

Vingtième réunion  
Copenhague, 17 - 19 septembre 2010

## COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Lors de sa réunion de Copenhague, le Groupe européen de droit international privé a étudié la possibilité d'inclure dans le règlement 44/2001 dit « Bruxelles I » des dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans des pays non membres de l'Union européenne, en prolongement du document de Bergen, qui établit des règles de compétence directe pour les situations externes non encore couvertes par les dispositions communes du règlement en vertu de l'article 4. Il a également procédé à une révision de l'article 22bis du texte de Bergen. Par ailleurs, des échanges de vues ont été consacrés au statut du facteur de la nationalité et à la problématique de l'accès au droit étranger en droit de l'Union européenne. En outre, ont été présentées les questions d'actualité au sein de l'Union, de la Conférence de La Haye et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

### I. Elargissement du règlement Bruxelles I aux décisions rendues dans un pays tiers

M. Fallon rappelle que lors de la réunion de Padoue en 2009, le Groupe avait déjà examiné, dans un projet que lui avait soumis le sous-groupe de Barcelone, la première partie portant sur les motifs de refus. En vue de la réunion de Copenhague, le document a fait l'objet d'une [nouvelle lecture par le sous-groupe de Paris](#). Dans l'ensemble, la nouvelle version se contente d'améliorations formelles, tout en clarifiant l'ordre de présentation des articles. Les motifs de refus sont classés en présentant d'abord le contrôle de la compétence indirecte (art. 56-3). Viennent ensuite trois dispositions concernant le motif de l'ordre public, la première visant des questions de procédure analogues à celles couvertes par l'article 34 du règlement (art. 56-4), la deuxième portant sur le respect des lois de police (art. 56-5), la troisième énonçant une clause générale d'ordre public (art. 56-6). La seconde partie regroupe les dispositions relatives à la procédure en vue de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire de la décision. Ces dispositions s'inspirent largement des règles correspondantes de la Convention de Bruxelles plutôt que de celles du règlement. Sur l'un et l'autre points (motifs de refus et procédure), le projet se démarque d'un simple alignement sur le régime appliqué aux décisions rendues dans un Etat de l'Union : les motifs de refus permettent un contrôle plus appuyé de la décision et celle-ci ne bénéficie pas de l'effet accélérateur de la procédure en deux phases du règlement.

La question de l'examen de l'opportunité de règles européennes fait l'objet d'une discussion générale. Certains redoutent que la seule évocation, dans le préambule, de l'absence d'une analyse préalable du degré de nécessité de telles règles au regard des besoins du fonctionnement du marché intérieur ou de la circulation du citoyen européen, ne suffise pas à attirer l'attention sur le risque d'adopter des dispositions se révélant favorables aux pays tiers mais aussi défavorables aux intérêts d'entreprises européennes dans la mesure où de telles règles pourraient compromettre la nécessité de négociations internationales et, partant, la possibilité d'obtenir de pays tiers qu'ils assurent la reconnaissance de décisions rendues dans des Etats de l'Union. D'autres insistent sur la nécessité de règles communes depuis qu'il apparaît clairement que les Etats membres ont perdu la compétence de conclure des relations conventionnelles avec les pays tiers. De plus, de telles règles ne signifient pas nécessairement un régime favorable aux décisions de pays tiers : le projet vise plutôt à établir un régime équilibré de semi-ouverture, permettant de préserver les intérêts de l'Union et de ses Etats membres tout en offrant aux entreprises de l'Union un système permettant la circulation internationale des décisions et sans risquer de heurter certains pays tiers par un régime trop strict. Au demeurant, il ne faut pas exclure que l'Union se dote d'un système à géométrie variable, comprenant des régimes analogues à ce que prévoit la convention de Lugano bis (convention double) et d'autres régimes intermédiaires convenus dans le cadre bilatéral ou multilatéral, notamment dans le contexte de la Conférence de La Haye, comme y appelle la résolution 2009/2140 du Parlement européen du 7 septembre 2010 relative à la révision du règlement (§ 15). Précisément, l'adoption d'un socle commun de règles européennes faciliterait la négociation de tels régimes conventionnels, sans exclure, pour d'aucuns, de s'en tenir à l'égard de certains pays à un régime de réciprocité trait pour trait, par ailleurs évoqué dans le cadre de la Conférence, voire à un mécanisme de mesure de sauvegarde au cas où un pays tiers manifeste une hostilité à entrer dans une relation conventionnelle avec l'Union en vue de permettre la reconnaissance des décisions (un tel mécanisme a été présenté par le sous-groupe de travail dans un art. 56-14, mais il n'a pas été retenu par le Groupe, voy. ci-dessous). Le droit dérivé connaît d'ailleurs la possibilité de contre-mesures visant à exclure la reconnaissance de décisions rendues dans certains Etats (règlement 2271/96 du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, JO, 1996, L 309). Toutefois, même si les intérêts publics ne doivent pas être négligés en la matière, la préservation des intérêts des particuliers doit rester dominante, ce que ne garantirait pas un régime de réciprocité.

Le Groupe conclut à l'utilité de présenter un exercice de faisabilité de règles européennes, tout en convenant de la nécessité de clarifier cet objectif dans les termes du préambule, qui devraient énoncer la possibilité d'envisager également de telles règles dans le contexte des relations conventionnelles de l'Union. De plus, ces termes, comme celui de l'intitulé du document, devraient éviter le concept d'extension ou d'élargissement du règlement, qui donnent à entendre une extension du régime valable pour les décisions rendues dans les Etats membres, alors que le projet vise à établir un régime spécifique.

Par conséquent, l'intitulé et le préambule se présentent de la manière suivante :

**Le règlement « Bruxelles I » et les décisions judiciaires rendues dans des Etats  
non membres de l'Union européenne**

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'inclure dans le règlement des dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires rendues dans un Etat non membre de l'Union européenne. Est toutefois réservé l'examen de l'opportunité, politique autant que juridique, de l'adoption de règles de l'Union européenne 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 sur le fonctionnement de l'UE.

Il serait tout autant concevable que de telles règles soient envisagées soit dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, soit dans le cadre d'autres relations conventionnelles de l'Union. Dans un tel cas les présentes règles pourraient servir de modèle, sous réserve d'adaptations au contexte en cause.

Le Groupe procède ensuite à l'examen du projet article par article.

Le sous-groupe propose un article 56-1 libellé comme suit :

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 ;] (NB : harmoniser avec art. 56-9, 2)

[3] les mesures provisoires ou conservatoires.]

Cette formulation reprend celle de l'article 32 du règlement, tout en excluant le mandat d'exécution. Elle marque une hésitation possible à propos des décisions non définitives et des mesures provisoires ou conservatoires, selon des motifs exposés dans le commentaire explicatif. Le Groupe estime qu'une inclusion irait trop loin. La portée de l'exclusion revient, dans l'esprit du Groupe, à laisser au droit national la détermination de la reconnaissance de telles décisions, plutôt que de prévoir que de telles décisions ne sauraient être reconnues.

Le texte adopté se présente dès lors comme suit :

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 au paragraphe premier n'incluent pas :

1) un mandat d'exécution ;

2) une décision pouvant faire ou faisant l'objet d'un recours ordinaire ;

3) les mesures provisoires ou conservatoires.

L'article 56-2 concerne le principe de reconnaissance de plein droit et inclut la possibilité d'une action en opposabilité ou en inopposabilité, selon des termes repris de l'article 21, § 3, du règlement Bruxelles II bis, tout en renvoyant à la procédure prévue par le droit du juge requis. Le texte adopté se présente comme suit :

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

2. Toute partie intéressée peut demander, selon les procédures prévues par le droit de l'Etat membre requis, que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

L'article 56-3 porte sur les motifs de refus tirés d'une règle de compétence indirecte. Le texte soumis par le sous-groupe sur la base de la discussion de Padoue se présente comme suit :

1. Une décision n'est pas reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente alors qu'une juridiction d'un Etat membre aurait été compétente en vertu des dispositions des sections 3 à 7 du chapitre II.

2. Une décision peut ne pas être reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente en l'absence de lien suffisant entre l'Etat d'origine et le litige, 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 avec le litige ; ou
- la saisie de biens situés dans cet Etat sans lien avec le litige ; ou
- l'exercice d'activités commerciales ou professionnelles du défendeur dans cet Etat sans lien avec le litige.

3. Les dispositions des paragraphes précédents ne sont pas applicables lorsque le défendeur a procédé au fond devant le juge d'origine sans faire de réserve sur la compétence, sauf si une juridiction d'un Etat membre est exclusivement compétente en vertu de l'article 22.

Le paragraphe 1er couvre l'ensemble des matières visées aux sections 3 à 7 du chapitre II du règlement. L'inclusion des fors de protection des sections 3 à 5 constitue cependant, aux yeux de plusieurs membres, une solution excessivement rigide, qui ne devrait valoir que si la personne que ces sections entendent protéger s'oppose à la reconnaissance. Il reste toutefois incertain s'il incombe à cette partie d'invoquer ces règles de protection devant le juge requis, ou si celui-ci doit les appliquer d'office. Par ailleurs, la formulation de l'hypothèse visée devrait être précisée, en indiquant que la disposition vise une décision étrangère rendue sur la base de « règles contraires » à celles des sections 3 à 5. Ces éléments incitent à doubler le paragraphe en distinguant les règles de compétence des sections 3 à 5 de celles des sections 6 et 7. Pour le reste, un mode d'assouplissement du motif de refus peut encore être recherché par l'intermédiaire du paragraphe 4.

Le paragraphe 2 énonce une liste de fors exorbitants. Selon le texte proposé, ce motif de refus est facultatif, laissant une appréciation au juge requis. Celui-ci se voit ainsi investi d'une lourde charge. Il paraît préférable au Groupe d'imposer le refus de reconnaissance, tout en admettant qu'une forme d'appréciation subsiste lors de l'évaluation d'un « lien suffisant ». Pour le reste, les cas de fors exorbitants énoncés dans la liste serviront de guide. Cette liste se comprend comme indiquant que le refus s'impose lorsque la compétence du juge d'origine n'a pu reposer que sur l'un des critères énoncés. En revanche, la présence de plusieurs de ces critères peut conduire le juge à estimer qu'un refus ne s'impose pas.

