiate » de son droit (105). L'application impérative d'une loi qui n'est pas celle qui sert de référence à l'activité de l'opérateur économique (normalement sa « loi d'origine ») constitue pour celui-ci souvent un obstacle ou un inconvénient dont l'impact commercial peut être mesuré. Les perspectives sont larges pour voir se produire des entraves à l'une (ou à plusieurs) des libertés de circulation du droit communautaire. Il en résulte qu'en définitive, toute loi de police relevante sous l'angle du droit communautaire primaire ne peut s'appliquer qu'à la condition que l'entrave causée soit justifiée au nom d'un motif impérieux d'intérêt général, auquel est associé un contrôle de non-discrimination et de proportionnalité, en suivant la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Arblade* (106).

Ainsi, le Luxembourg s'est fait rappeler à l'ordre par la Cour de justice (107) pour avoir voulu imposer des conditions de travail et d'emploi allant au-delà du « noyau dur » fixé par la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service (108). Nonobstant la qualification de « dispositions d'ordre public » (109) attribuée à ces règles additionnelles, le Luxembourg devait s'en remettre aux règles de protection résultant des obligations auxquelles l'employeur est déjà soumis dans l'État membre dans lequel il est établi, concernant, notamment, l'exigence d'un contrat écrit, l'indexation des salaires qui ne relèvent pas de la catégorie des salaires minimaux et la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée (110). Pour prendre un autre exemple, on peut douter que la jurisprudence de la Cour de cassation française, qui déclare la loi de 1975 sur la sous-traitance de « loi de police » sur les chantiers situés en France, soit compatible avec les exigences du droit communautaire, tout au moins en tant que la Cour ne procède sans aucune nuance selon la disposition invoquée ou selon les liens des parties avec la France (111).

b) Droits de l'homme

18. Les droits fondamentaux de nature spécifiquement communautaire ne sont pas les seuls à soutenir une approche protectrice de l'identité de la personne. Une évolution aux résultats comparables peut être perçue dans la jurisprudence relative à l'article 8 de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH). En effet, dans la mesure où les États parties à la Convention doivent respecter la vie privée et familiale de chaque personne, celle-ci doit jouir de l'*unité de son statut personnel* dans tous ces États. La dimension internationale de la garantie de respect de la vie privée et familiale a été mise en évidence à l'occasion de l'arrêt rendu récemment dans l'affaire *Wagner* (112). La Cour a observé que, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant, les autorités luxembourgeoises « ne pouvaient 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 » (113). Et un observateur avisé a relevé :

« Tant pour les jugements en matière patrimoniale que pour les jugements en matière extrapatrimoniale, il n'y a au demeurant aucune raison de ne voir une ingérence que dans le seul refus de la reconnaissance pour des raisons liées à la loi appliquée à l'étranger : la jurisprudence de la Cour peut être étendue, par identité de motifs, à d'autres motifs de non-reconnaissance. » (114)

La portée exacte de ce droit à l'identité est à l'heure actuelle incertaine, mais le principe semble s'affirmer clairement : le respect d'une situation juridique, privée ou familiale, en tant que droit de l'homme, ne peut se concevoir dans la diversité des lois nationales. La personne doit pouvoir jouir d'une situation une fois acquise, relevant des droits de l'homme, en tant que droit unique. Les règles de conflit sont subordonnées à ce droit fondamental et ne sauraient le mettre en cause.

Au demeurant, ce développement s'intègre au droit communautaire, étant donné que les droits qu'elle garantit font partie des droits fondamentaux valables pour l'Union européenne (115), dont la Cour de justice assure le respect (116).

c) Conclusion

19. Les quelques intrusions du droit primaire dans le « domaine réservé » du droit international privé ont pour effet de revitaliser les règles de conflit et non de les effacer (117). Le principe de libre circulation mériterait d'être transformé en des règles de droit international privé (118). Il a d'ailleurs déjà été mis en œuvre dans le Règlement Rome I qui laisse une large place à la loi d'origine (art. 4) et définit les lois de police de manière à éviter des débordements causés par des droits nationaux trop expansifs (art. 9). Le respect de la vie familiale formée à l'étranger appelle des règles repoussant certaines conditions posées en droit international privé national. Par ailleurs, la notion de « procès équitable » (art. 6 CEDH), dans sa fonction négative et positive, ressert, en matière de reconnaissance de décisions étrangères, la marge relevant du droit commun (119).

On s'aperçoit également, au plan des principes, que les libertés de circuler ne constituent pas simplement l'expression des principes directeurs des rapports entre les États membres de l'Union européenne et du marché intérieur. Elles s'articulent également en tant que droits individuels des acteurs sur ce marché et des citoyens de l'Union. La liberté de s'épanouir dans tout système social, économique et juridique faisant partie d'un ensemble d'États implique que les obstacles ou entraves qui pourraient se mettre en travers du chemin soient éliminés ou réduits au minimum. Dès le moment où cette liberté se transmet à l'individu, elle confère à celui-ci une jouissance qui implique nécessairement un droit à ce que la situation juridique de la personne ne soit pas exposée à une pluralité de solutions juridiques, tout au moins lorsque cela ne répond pas à un autre intérêt, tout aussi, voire mieux légitimé encore. De l'harmonie des solutions, l'individu n'est plus simplement l'objet, mais il en devient le sujet.

A la différence d'une époque révolue, le droit international privé n'évolue plus en vase clos, mais il doit se mettre en concordance avec les droits fondamentaux et d'autres sources de rang supérieur qui agissent dans le sens de l'affirmation de droits individuels à travers les ordres juridiques. Une fois que cette influence est absorbée et intégrée dans ses règles, le droit international privé reprend son envol et sa relative autonomie. Il n'en ira pas autrement avec l'influence des droits de l'homme.

Observant les forces politiques qui soutiennent l'évolution législative du droit international privé européen, Jürgen Basedow conclut :

« At the end of the day, however, the Community will be equipped with an almost comprehensive and nearly Union-wide set of choice-of-law rules providing legal security to its citizens in cross-boarder transactions and litigation. » (120)

L'avenir est ainsi annoncé.

Responsable de la page: [Bernadette Martin-Bosly](#)
Dernière mise à jour le 24-01-2012