Le paragraphe 3 vise à écarter le motif de refus tiré de la règle de compétence indirecte, à l'égard des règles des sections 3 à 5 et de l'article 23, non à l'égard de l'article 22. Dans ce cas, ce motif de refus étant écarté, il y aura normalement lieu de reconnaître la décision, sans préjudice toutefois du respect des autres conditions posées par la nouvelle section 4. Ce paragraphe joue, selon la proposition, dès que le défendeur devant le juge d'origine a procédé au fond sans faire de réserve sur la compétence. Au terme du débat, il est décidé de se référer à une condition d'acceptation de la compétence, sans exiger qu'elle soit expresse. Autre chose est d'identifier la partie pertinente. A cet égard, les formulations varient dans divers textes internationaux, tel projet de La Haye sur les jugements qui évoque le cas où, devant le tribunal d'origine, « le défendeur procède au fond sans contester la compétence », ou l'article 10 de la Convention de La Haye de 1971 sur les jugements qui distingue, outre le cas précité (« le défendeur a procédé au fond sans décliner la compétence du tribunal d'origine », point 6), celui où « la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est requise était demanderesse à l'instance devant le tribunal de l'Etat d'origine qui l'a déboutée » (point 7). Le débat est ouvert sur le choix de la formulation à la fois la plus appropriée et la plus concise. Il fait cependant apparaître que la partie dont le comportement est pris en compte devrait être moins le défendeur en tant que tel que la partie qui s'oppose à la reconnaissance. En effet, dans l'hypothèse d'une action en inopposabilité intentée par le défendeur originaire qui a refusé la compétence mais a perdu au fond, la référence du texte à ce défendeur empêcherait le demandeur, tel un consommateur, qui a obtenu gain de cause devant le juge d'origine d'obtenir la reconnaissance de la décision dans l'Union. De même, si ce défendeur originaire ayant refusé la compétence mais obtenu gain de cause devant le juge d'origine intente une action en opposabilité, le demandeur débouté devant le juge d'origine pourrait obtenir un refus de reconnaissance. De telles incohérences seraient évitées avec la formulation retenue.

Au terme du débat, le Groupe retient la formulation suivante de l'article 56-3 :

1. Une décision n'est pas reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente alors qu'une juridiction d'un Etat membre aurait été compétente en vertu des dispositions des sections 6 et 7 du chapitre II.
2. Une décision n'est pas reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente sur la base de règles contraires à celles des sections 3 à 5 du chapitre II.
3. Une décision n'est pas reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente en l'absence de lien suffisant entre l'Etat d'origine et le litige, 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 avec le litige ; ou
  - la saisie de biens situés dans cet Etat sans lien avec le litige ; ou
  - l'exercice d'activités commerciales ou professionnelles du défendeur dans cet Etat sans lien avec le litige.

4. Les dispositions des paragraphes précédents ne sont pas applicables lorsque la partie qui s'oppose à la reconnaissance a accepté la compétence de la juridiction de l'Etat d'origine, sauf si une juridiction d'un Etat membre est exclusivement compétente en vertu de l'article 22.

L'article 56-4 reprend en substance les motifs de refus de l'article 34 du règlement, hormis le motif d'ordre public, qui fait l'objet de dispositions spécifiques. Le texte de la proposition est formulé comme suit :

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

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

Le premier point vise à protéger le défendeur devant le juge d'origine. D'aucuns regrettent que la condition ne se réfère pas à la « régularité » de la signification comme le fait la convention de Bruxelles, condition qui permettrait de se référer à la convention de La Haye. Cependant, le texte de la proposition reprend les termes du règlement et de la nouvelle convention de Lugano, non seulement dans le but premier de protéger le défendeur, mais encore en raison de la difficulté éventuelle à vérifier la régularité selon le droit étranger. De plus, le motif de refus ne vise pas à assurer la régularité de la signification et la circulation de la décision devrait moins en dépendre que d'un souci de préserver les droits de la défense. En revanche, la sanction tirée de l'abstention du défendeur d'introduire un recours alors qu'il était en droit de le faire est apparue comme excessivement sévère.

Le quatrième point vise le cas d'un conflit de procédures, lorsque la décision a été rendue sur une demande introduite après qu'une demande identique a été introduite devant un Etat membre et est toujours pendante. Le texte proposé par le sous-groupe précise que la demande pendante dans l'Union peut l'être dans tout Etat membre et non pas seulement dans l'Etat du juge requis. Ce motif de refus ne fait pas l'unanimité, car il n'est pas retenu par le droit de certains Etats membres (par exemple, la Cour de cassation de France, 16 décembre 2009, Schuman, *RCDIP*, 2010, p. 164, note H. Muir Watt) et risque de favoriser les procédures « torpille » en incitant à introduire l'action dans l'Union. Toutefois, la solution inverse risque tout autant de favoriser le recours à une « torpille » dans un pays tiers pour annihiler la procédure introduite dans l'Union. Surtout, le motif de refus proposé vise à protéger la règle de litispendance insérée dans le texte de Bergen, d'après laquelle le juge saisi en second lieu doit se dessaisir. Le Groupe décide de donner au motif de refus une formulation facultative.

L'article 56-4 est adopté selon la formulation suivante :

1. 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;
- 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

2. Une décision peut ne pas être reconnue si la demande a été introduite dans l'Etat d'origine après l'introduction devant le tribunal d'un Etat membre d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause.

L'article 56-5 de la proposition vise le contrôle du respect de lois de police. Il est formulé comme suit :

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 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 de l'Union européenne dont le respect est jugé crucial par l'Union au point d'exiger 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 excessifs, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs.

La proposition reprend la version préparée en vue de la réunion de Padoue, avec quelques modifications : les lois de police de référence sont celles de l'Etat requis et non de tout Etat membre ; la définition des dispositions impératives européennes s'aligne sur celle des règles nationales correspondantes ; l'hypothèse des dommages non compensatoires se limite à celle de dommages excessifs, selon le terme repris du préambule (§ 32) du règlement Rome 2.

Le débat porte principalement sur le caractère facultatif du refus, en particulier lorsque la méconnaissance porte sur une disposition impérative de l'Union. Plusieurs arguments militent en faveur d'une marge d'appréciation du juge requis : la Cour de justice même n'a pas exigé en soi, dans l'arrêt *Eco Swiss China Time* (CJ, aff. C-126/97, 1er juin 1999), que le juge requis refuse de reconnaître une sentence ayant méconnu les règles de concurrence, mais seulement en fonction de la condition procédurale du motif d'ordre public dans le droit du for. De plus, la sévérité à l'encontre d'une méconnaissance peut être plus sévère dans le cadre d'une instance directe, comme dans l'affaire *Ingmar* (CJ, aff. C-381/98, 9 novembre 2000) que d'une instance indirecte, où une décision définitive a déjà été rendue. Enfin, le degré de proximité de la situation avec l'Union peut varier, par exemple, à propos d'un agent commercial protégé par la directive 86/653 du 18 décembre 1986 (JO, 1986, L 382), lorsqu'une partie seulement des activités est localisée dans l'Union. En somme, l'appréciation ne devrait guère différer de celle que requiert le motif même de l'ordre public, visé à l'article 56-6. Aussi est-il décidé de s'aligner sur la formulation de cet article, en formulant le motif de manière

impérative, tout en observant que le refus n'a lieu que « dans la mesure » d'une méconnaissance, terme ouvrant à une certaine marge d'appréciation.

Quant à la définition des dispositions impératives en cause, le texte s'aligne sur le critère énoncé par l'article 9, paragraphe 1er, du règlement Rome 1, tout en omettant les précisions ajoutées par celui-ci afin de ne pas alourdir le texte. Mais c'est bien en ce sens que celui-ci doit être compris.

L'article 56-5 est adopté sous la formulation suivante :

Une décision n'est pas 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 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 de l'Union européenne dont le respect est jugé crucial par l'Union 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

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

L'article 56-6 formule le motif général de l'ordre public. Comparé avec le motif présent dans l'article 34 du règlement, il insiste davantage sur le droit au procès équitable et le contrôle d'une fraude possible commise dans la procédure à l'étranger. Il précise aussi que l'ordre public concerné est l'ordre public procédural autant que substantiel de l'Etat requis, mais aussi celui de l'Union européenne. Il est entendu que, dans la version en langue anglaise, le terme « public policy » est suivi du terme « (ordre public) », à l'exemple de ce que fait l'article 26 du règlement Rome 2.

Le texte est formulé comme suit :

Une décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public substantiel ou procédural de l'Etat membre requis ou de l'Union européenne, en particulier si cette décision résulte d'un manquement aux principes qui régissent le droit au procès équitable ou résulte d'une fraude commise dans la procédure.

L'article 56-7 vise l'interdiction de la révision au fond de la décision, à l'instar de l'article 36 du règlement. Le texte de la proposition réservait le motif de refus visé par l'article 56-5, relative au contrôle du respect des lois de police. Cette formulation donnait à entendre que ce type de contrôle appartient à la notion de révision au fond. Elle ne reflète pas la distinction opérée, en particulier, par D. Holleaux (voy. par exemple, P. Gothot et D. Holleaux, *La convention de Bruxelles du 27.9.1968*, Paris, Jupiter, 1985, n° 317) montrant que la suppression de la révision du fond (contrôle des faits et de la loi appliquée) n'empêche nullement une révision à fin de contrôle des autres motifs de refus liés à la régularité de la décision, tel l'ordre public. Face à la difficulté d'appréhender une notion pouvant revêtir des significations différentes d'un système à l'autre, le Groupe décide de s'en tenir à l'expression utilisée par l'article 36 du règlement, à savoir :

En aucun cas la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

L'article 56-8 énonce la nécessité d'une déclaration de la force exécutoire pour la mise à exécution d'une décision, en reprenant les termes de l'article 38 du règlement, tout en adaptant la rédaction à la circonstance que la décision a été rendue dans un pays tiers :

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 dans cet Etat membre 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.

L'article 56-9 détermine la procédure applicable pour la déclaration de la force exécutoire. La proposition du sous-groupe, qui ajoutait un paragraphe relatif aux décisions non définitives, était formulée comme suit :

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.

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

A la différence du règlement et de la convention, l'article opère un renvoi au droit national. Par ailleurs, le paragraphe 2 n'a de raison d'être que dans la perspective d'une inclusion des décisions non définitives dans le domaine des règles communes. L'exclusion de ce domaine en justifie donc la suppression. Le Groupe adopte ainsi la disposition suivante :

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.

L'article 56-10 reprend les termes de l'article 49 du règlement relatif à l'efficacité d'une décision condamnant à une astreinte :

Les décisions étrangères condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'Etat membre requis que si le montant en a été définitivement fixé par les tribunaux de l'Etat d'origine.

L'article 56-11 permet un exequatur partiel, comme le fait l'article 48, § 1er, dans les termes suivants :

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.

L'article 56-12 établit la liste des documents à produire, suivant en substance les termes de l'article 47 de la convention de Bruxelles. En particulier, la production d'une attestation de la notification de l'acte introductif d'instance à la partie défaillante se justifie aux fins de pouvoir vérifier si celui-ci a disposé d'un temps utile pour assurer sa défense, comme le requiert l'article 56-4, paragraphe 1er, point 1). Par ailleurs, il est précisé que la traduction des pièces peut être exigée, d'office ou à la demande d'une partie : cela signifie que la décision appartient à l'autorité requise mais qu'elle peut être amenée à statuer sur demande d'une partie. L'article se présente comme suit :

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, d'office ou à la demande d'une partie.

La proposition du sous-groupe contenait un article 56-13 visant à ouvrir la voie à une forme de reconnaissance dans l'ensemble de l'Union de la décision rendue dans un Etat membre sur la reconnaissance d'une décision rendue dans un pays tiers, dans les termes suivants :

Une décision rendue par une juridiction d'un Etat membre sur la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue par une juridiction d'un Etat non membre est prise en considération par les juridictions des autres Etats membres [lors de l'examen des conditions visées aux articles 56-3 à 56-6].

Selon le commentaire explicatif de la proposition :

Les travaux portant sur le régime de reconnaissance de décisions rendues dans des pays tiers ont suscité un débat sur la possibilité de permettre la reconnaissance dans l'ensemble des Etats membres d'une décision d'un Etat membre rendue sur la reconnaissance d'une décision rendue dans un pays tiers. En d'autres termes, la question consiste à savoir si, dans la logique de l'espace européen de liberté de circulation, il conviendrait de renoncer à l'adage « exequatur sur exequatur ne vaut ». En quelque sorte, cela tendrait à assimiler la décision rendue dans un pays tiers à un jugement rendu dans l'Union européenne après qu'elle a bénéficié d'un premier jugement favorable à sa reconnaissance dans l'Union. Cette approche serait liée à la nature unilatérale des règles européennes, fixant la portée, dans l'espace unique, d'un jugement extérieur à cet espace.

La proposition prévoit une disposition permettant d'envisager une telle perspective (art. 56-13). Celle-ci ne se heurte pas moins à certaines objections (termes mis entre crochets).

D'abord, elle conduirait à accorder un traitement plus favorable à une décision d'un pays tiers par rapport à une décision rendue dans un Etat membre d'origine. Cette objection serait cependant surmontée en cas de généralisation, basée sur les nécessités du marché intérieur, en particulier au travers d'une extension du régime du titre exécutoire européen opérée à l'occasion d'une révision du règlement.

Ensuite, il faudrait évaluer les difficultés pratiques de la mise en œuvre d'un tel régime. En effet, les standards de justice des Etats membres ne sont pas totalement homogènes. Il est donc probable que, dans un Etat membre requis en deuxième lieu, il conviendrait encore d'appliquer certains motifs de refus. Néanmoins, force est de constater l'incidence du « principe de confiance mutuelle » affirmé par la Cour de justice à l'égard de décisions rendues dans un Etat membre. Si, dans un régime de titre exécutoire européen qui repose sur un tel postulat — quoi que l'on puisse penser de sa pertinence en l'absence d'une harmonisation minimale des droits de la procédure civile des Etats membres —, l'Etat requis ne pourrait plus s'opposer à la reconnaissance d'une décision rendue dans un autre Etat membre parce que le juge d'origine est présumé avoir statué de manière équitable et conformément aux règles de droit applicable, il serait incohérent de ne pas poser cette présomption à propos d'une décision rendue dans un Etat membre sur la reconnaissance d'une décision rendue dans un Etat tiers. Tout au plus conviendrait-il de distinguer parmi les motifs de refus possibles de cette décision rendue sur la reconnaissance. Ainsi, il faudrait réserver les motifs pris de la violation d'une loi de police de l'Etat requis (art. 56-5, 1°, 1er tiret), de l'attribution de dommages excessifs par le juge d'origine (art. 56-5, 2°) ou de la violation de l'ordre public, substantiel ou procédural, de l'Etat requis (art. 56-6). En revanche, il n'y aurait pas lieu de

remettre en cause la manière dont le juge premier requis aura apprécié les pièces produites devant lui — sauf la question de l'exigence de traductions — (art. 56-12), ni probablement son appréciation du respect des règles de compétence indirecte (art. 3), voire du respect des dispositions impératives établies par l'Union (art. 56-5, 1°, 2e tiret).

Le cas échéant, une règle de compétence directe commandant la saisine du juge premier requis pourrait être envisagée, afin de prévenir le risque de *forum shopping*. Pourtant, les conditions précitées amenuiseraient l'incidence pratique d'un choix procédural, puisque les juridictions de tout Etat membre conserveraient une possibilité de fonder un refus de reconnaissance sur les particularités de leur système juridique.

Une telle renonciation à l'adage « *exequatur sur exequatur ne vaut* » n'avait pas réuni l'unanimité au sein du sous-groupe, ce qui avait conduit à une proposition se contentant de ne demander au juge requis dans un autre Etat membre que de « prendre en considération » la décision sur la reconnaissance, ce qui pouvait l'amener, par exemple, à se fier à certains contrôles déjà effectués, notamment sur la compétence indirecte ou sur l'exigence de productions de pièces, tout en sauvegardant le contrôle des lois de police nationales ou de l'ordre public du juge requis.

Le débat reproduit les arguments en faveur ou à l'encontre d'une telle disposition. Certes, elle limite le risque de décisions inconciliables sur la reconnaissance. Cependant, la difficulté d'en assurer une formulation suffisamment précise est certaine. D'autres objections viennent de la nécessité de fixer la compétence territoriale du juge premier requis, afin de contrer le *forum shopping*, ou de l'hypothèse où ce juge a statué en vertu d'une convention bilatérale conclue entre son Etat et le pays tiers, ou encore de préserver le motif de refus tiré de l'inconciliabilité des décisions (art. 56-4, § 1er). Est également évoquée la perspective d'une assimilation de la décision rendue sur la reconnaissance à une décision rendue sur le fond, dont l'efficacité serait alors soumise aux dispositions du règlement sur la reconnaissance de décisions rendues dans un Etat membre. Plus fondamentalement, constitue une objection la circonstance que, grâce à un effet en quelque sorte paneuropéen de la décision rendue sur la reconnaissance, la décision rendue dans un pays tiers jouirait d'un statut plus favorable que toute décision rendue dans un Etat membre, tant du moins que fait défaut une généralisation du concept de titre exécutoire européen. En revanche, la consécration éventuelle de celui-ci pourrait s'accompagner d'une forme de reconnaissance paneuropéenne.

La proposition du sous-groupe contenait un article 56-14 prévoyant la possibilité d'adopter des mesures européennes de sauvegarde à l'encontre de décisions rendues dans certains pays tiers, ainsi formulé :

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, 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 Parlement européen et le Conseil en temps utile avant d'adopter ou d'abroger d'une mesure de sauvegarde. Elle prend dûment en compte les observations éventuelles du Parlement européen et du Conseil.

Selon le commentaire explicatif de la proposition, à la suite de l'évocation du motif de refus de l'ordre public procédural :

Autre chose serait de proposer l'insertion d'une clause de sauvegarde (art. 56-14), 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 52-6, 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 exclusion 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 tantôt 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.

Le Groupe décide de ne pas inclure une disposition ayant cet objet, au terme d'un débat montrant ses avantages et inconvénients. Le principe même de l'éventualité de sanctions à l'encontre de certains pays tiers n'est pas à exclure pour autant : le caractère universel des règles communes peut nécessiter des mesures propres à certains Etats, et celles-ci ne devraient pas se limiter à l'hypothèse de la violation de droits fondamentaux, car elles pourraient également concerner un pays se refusant à toutes relations conventionnelles avec l'Union. D'ailleurs, l'adoption de mesures de sauvegarde ayant une incidence sur les questions de droit civil est déjà possible en droit de l'Union, comme en atteste, à propos de la reconnaissance de décisions rendues dans un pays tiers, le règlement 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant une protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant (JO, 1996, L 309, art. 4 et 5). Est discutée la pertinence de confier de tels pouvoirs en matière civile à la Commission, ainsi que la praticabilité d'un tel système, qui risque de rester inappliqué, comme en témoigne l'expérience de la disposition modèle des conventions d'adhésion, ou encore la contre-productivité d'une attitude de l'Union pouvant s'avérer arrogante à l'égard de pays tiers. Un régime de mesures de sauvegarde pourrait, en revanche, se concevoir dans le cadre d'une politique générale de mesures restrictives que le Conseil a le pouvoir d'adopter. Plus précisément, dans le contexte du programme de Stockholm qui prévoit l'adoption d'une stratégie à l'égard des pays tiers, la Commission pourrait envisager que l'Union puisse se doter d'un instrument lui permettant de réagir, par l'organisation de mesures de sauvegarde, à la politique d'un pays tiers concernant la coopération judiciaire en matière civile.

L'article 72-1 vise les relations des règles communes avec d'autres instruments internationaux, et viendrait à la suite des dispositions du règlement relatives aux accords conclus entre Etats membres. Il préserve les accords conclus avec des pays tiers avant l'adoption des règles communes, tout en renvoyant aux exigences posées par l'article 351 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. De plus, la proposition évoque l'éventualité d'un acte de délégation de compétence aux Etats membres analogue à ceux adoptés à propos des règlements Bruxelles IIbis, Rome 1 et Rome 2 ou 4/2009. Il reste à vérifier si une telle perspective trouvera à s'insérer dans le même type d'équilibre global que celui qui a rendu possible une telle délégation dans le contexte des règlements précités. Au demeurant, l'expérience de telles délégations reste limitée à ce jour, se limitant à un accord entre la France et la Suisse portant sur les contrats de travail de chercheurs du CERN.

L'article 72-1 est formulé comme suit :

Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions et accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels 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 351 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'alinéa 1er est sans préjudice de l'application du règlement n° 0000 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les Etats membres et des pays tiers concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière civile et commerciale.

En outre, l'article 72 du règlement devrait être supprimé, en conséquence du texte de Bergen, qui vise à donner aux règles de compétence directe du règlement une portée universelle. En effet, cette disposition concerne un accord sur la reconnaissance d'une décision rendue à l'égard d'un défendeur domicilié dans un pays tiers sur la base d'un des fors exorbitants présents dans le droit d'un Etat membre et énoncés par l'article 3, alors que, selon le texte de Bergen, le règlement couvrirait désormais un litige porté contre un tel défendeur et ne laisserait plus de place aux fors exorbitants des droits nationaux, ôtant par le fait même l'effet utile de l'article 3.

[Version consolidée - consolidated version](#)

## II. Modification de l'article 22bis du texte de Bergen

M. Fallon soumet au Groupe l'état d'une discussion consécutive à la finalisation du texte de Bergen, concernant la rédaction du paragraphe 1er, alinéa 1er, l'article 22bis, ainsi formulé :

1. Lorsque aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu de l'article 22, le juge d'un Etat membre saisi d'une demande concernant une matière visée par cet article et qui serait compétent en vertu d'autres dispositions du présent règlement, surseoit à statuer s'il est établi que les juridictions d'un Etat non membre sont seules compétentes en vertu du droit de cet Etat sur la base de dispositions analogues à celles de l'article 22, à l'exception de celles concernant la matière des baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs et la matière de l'exécution des décisions.

La question porte sur l'exclusion des matières des baux d'immeubles de courte durée et de l'exécution des décisions : selon le texte, l'effet reflex ne jouerait pas pour celles-ci, de sorte que, lorsque par exemple l'immeuble est situé dans un pays tiers, les contestations entre bailleur et locataire résidant dans le même pays peuvent être soumises à une juridiction d'un Etat membre en vertu non seulement de l'article 2 mais encore de toute disposition pertinente du règlement, en particulier celles de l'article 5, 1° ou de l'article 23. De même, une contestation relative à l'exécution dans un pays tiers d'une décision rendue dans ce pays pourrait être soumise à une juridiction d'un Etat membre compétente en vertu de l'article 2 ou des articles 5 ou 23.

Au cours de la réunion de Bergen, ces questions avaient été évoquées mais la rédaction du texte n'avait pu être finalisée, étant alors laissée à une phase d'échanges par voie électronique.

Les membres conviennent que l'on voit mal un juge d'un Etat membre statuer sur des modalités d'exécution dans un pays tiers d'une décision rendue dans ce pays. De plus, en cas d'exécution dans plusieurs Etats, dont certains Etats membres, chacune de ces mesures aurait un effet strictement territorial.

Il convient alors de supprimer les deux cas d'exclusion précités, tout en réservant l'hypothèse d'une compétence exclusive en vertu de l'article 22, comme suit :

1. Lorsque aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu des règles de compétence exclusive de l'article 22, le juge d'un Etat membre saisi d'une demande concernant une matière visée par cet article et qui serait compétent en vertu d'autres dispositions du présent règlement, surseoit à statuer s'il est établi que les juridictions d'un Etat non membre sont seules compétentes en vertu du droit de cet Etat sur la base de dispositions analogues à celles de l'article 22.

Ainsi formulé, le texte n'affecte pas le litige relatif à un bail de courte durée intéressant un défendeur domicilié dans un Etat de l'Union, puisque l'article 22, en permettant de fonder la compétence d'un juge de cet Etat sur l'article 2, n'en fait pas un chef exclusif. De même, un litige portant sur un immeuble situé dans un pays tiers mais porté devant un juge européen en vertu de l'article 23, ne relève pas de l'article 22.

## III. Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalités en droit de l'Union européenne

J. Basedow présente les orientations d'une étude à paraître prochainement à la Revue critique de droit international privé, où il analyse l'incidence du droit de l'Union sur le rattachement à la nationalité, en particulier sous l'angle de l'exigence de non-discrimination en raison de la nationalité posée par l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien art. 12 CE). Il part du triple constat qu'une partie de la doctrine allemande voit dans ce facteur de rattachement une violation du principe de non-discrimination, mais aussi que cette question affecte seulement les citoyens de l'Union, non les ressortissants de pays tiers et que le principe devrait être compris comme interdisant, en réalité, uniquement les mesures protectionnistes réservant certains droits aux nationaux. Le matériau jurisprudentiel récent de référence est constitué de l'arrêt *Hadadi* (CJ, aff. C-168/08 du 16 juillet 2009) ainsi que des conclusions rendues début septembre dans les affaires C-47/2008 sur l'accès à la profession notariale et C-291/09 sur l'opposabilité de la caution *judicatum solvi* à une société monégasque.

La pluralité de nationalités est certes acceptable pour la détermination de la compétence internationale, non pour la désignation de la loi applicable. De ce point de vue, l'arrêt *Garcia Avello* (CJ, aff. C-148/02, 2 octobre 2003) suscite une difficulté, car il laisse la solution du conflit au premier des parents à introduire une demande concernant la détermination du nom.

Quant au droit dérivé, il n'exclut pas nécessairement tout effet à la nationalité. Ainsi, le régime des indemnités de dépaysement crée une forme de discrimination à rebours. D'autre part, la solution retenue par la Cour de justice (CJ, aff. 257/78, 14 décembre 1979, *Evelyn Kenny-Levyck*) à propos du conflit de nationalités ne repose pas sur le critère d'effectivité. Les règlements adoptés en matière de conflits de juridictions laissent également une place à la nationalité, dont la portée reste à approfondir. Pour sa part, l'arrêt *Hadadi* reste imprécis à l'égard de la nationalité, la Cour étant soucieuse d'éviter la prévalence d'une nationalité sur l'autre, ce qui revient à ouvrir un choix aux parties.

De manière générale, l'article 18 TFUE semble accepter le critère de nationalité s'il s'appuie sur un élément de proximité, comme en témoigne l'arrêt A. de la Cour de justice (aff. C-523/07, 2 avril 2009) qui, établissant par une méthode indiciaire la concrétisation de la résidence habituelle d'un enfant au sens du règlement Bruxelles 2bis, inclut la nationalité parmi les éléments de localisation pertinents. Aussi, l'interdiction de discrimination porte seulement sur l'octroi d'avantages matériels aux nationaux. Pour la détermination de la compétence internationale, la nationalité de tout Etat membre reste pertinente, même en l'absence d'effectivité. Pour le conflit de lois en revanche, le critère d'effectivité devrait primer en cas de conflit de nationalités, sous peine de compromettre une harmonie des décisions.

Les conclusions de l'étude se présentent comme suit :

De nombreuses lois nationales portant sur le droit international privé utilisent la nationalité comme facteur de rattachement dans les domaines du droit des personnes, du droit de la famille et du droit des successions. Le droit international privé de l'Union est en train de se former en des domaines analogues comme en matière de successions ou de divorce. Malgré l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité dont à l'article 18 TFUE les textes pertinents utilisent le critère de la nationalité de plus en plus souvent. Il faut essayer de concilier ces directives normatives divergentes par une nouvelle appréciation du rattachement à la nationalité comme indice d'un lien de proximité, et par une interprétation de l'article 18 TFUE qui restreint la portée de cette disposition aux normes unilatérales octroyant des droits et privilèges matériels aux citoyens de l'Etat du for.

La signification de cette approche se traduit d'un côté dans le contrôle de la conformité des règles de conflit nationales avec le droit de l'Union et de l'autre côté dans l'interprétation du droit international privé de l'Union qui pourrait être complété un jour par un acte prévoyant des règles générales de droit international privé. Dans la mesure où les principes directeurs qui devraient guider le développement dans ces domaines se dessinent avec une clarté suffisante elles peuvent être résumés comme suit :

(1) La nationalité d'un individu doit être déterminée en conformité avec le droit de l'Etat dont la nationalité est en question.

(2) Le rattachement de la compétence directe des juridictions d'un Etat membre au facteur unique de la nationalité d'une seule partie risque de discriminer l'autre partie et doit être supprimé en conformité avec l'article 18 TFUE.

(3) Le rattachement de la compétence directe des juridictions d'un Etat membre à la nationalité commune des parties est plus susceptible d'être toléré comme un fondement supplémentaire de la compétence à côté de la résidence habituelle.

(4) En matière de successions, le renvoi à la nationalité du défunt est également acceptable sous l'aspect de la discrimination, soit pour la compétence des juridictions, soit pour la détermination de la loi applicable.

(5) Quant aux conflits de lois, le rattachement au facteur unique de la nationalité d'une seule partie constitue une discrimination ouverte de l'autre partie ressortissant d'un autre Etat membre, incompatible avec l'article 18 TFUE.

(6) Est plus susceptible d'être conciliable avec l'article 18 TFUE une règle de conflit qui utilise la nationalité en combinaison avec d'autres facteurs de rattachement comme par exemple la nationalité de l'autre partie, facteurs qui indiquent un lien de proximité entre l'espèce et l'ordre juridique d'un Etat membre.

(7) Quant il s'agit du statut des personnes individuelles le renvoi à la loi nationale ne comporte pas de discrimination.

(8) Autant que le rattachement à la nationalité est légitime en tant que tel l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité doit aussi être respectée dans le traitement des personnes à doubles ou multiples nationalités.

(9) L'article 18 TFUE confère aux ressortissants d'un Etat membre qui ont aussi la nationalité d'un autre Etat membre le droit d'accéder aux juridictions des deux Etats dans la mesure où leurs droits nationaux rattachent la compétence à la nationalité; les deux Etats ne peuvent pas

refuser la reconnaissance mutuelle des jugements pour l'incompétence indirecte résultant d'une règle prévoyant la priorité de leur propre nationalité.

(10) Quant au conflit de lois, la priorité qu'un Etat membre réclame, en cas de double nationalité, pour celle de l'Etat du for, n'est pas conciliable avec l'article 18 TFUE ; la nécessité d'un statut unique régissant les relations juridiques ici conduit au rejet de l'égalité des nationalités et à la prépondérance de la nationalité effective.

(11) Si une partie a acquis d'office, par le fait du mariage, la nationalité de l'autre, sans possibilité d'y renoncer, les époux ne peuvent pas être regardés comme possédant une nationalité commune, sauf si la nationalité acquise par le mariage est devenue effective.

(12) En vue de la portée de l'article 18 TFUE qui n'interdit la discrimination exercée en raison de la nationalité qu'à l'encontre des ressortissants d'autres Etats membres, les Etats membres sont libres de garder des règles de conflit qui comportent une discriminations de personnes ressortissants d'Etats tiers.

Le débat est centré sur la solution du conflit de nationalités, en particulier sur les rôles respectifs de l'autonomie de la volonté et de l'effectivité.

Plusieurs membres attirent l'attention sur les limites du critère d'effectivité. La faculté des parties de faire choix de la nationalité la plus favorable ne saurait être négligée, même si cette solution, à son tour, appelle des correctifs, tantôt en cas de conflit entre parties, tantôt en cas de choix successifs, tantôt en appelant une règle subsidiaire en l'absence de choix : cette règle pourrait se référer à la décision prise par le juge premier saisi, les juridictions saisies ultérieurement devant ensuite se prononcer en termes de reconnaissance de cette décision. Une consécration de la faculté de choix semble bien inhérente à l'arrêt *Garcia Avello*, même si celui-ci — ainsi qu'à sa suite l'arrêt *Grunkin* (CJ, aff. C-353/06, 14 octobre 2008) — peut se comprendre en même temps comme consacrant le droit de la personne à un nom unique. A tout le moins, l'exercice d'une telle faculté suffit à évincer le risque de discrimination. Il reste que la solution du conflit de nationalités lorsqu'il s'agit d'apprécier un rapport juridique affectant une pluralité de personnes reste problématique. Une autre voie à explorer est celle de règles de rattachement alternatives, là où la solution de rattachement cherche à obtenir un résultat matériel en désignant la loi la plus favorable, comme le fait la Convention de La Haye de 1961 pour la forme des testaments.

D'autres membres estiment que le critère de proximité peut jouer un rôle pour fonder le critère de nationalité. A cet égard, la position de la Cour de justice dans l'arrêt *Hadadi* semble peu satisfaisante, préférant une approche publiciste à une approche privatiste. Inversement, la nationalité ne devrait probablement pas servir à identifier une notion aussi factuelle que la résidence, comme le fait l'arrêt A. de la Cour de justice ; la convergence de la nationalité et de la résidence semblent plutôt pouvoir servir à identifier un degré d'intégration sociale de la personne.

#### IV. Problématique de la preuve et de l'accès au droit étranger

M. Pauknerova et H. van Loon présentent l'état des travaux portant sur l'application du droit étranger, en particulier la preuve du contenu de ce droit et l'accès à l'information portant sur ce droit, dont les conclusions sont annexées au présent compte-rendu ([annexe IV](#)).

Pour l'essentiel, les études réalisées par la Conférence de La Haye concluent à l'impossibilité d'harmoniser les législations nationales en la matière et à une préférence pour l'exploitation d'outils mis à disposition des acteurs de la justice, tantôt par une rénovation de la Convention de Londres de 1968, tantôt par une valorisation des bases de données présentes sur Internet. De telles bases sont cependant de qualité variable et il serait utile d'élaborer un standard en la matière. De plus, les contacts directs entre magistrats, avocats, experts devraient être organisés par une mise en réseaux.

D'autres travaux ont conduit au rapport dit de Valence et aux principes directeurs de Madrid. Ils opèrent une classification des questions, en distinguant l'applicabilité d'office de la loi étrangère, la preuve de son contenu, les conséquences d'une absence de preuve et les voies de recours ouvertes en cas de méconnaissance du droit étranger. Ils montrent également que la disparité actuelle compromet la voie en cours de l'harmonisation du droit international privé et suggèrent la nécessité, à la fois de l'adoption d'un acte européen de portée générale et d'une activation du réseau judiciaire européen.

Le débat suggère que le problème rencontré affecte moins l'applicabilité d'office du droit étranger que le traitement de l'accès à l'information sur le droit étranger. Sur le premier point, les divergences en droit comparé sont moins radicales qu'en apparence : si la majorité des Etats de tradition romano-germanique connaissent le principe de l'applicabilité d'office, celui-ci n'est pas inconnu des pays de common law, le juge anglais pouvant y être amené en cas d'affectation d'un « *public interest* » et le juge américain y étant tenu en principe, comme en atteste un jugement très nuancé de la cour d'appel du 7th circuit du 2 septembre 2010 dans l'affaire *Bodrum v. La Cafetière*. La mise en pratique de cette obligation s'avère plus délicate à apprécier, non seulement en raison de la difficulté à prendre connaissance du droit étranger, mais encore parce qu'il convient probablement de distinguer selon les matières concernées. Ainsi, une distinction entre droits disponibles et droits indisponibles, connue sur le continent européen, n'est pas absente en fait dans les pays de *common law* puisque leurs juridictions ne sont amenées que peu fréquemment — mais non exceptionnellement — à appliquer un droit étranger en matière familiale en raison du contenu de la règle de conflit de lois. Inversement, les juridictions du continent sont souvent amenées à donner acte aux parties d'un accord procédural, sans oublier le nombre de cas où les parties ignorent l'existence même de la problématique du conflit de lois.

La mise en place d'un système de contacts directs, par exemple par la désignation de magistrats de liaison, pourrait être mise à l'étude. Les difficultés inhérentes à un tel concept ne devraient pas être négligées pour autant. Ainsi, il est improbable qu'une instance unique par Etat soit en mesure de répondre de manière fiable à toute question portant sur n'importe quelle matière. De plus, le degré de pertinence de la réponse serait fonction de la connaissance que l'expert a pu avoir du dossier. Enfin, le processus d'expertise devrait préserver le principe du respect des droits de la défense, en particulier au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Ne devrait pas non plus être négligée l'incidence que le droit de l'Union européenne exerce dès à présent sur le traitement du droit étranger. D'un côté, certaines règles de conflit de lois du droit dérivé — par exemple les dispositions de la directive 96/71 du 16 décembre 1996 sur le détachement des travailleurs (JO, 1997, L 18) — revêtent un caractère impératif tel que leur application d'office doit être envisagée. D'un autre côté, il convient de tenir compte de l'impact probable des principes d'effectivité et d'équivalence qui commandent le processus d'exécution du droit européen par les autorités des Etats membres. Ainsi, une règle de conflit européenne ne saurait avoir un statut procédural moins favorable que celui dont jouit une règle nationale dans la matière en cause, même s'il est vrai que l'autonomie procédurale ainsi tolérée par le droit européen ne permet pas d'obtenir une harmonisation des droits nationaux sur la question de l'applicabilité d'office. D'autre part, le principe d'effectivité commande que le justiciable puisse bénéficier en pratique des droits que lui confère une règle européenne, ce qui pourrait ne pas être le cas si la preuve de la loi étrangère désignée par une règle de conflit du droit dérivé devait incomber exclusivement à la partie qui s'en prévaut.

Le Groupe convient de l'intérêt de traiter de ce sujet, en particulier en raison des processus en cours au sein de l'Union, que ce soit dans le contexte du projet de Valence ou dans celui, spécifique, du mandat assigné à la Commission en vue de son rapport de révision du règlement Rome 2.

## V. Actualités du droit de l'Union européenne

E. Jayme et C. Kohler choisissent de centrer le débat sur la proposition de règlement relatif aux successions (version du 14 octobre 2009, doc. COM 2009, 154). Ils attirent l'attention sur deux éléments, à savoir l'étendue du domaine de la loi applicable et la relation entre le règlement et les conventions bilatérales conclues avec des pays tiers.

La détermination de la matière successorale découle des articles 1er et 19, celui-ci étant inspiré de la disposition correspondante de la Convention de La Haye de 1989. Une première difficulté découle de divergences terminologiques entre pays du continent et systèmes de *common law*, tel le concept d'indignité successorale (art. 19, § 2, e). Une deuxième question affecte l'exclusion de la forme des testaments, ainsi laissée aux règles nationales de conflit pour les Etats membres n'ayant pas ratifié la Convention de La Haye de 1961. Une troisième question porte sur la nature des droits du conjoint survivant, visés à l'article 19, § 2, b), en relation avec l'exclusion des relations de famille ou de régime matrimonial par l'article 1er, § 3, a) et d) : ces droits peuvent découler du régime successoral et/ou du régime matrimonial, comme c'est le cas des quotes-parts prévues par le droit allemand. Le règlement n'opère aucune coordination des différentes matières concernées, alors que certains droits nationaux s'y efforcent, comme le droit espagnol qui prévoit l'application de la loi du régime matrimonial (art. 9, § 8, titre prélim. C. civ. esp.). Une quatrième question concerne la capacité de disposer ou de recevoir, incluse dans le domaine de la loi successorale selon l'article 19, § 2, c) et d), alors que le règlement ne couvre pas la capacité, sous réserve il est vrai de la disposition précitée (art. 1er, § 3, b). Qu'en est-il de la détermination de l'âge minimum requis pour disposer (16 ans en droit français) ou de la capacité d'un mineur de disposer en droit allemand pourvu que l'acte soit dressé devant notaire ? L'incapacité de recevoir pose des questions analogues, telle l'incapacité du médecin qui a soigné le défunt en droit français ou la question de l'indignité. En droit allemand ou en droit autrichien, celle-ci relève de la capacité générale et, à ce titre, de la loi nationale. Le rattachement à la loi successorale prônée par le règlement constitue cependant une approche préférable.

La relation avec les conventions conclues avec des pays tiers est visée à l'article 45, disposition de nature déclaratoire qui renvoie justement à l'article 351 TFUE. Reste cependant à faire un relevé complet de ces accords. Par exemple, la Tchéquie en a conclu plusieurs avec ses voisins de l'Est, l'Allemagne avec l'Iran, avec la Turquie ou l'ancienne URSS, l'Autriche avec l'Iran, l'Italie avec la Turquie. Ces traités concernent souvent des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union. Ils contiennent rarement des règles de compétence, plus souvent des règles de conflit de lois, tantôt une règle unitaire, tantôt une règle disjonctive distinguant les patrimoines mobilier et immobilier. L'application de ces accords peut créer des discordances. Ainsi, lorsqu'un défunt iranien résidant en Allemagne laisse des biens dans plusieurs Etats membres, le règlement désigne les tribunaux allemands mais l'accord bilatéral soumet la dévolution à la loi iranienne ; si la résidence est en France, les tribunaux français seront compétents et désigneront la loi française, en vertu du règlement. On constate ainsi un risque de disparité des solutions du conflit de lois en fonction du tribunal saisi, faisant surgir la question du degré d'incompatibilité de l'accord au sens de l'article 351 TFUE ou d'incompatibilité potentielle au sens de la jurisprudence de la Cour de justice (par ex., CJ, aff. C-249/06, 3 mars 2009, *Commission c. Suède*), qui exige de vérifier si l'accord risque d'empêcher de respecter le droit dérivé en arrivant à des solutions différentes. Il semble bien qu'un accord établissant un rattachement disjonctif soit incompatible. Cela est plus discutable pour l'accord désignant la loi nationale puisque le règlement autorise un choix de cette loi par le défunt. La question essentielle est de savoir si le système du règlement tolère des dérogations à l'égard de certains pays tiers. Sans doute l'adoption d'un règlement opérant délégation aux Etats membres pour conclure des accords bilatéraux devrait-elle permettre de résoudre le problème.

Le débat porte principalement sur les accords bilatéraux et sur la question du renvoi.

Pour les premiers, toute assimilation avec la problématique des accords sur les investissements traitée par la jurisprudence précitée est délicate car ceux-ci, à la fois, concernent des règles matérielles et affectent une compétence spécifique de l'Union à adopter des mesures de sauvegarde à l'égard de pays tiers, alors que les premiers portent sur le conflit de lois et que, au demeurant, les règles de rattachement disjonctives qu'ils peuvent contenir permettent de rencontrer une difficulté créée par la proposition de règlement lorsque la loi successorale désignée est incompatible avec une loi de situation qui exprime sa volonté d'application.

La question du renvoi doit être vue à propos du statut d'immeubles situés dans des pays tiers. La règle de rattachement retenue par la proposition risque de conduire à des décisions rendues dans l'Union dont la reconnaissance sera refusée dans certains pays tiers de situation d'un immeuble. Un tel risque est accru par le for exorbitant de l'article 6. Il conviendrait donc d'avoir égard à un tel risque. A ce titre, la technique du renvoi peut s'avérer utile. Sans même remettre en cause une exclusion du renvoi comme principe, celui-ci peut être efficace en certaines matières, lorsqu'il permet de servir les objectifs du rattachement. Quant aux modalités d'un renvoi, il reste à examiner si celui-ci devrait aller vers la loi de tout Etat, ou celle d'un Etat membre seulement — constituant alors, à l'échelle de l'Union européenne, une certaine forme de renvoi au premier degré —, ou encore, ce qui semble préférable, si le renvoi ne devrait jouer que lorsque la loi à laquelle il est renvoyé accepte sa propre application en vertu de sa règle de conflit, méthode préconisée par la Convention de La Haye de 1989. Cependant, le rattachement unitaire est un élément central de la proposition de la Commission. De plus, celle-ci exprime le souci d'un système suffisamment simple pour le praticien.

## — Activités de la Commission

K. Vandekerckhove présente les actions de l'Union en matière de droit international privé, au sein d'une unité désormais autonome et indépendante des Affaires intérieures.

En 2009, l'Union a fait une déclaration sur l'application immédiate et la rétroactivité de l'application du protocole de La Haye de 2007 en matière d'obligations alimentaires, instrument auquel elle attache une grande importance. Par ailleurs, le Danemark a décidé d'appliquer le règlement 4/2009 — hormis certains chapitres — (accord du 12 juin 2009, *JO*, 2009, L 149). Par ailleurs, une décision du Conseil organise, à l'égard du Danemark, une procédure de délégation en vue de la conclusion d'accords ultérieurs en matière de communication d'actes judiciaires (décision 2009/943 du 30 novembre 2009, *JO*, 2009, L 331). En matière de loi applicable au contrat d'assurance, la directive Solvabilité II (2009/138, 25 novembre 2009, *JO*, 2009, L 335) étend le contenu du règlement Rome I aux Etats non liés (Danemark, Norvège), en renvoyant vers celui-ci.

En 2010, les travaux portent en particulier sur la matière du divorce — non sans hésitations, la décision de poursuivre une coopération renforcée a été prise, impliquant 14 Etats, mais le débat reste difficile à propos de l'application de certains droits nationaux qui ignorent le divorce ou prévoient encore le divorce pour faute — et sur la matière des successions, laquelle dégage une majorité en faveur d'un rattachement unitaire par la résidence habituelle complétée par une autonomie de la volonté limitée. Subsistent certaines questions sur le domaine de la loi applicable, sur l'administration des successions, sur le lien avec le droit de propriété, sur la circulation du certificat d'héritier. La ratification de la Convention de La Haye de 1971 sur la forme des testaments est encouragée, malgré les difficultés inhérentes à l'instrument (par ex. la qualification de la forme, en particulier la question du testament conjoint). En d'autres matières, un livre vert a été adopté sur le droit européen des contrats (doc. COM 2010 348) et un projet a été préparé sur la prescription en matière de circulation routière. Sont en préparation une consultation sur l'action collective et un livre vert sur le règlement alternatif des litiges. Sont encore envisagées pour 2011 des propositions en matière de saisie bancaire et en matière de régimes matrimoniaux — pour les couples mariés et pour les partenariats. Une étude est en cours sur l'accès au droit étranger, qui conduira à une conférence conjointe avec la Conférence de La Haye en 2011.

Plusieurs actes en vigueur appellent un processus de révision, en matière de cession de créance (rapport en préparation), d'insolvabilité (pour 2012), de loi applicable au contrat de consommation (examen du lien entre Rome 1 et la directive cadre en préparation). La révision de Bruxelles 1 est également en cours, ainsi que celle de Bruxelles 2bis relativement au divorce. Reste en attente, l'étude du lien entre Rome 2 et la Convention de La Haye de 1971 sur les accidents de la circulation routière, en raison de l'absence de données statistiques sur l'application du règlement, ainsi que l'étude du lien avec la problématique de la vie privée.

Est encore évoquée l'existence d'un accord entre l'Allemagne et la France — non encore en vigueur (plusieurs sites Internet en présentent la substance) —, visant à établir un modèle de régime matrimonial, en permettant à des couples soumis au droit allemand ou au droit français de choisir le régime créé par l'accord. De son côté, l'Union ne disposerait pas d'une compétence analogue.

## VI. Actualités de la Conférence de La Haye

H. van Loon présente les points forts des activités de la Conférence de La Haye. Celle-ci réunit désormais 70 membres, et plus de 60 Etats non membres sont liés par l'une ou l'autre convention. Sous l'angle des activités de service, la Conférence fournit une assistance technique accrue aux Etats pour la mise en œuvre des conventions et elle examine la perspective de l'ouverture de bureaux régionaux en Amérique du Sud et en Asie.

Cette évolution accentue la dimension mondiale de l'action de la Conférence, désormais lieu de rencontre entre l'Union et ses partenaires non européens. A cet égard, une réflexion doit être menée sur la détermination du niveau approprié, international ou régional, d'harmonisation du droit international privé. Sans doute la question se pose-t-elle différemment pour les conflits de juridictions, où la réciprocité joue un rôle déterminant, et les conflits de lois, dont les règles reçoivent une applicabilité universelle. De ce point de vue, la méthode de renvoi vers le protocole de La Haye de 2007 retenue par le règlement 4/2009 en matière d'obligations alimentaires est à encourager. Une autre forme de conciliation peut jouer dans un sens inverse, par exemple lorsque la Conférence se contente de formuler des principes sur la loi applicable aux obligations contractuelles sans affecter la portée du règlement Rome 1.

Le domaine des conflits de juridictions a connu plusieurs évolutions. La convention de 2005 sur les accords d'élection de for a été ratifiée par l'Union. Un projet de convention sur la reconnaissance des jugements est encore évoqué par la récente résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010. La Convention de 1996 sur les enfants a fait l'objet d'une décision du Conseil en vue de sa ratification par les Etats membres avant juillet 2010 (décision 2008/431 du 5 juin 2008, *JO*, 2008, L 151) mais ceux-ci tardent à y donner suite. La Convention apostille fait l'objet d'une étude en vue de son adaptation aux supports électroniques. Le fonctionnement de la Convention adoption fait l'objet d'un processus d'évaluation. Des travaux sont en cours concernant la médiation, pouvant conduire à un protocole à la Convention de 1980 sur les enlèvements d'enfants. D'autres sujets sont sur la table, concernant la condition du droit étranger, la reconnaissance des jugements, voire les successions, les questions de filiation, notamment la maternité de substitution.

## VII. Actualités de la Cour européenne des droits de l'homme

P. Kinsch commente une sélection d'arrêts et de décisions rendus par la Cour européenne des droits de l'homme pouvant avoir un intérêt pour le droit international privé (voy. le rapport, [annexe V](#)), dont semble ressortir une forme de régression de l'enseignement de l'arrêt *Wagner* (28 juin 2007, *RCDIP*, 2007, p. 807, note P. Kinsch).

La décision *Mary Green et Ajad Farhat* (6 juillet 2010, n° 38797/07) présente une belle analogie avec l'affaire *Princesse de Beauvremont* (Cass. civ., 18 mars 1878, S., 1878, 1, p. 193, note Labbé). Elle revient à préserver la « public policy » de Malte et à admettre une marge d'appréciation des autorités nationales, malgré l'effectivité de la seconde union — polygamique aux yeux du droit maltais mais monogamique selon le droit libyen — contractée par les requérants. La circonstance que le premier mari de la requérante résidait à Malte a pu influencer la Cour, même si celle-ci ne relève aucun élément propre à révéler l'attitude de celui-ci à l'égard de l'union polygamique.

La décision *Constantinou* (17 septembre 2009, n° 3888/06), relatif au refus de reconnaître à Chypre un jugement anglais de condamnation à des dommages et intérêts pour diffamation, par application d'une règle de compétence indirecte du droit international privé chypriote, peut être rapproché de la décision *McDonald* (29 avril 2008, *RCDIP*, 2009, p. 830, note P. Kinsch) et met en cause le droit à l'effectivité d'un jugement au sens de l'article 6 CEDH. De manière surprenante, la décision rejette la requête fondée sur le respect de la vie privée et du droit de propriété pour le motif, singulier d'un point de vue logique, que la question ne se pose pas du fait que cette décision n'a pas été reconnue. Elle rejette tout aussi singulièrement l'argument fondé sur le droit au procès équitable pour le motif qu'il n'appartient pas à la Cour d'apprécier l'application faite par la juridiction nationale des principes de droit international privé, ce qui revient à nier l'incidence possible de la Convention sur cette discipline.

L'arrêt *Neulinger* (6 juillet 2010, n° 41615/07) intéresse le cas d'un séjour prolongé d'un enfant dans le pays vers lequel il a été enlevé illicitement par l'un de ses parents. Il conclut à une violation de l'article 8 par la juridiction suisse ayant ordonné le retour vers Israël. La Cour met en exergue l'intérêt de l'enfant au non-retour, mais aussi celui de la mère, tout en se refusant à vérifier la bonne application de l'article 13 de la Convention de La Haye. De plus, elle estime que la Convention de La Haye n'est pas un instrument de protection des droits fondamentaux mais plutôt un « instrument de nature procédurale ». Vu ainsi, l'arrêt soulève la question de la compatibilité des dispositions du règlement Bruxelles 2*bis* qui impliquent un retour inconditionnel. Pourtant, plusieurs membres font observer la particularité du cas d'espèce : le séjour avait une durée de 4 ans, alors que le retour aurait mis l'enfant en danger du fait du comportement violent du père, ce qui aurait obligé la mère à se déplacer également et aurait eu une incidence sur sa vie privée. Aussi, l'arrêt n'a pas conduit à un résultat contraire à l'article 13 de la Convention de La Haye. Il est également précisé qu'en l'espèce, l'exécution de l'ordre de retour avait fait l'objet d'une suspension.

## ANNEXE I

### GRUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPEAN GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Vingtième réunion  
Copenhague, 17 - 19 septembre 2010

**Le règlement « Bruxelles I » et les décisions judiciaires rendues dans des Etats non membres de l'Union européenne**

**POSITION DU GROUPE  
(Copenhague, version 3, final)**

*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'inclure dans le règlement des dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires rendues dans un Etat non membre de l'Union européenne.*

*Est toutefois réservé l'examen de l'opportunité, politique autant que juridique, de l'adoption de règles de l'Union européenne 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 sur le fonctionnement de l'UE.*

*Il serait tout autant concevable que de telles règles soient envisagées soit dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, soit dans le cadre d'autres relations conventionnelles de l'Union. Dans un tel cas les présentes règles pourraient servir de modèle, sous réserve d'adaptations au contexte en cause.*

#### CHAPITRE III. — RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

*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 au paragraphe premier n'incluent pas :

- 1) un mandat d'exécution ;
- 2) une décision pouvant faire ou faisant l'objet d'un recours ordinaire ;
- 3) les mesures provisoires ou conservatoires.

###### Article 56-2

1. Une décision est reconnue dans un Etat membre, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.
2. Toute partie intéressée peut demander, selon les procédures prévues par le droit de l'Etat membre requis, que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

#### Article 56-3

1. Une décision n'est pas reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente alors qu'une juridiction d'un Etat membre aurait été compétente en vertu des dispositions des sections 6 et 7 du chapitre II.

2. Une décision n'est pas reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente sur la base de règles contraires à celles des sections 3 à 5 du chapitre II.

3. Une décision n'est pas reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente en l'absence de lien suffisant entre l'Etat d'origine et le litige, 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 avec le litige ; ou

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

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

4. Les dispositions des paragraphes précédents ne sont pas applicables lorsque la partie qui s'oppose à la reconnaissance a accepté la compétence de la juridiction de l'Etat d'origine, sauf si une juridiction d'un Etat membre est exclusivement compétente en vertu de l'article 22.

#### Article 56-4

1. 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 ; ou

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

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.

2. Une décision peut ne pas être reconnue si la demande a été introduite dans l'Etat d'origine après l'introduction devant le tribunal d'un Etat membre d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause.

#### Article 56-5

Une décision n'est pas 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 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 de l'Union européenne dont le respect est jugé crucial par l'Union 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

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

#### Article 56-6

Une décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public substantiel ou procédural de l'Etat membre requis ou de l'Union européenne, en particulier si cette décision résulte d'un manquement aux principes qui régissent le droit au procès équitable ou résulte d'une fraude commise dans la procédure.

#### Article 56-7

En aucun cas la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

#### Article 56-8

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 dans cet Etat membre 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 Ecosse 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 56-9

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.

#### Article 56-10

Les décisions étrangères condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'Etat membre requis que si le montant en a été définitivement fixé par les tribunaux de l'Etat d'origine.

#### Article 56-11

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 56-12

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, d'office ou à la demande d'une partie.

### 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 et accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels 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 351 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'alinéa 1er est sans préjudice de l'application du règlement n° 0000 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les Etats membres et des pays tiers concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière civile et commerciale.

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

## ANNEXE II

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

#### Twentieth Meeting Copenhagen, 17–19 September 2010

#### Extension of the “Brussels I” Regulation and judgments given in a State which is not a member of the European Union

#### POSITION OF THE GROUP

(Copenhagen, version 3, final)

*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 including in the Regulation provisions on the recognition and enforcement of judgments given in a State which is not a member of the European Union.*

*The Group does not, however, take a position on the desirability, political as well as legal, of adopting EU rules covering all cross-border litigation, including that involving a court of a third country, which affects the operation of the internal market and the exercise of free movement within the area of freedom, security and justice established by the Treaty on the functioning of the European Union.*

*It is also possible that such rules might be adopted either within the framework of the Hague Conference on Private International Law or on the basis of other international agreements concluded by the Union. In such a case, the present rules could serve as a model, subject to such modifications as may be necessary in the relevant context.*

### 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 it may be called, including a decree, order or decision as well as a determination of the costs of the proceedings.
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;
  - (c) provisional or protective measures.

#### Article 56-2

1. A judgment shall be recognised in a Member States without any special procedure being required.
2. Any interested party 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 or not recognised.

#### Article 56-3

1. A judgment shall not be recognised if the court of the State of origin took jurisdiction when the court of a Member State would have had jurisdiction by reason of the provisions of Sections 6 and 7 of Chapter II.
2. A judgment shall not be recognised if the court of the State of origin took jurisdiction on the basis of rules contrary to those of Sections 3 to 5 of Chapter II.
3. A judgment shall not be recognised if the court of the State of origin took jurisdiction in the absence of a sufficient connection between the State of origin and the dispute, in particular when the jurisdiction of the court of that State could have been based only on:
  - 1.– the nationality of one of the parties; or
  - 2.– the service on the defendant, or the notification to him, of the document by which the proceedings were commenced when the defendant is temporarily present in the territory of that State; or
  - 3.– the presence within that State of property belonging to the defendant which is not connected with the dispute; or
  - 4.– the seizure of property situated within that State which is not connected with the dispute; or
  - 5.– the carrying on of commercial or professional activities by the defendant in that State which are not connected with the dispute.
4. The provisions of the preceding paragraphs shall not apply when the party opposing the recognition accepted the jurisdiction of the court of origin, except where a court of a Member State has exclusive jurisdiction under Article 22.

#### Article 56-4

1. A judgment shall not be recognised if:
  - (a) the document instituting the proceedings or an equivalent document was not served on, or notified to, the unsuccessful defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence; or
  - (b) it is irreconcilable with a judgment given in a dispute between the same parties in the Member State in which recognition is sought; or
  - (c) 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.
2. A judgment may not be recognised if the claim was brought in the State of origin after a claim, which is still pending, was brought in a Member State involving the same cause of action and between the same parties.

#### Article 56-5

A judgment shall not be recognised to the extent that:

- (a) it was granted in contravention:
  - 1.– of a mandatory provision respect for which is regarded as crucial by the State addressed 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
  - 2.– a mandatory rule of European Union law respect for which is regarded as crucial by the Union 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
- (b) it awards excessive non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages.

#### Article 56-6

A judgment shall not be recognised if such recognition is manifestly contrary to the substantive or procedural public policy (“ordre public”) of the State addressed or of the European Union, in particular if the judgment is the result of an infringement of the principles governing the right to a fair trial or of fraud regarding a matter of procedure.

#### Article 56-7

Under no circumstances may the judgment be reviewed as to its substance.

#### Article 56-8

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 in that Member State.

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 the part of the United Kingdom in question.

#### Article 56-9

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 addressed.

#### Article 56-10

A foreign judgment which orders a periodic payment by way of a penalty shall be enforceable in the Member State in which enforcement is sought only if the amount of the payment has been finally determined by the courts of the State of origin.

#### Article 56-11

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

#### Article 56-12

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 judgment debtor 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, or notified to, the party against whom it was given 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 ex officio or if a party so requests.

### 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 bilateral or multilateral conventions and agreements 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 351 of the Treaty on the functioning of the European Union.

The above paragraph is without prejudice to the application of Regulation No. 0000 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

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

## ANNEXE III

### Proposition soumise par le sous-groupe de Paris

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 de l'Union européenne 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. Dans ses conclusions du 11 décembre 2009 (§ 32), le Conseil européen évoque la dimension externe de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, comme un facteur essentiel pour la promotion de relations d'affaires de citoyens de l'UE dans des Etats non membres de l'Union.

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 ;] (NB : harmoniser avec art. 56-9, 2)

[3] les mesures provisoires ou conservatoires.]

##### Article 56-2

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

2. Toute partie intéressée peut demander, selon les procédures prévues par le droit de l'Etat membre requis, que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

##### Article 56-3

1. Une décision n'est pas reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente alors qu'une juridiction d'un Etat membre aurait été compétente en vertu des dispositions des sections 3 à 7 du chapitre II.

2. Une décision peut ne pas être reconnue si la juridiction de l'Etat d'origine s'est déclarée compétente en l'absence de lien suffisant entre l'Etat d'origine et le litige, 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 avec le litige ; ou

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

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

3. Les dispositions des paragraphes précédents ne sont pas applicables lorsque le défendeur a procédé au fond devant le juge d'origine sans faire de réserve sur la compétence, sauf si une juridiction d'un Etat membre est exclusivement compétente en vertu de l'article 22.

##### Article 56-4

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 d'un Etat membre d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause.]

#### Article 56-5

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 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 de l'Union européenne dont le respect est jugé crucial par l'Union au point d'exiger 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 excessifs, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs.

#### Article 56-6

Une décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public substantiel ou procédural de l'Etat membre requis ou de l'Union européenne [, en particulier si cette décision résulte d'un manquement aux principes qui régissent le droit au procès équitable ou résulte d'une fraude commise dans la procédure].

#### Article 56-7

Sans préjudice de l'article 56-5, la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

#### Article 56-8

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 dans cet Etat membre 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 56-9

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.

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

#### Article 56-10

Les décisions étrangères condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'Etat membre requis que si le montant en a été définitivement fixé par les tribunaux de l'Etat d'origine.

#### Article 56-11

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 56-12

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, d'office ou à la demande d'une partie.

#### [Article 56-13

Une décision rendue par une juridiction d'un Etat membre sur la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue par une juridiction d'un Etat non membre est prise en considération par les juridictions des autres Etats

membres [lors de l'examen des conditions visées aux articles 56-3 à 56-6.]

#### Article 56-14

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, 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 Parlement européen et le Conseil en temps utile avant d'adopter ou d'abroger d'une mesure de sauvegarde. Elle prend dûment en compte les observations éventuelles du Parlement européen et 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 et accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels 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 351 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'alinéa 1er est sans préjudice de l'application du règlement n° 0000 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les Etats membres et des pays tiers concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière civile et commerciale.

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

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

#### PROPOSED POSITION OF THE SUB-GROUP

(Paris, 19/02/2010)

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 by a State which is not a member of the European Union.

The desirability, political as well as legal, of adopting EU rules covering all cross-border litigation, including that involving a court of a third country, which affects the operation 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. In its conclusions of 11 December 2009 (§ 32), the European Council referred to the external dimension of the area of freedom, security and justice as an essential factor in the promotion of business relations of EU citizens in States that are not members of the Union.

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 it may be called, including a decree, order or decision as well as a determination of the costs of the proceedings.

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.] (NB harmonize with Article 56-9, 2)

[(c) provisional or protective measures.]

#### Article 56-2

1. A judgment shall be recognised in a Member States without any special procedure being required.
2. Any interested party 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 or not recognised.

#### Article 56-3

1. A judgment shall not be recognised if the court of the State of origin took jurisdiction when the court of a Member State would have had jurisdiction by reason of the provisions of Sections 3 to 7 of Chapter II.
2. A judgment need not be recognized if the court of the State of origin took jurisdiction in the absence of a sufficient connection between the State of origin and the dispute, in particular when the jurisdiction of the court of that State could have been based only on:
  - the nationality of one of the parties; or
  - the service on the defendant or the notification to him of the document by which the proceedings were commenced when the defendant is temporarily present in the territory of that State; or
  - the presence within that State of property belonging to the defendant which is not connected with the dispute; or
  - the seizure of property situated within that State which is not connected with the dispute; or
  - the carrying on of commercial or professional activities by the defendant in that State which are not connected with the dispute.
3. The provisions of the preceding paragraphs shall not apply when the defendant has pleaded to the substance of the claim before the court of origin without challenging the jurisdiction of the court, except where a court of a Member State has exclusive jurisdiction under Article 22.

#### Article 56-4

A judgment shall not be recognized if:

- (1) where it was given in default of appearance, 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; or
  - (2) it is irreconcilable with a judgment given in a dispute between the same parties in the Member State in which recognition is sought; or
  - (3) 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
- [(4) the claim was brought in the State of origin after a claim, which is still pending, was brought in a Member State involving the same cause of action and between the same parties.]

#### Article 56-5

A judgment need not be recognized to the extent that:

- (1) it was granted in contravention:
  - of a mandatory provision respect for which is regarded as crucial by the State addressed 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
  - a mandatory rule of the Union respect for which is regarded as crucial by the Union 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
- (2) it awards excessive non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages.

#### Article 56-6

A judgment shall not be recognized if such recognition is manifestly contrary to the substantive or procedural public policy of the State addressed or of the European Union, in particular if the judgment is the result of an infringement of the principles governing the right to a fair trial or of fraud regarding a matter of procedure.

#### Article 56-7

Without prejudice to Article 56-5, the judgment may not be reviewed as to its substance.

#### Article 56-8

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 in that Member State.

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 the part of the United Kingdom in question.

#### Article 56-9

1 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 addressed.

[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 only. The court [may] [shall] make these conditional on the provision of security.]

#### Article 56-10

Foreign judgments for a periodic penalty payment shall be enforced in the Member State addressed only if the amount has been definitively fixed by the courts of the State of origin.

#### Article 56-11

Where the 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 the court's own motion or on the application of a party.

#### Article 56-12

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

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

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

(3) 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, or notified to, the party against whom it was given 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 ex officio or if a party so requests.

#### [Article 56-13

A judgment given by a court of a Member State on the recognition or enforcement of a judgment given by a court of a non-member State shall be taken into account by courts of other Member States [when considering the conditions laid down in Articles 56-3 to 56-6].]

#### Article 56-14

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, 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 European Parliament and the Council in good time before the adoption or the rescinding of safeguard measures. It shall give due consideration to any observations by the European Parliament and 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 bilateral or multilateral conventions and agreements 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 351 of the Treaty on the functioning of the European Union.

The above paragraph is without prejudice to the application of Regulation n° 0000 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

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

## ANNEXE IV

### Reflexions on the Application and Proof of, and Access to, Foreign Law

## Introduction

At its 1995 Geneva meeting, the Group discussed the question of the status (“*condition*”) of foreign law on the basis of a report drawn up by Trevor Hartley, *Pleading and proof of foreign law* (1), which provided a synthesis of a comparison of the laws of Germany, Switzerland, France and England, and a short discussion on the possible impact of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (2). The Group discussed the differences between the various legal systems as regards the applicability and proof of foreign law, and ways to overcome these differences, including by way of improvements to international cooperation. We also discussed the question (“*delicate*”) of the impact of harmonisation of PIL on these differences, and made a distinction in that regard between international treaties and community law. Whereas conventions would generally not seem to have an impact on domestic procedure (except where reciprocity comes into play), we concluded that community law may well have such an impact in the light of the “*effet utile*” that EU Member States must uphold).

The latter question is important and would probably deserve a fresh discussion on the basis of a special study.

The Hartley report argued that despite the Rome Convention’s mandatory language, it followed from Art 1 (2) (h) jo Art 14 (3) – from which it appears that “*the rules on pleading and proof are clearly part of the law of evidence and procedure*” – that they “*cannot be affected by the Convention. Though there is no legal obligation on Contracting States to apply foreign law ex officio, it might be thought that failure to do so could undermine the objectives of the Convention. The most important objective, however, is to give the parties freedom to choose the governing law. Since this is meant to be for the benefit of the parties, it would seem perverse for a court to apply foreign law when neither of them wanted it to do so. It is suggested, therefore, that the spirit of the Rome Convention does not require ex officio application of foreign law in those cases in which the parties chose, or could have chosen, the applicable law*”. Articles 5 and 6 do not alter this conclusion, because “*once litigation has begun, [the consumer’s or employee’s] economically weak position would hardly prevent him from pleading foreign law; so there is no reason why the court should be required to apply foreign law ex officio.*” The Hartley report admits however, that in exceptional cases, arising under Art 7(1) or 3(3), “*the spirit – though not the letter – of the Convention might make it desirable for a court to apply foreign law of its own motion.*” Meanwhile this question has become more controversial, even among British PIL experts. While Dicey, Morris & Collins (2006, 9-011) relying on the Giuliano-Lagarde Report [1980] O.J. C282, pp. 35-36, take a view similar to the Hartley report, Fentiman, *International Commercial Litigation* (2010, 4.89-4.90, see also 4.04) calls this position (at 4.90) “*doubtful*”: “*How foreign law is pleaded is no doubt procedural, but whether foreign law must be pleaded, and thus whether English law may be substituted as the applicable law, is a choice of law issue, and as such is governed by the choice of law rules of the Convention and the Regulation [which are of a mandatory character]*”. Hausmann, “*Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative analysis*” in *The European Legal Forum* (E) 1-2008, 1-14 (at I-7) agrees with Hartley/Dicey with respect to the cases where the parties chose, or could have chosen, the applicable law, but not in the case of mandatory protection of employees and consumers. He admits, though, that “*the practical effect of this solutions is limited, however, because under the Brussels I Regulation the jurisdiction in consumer and labour law cases normally lies with the courts in the State of the weaker party’s residence which apply their own mandatory law, not foreign law*”.

The instant paper aims to provide an overview of the work currently undertaken at the global and community level (I), to present the main conclusions of recent comparative work on the questions of the applicability and proof of, and access to, foreign law – in particular a recent detailed comparison for the EU members – (II), and to raise a few questions for discussion by the Group on possible ways to further overcome the current disparities (III).

## I. Work Being Carried Out at the Global and the Community Level

### A. Hague Conference on Private International Law

It was at the suggestion of the UK delegation that the Hague Conference decided in 2006 to undertake work on “*the development of a new instrument for cross-border co-operation concerning the treatment of foreign law.*” The word “*treatment*” concealed an ambiguity: the British (Scottish) ambition was to harmonize the rules on the status, i.e. the applicability or at least proof of foreign law; other delegations were thinking more in terms of facilitating access to the content of foreign law through improved international administrative and/or judicial cooperation, without touching on domestic rules on procedure or evidence. The Permanent Bureau undertook a comparative study on both the status of and access to foreign law of 18 carefully selected jurisdictions (4), as well as on international instruments (5), and on the basis of this study a group of some 20 prominent experts was convened. The conclusion of the group was that, at least at the global level, there was no likelihood of success for harmonizing comprehensively the treatment (i.e. the rules on applicability and proof of) foreign law. On the other hand, several experts felt that there was a need to improve access to foreign law, particularly in the areas of family and of commercial law. The group recognised that the existing multilateral mechanisms, in particular the 1968 European Convention on Information on Foreign Law (the “*London Convention*”) and the 1979 Interamerican Convention on Proof and Information on Foreign Law (the “*Montevideo Convention*”), (1) were regional and not global in nature, (2) were not the subject of regular review, and (3) did not take into account modern means of electronic communication (6).

An extensive questionnaire was then prepared regarding, *inter alia*, the status of implementation and operation of treaties on proof of or information on foreign law, and the availability of free public access to information on the content of law, to which 30 Member States responded. The responses brought to light mixed views on the operation of the London Convention, and also the increasing practical importance of information available online (7).

This latter finding led the Conference to convene in 2008 a meeting of 27 top experts on global cooperation on provision of online legal information on national laws and private international law experts. This group concluded that the increasing accessibility online of legal materials enables the resolution of certain – although

by no means all – questions on the content of foreign law, thus reducing to a certain extent the need for international legal co-operative machinery. On the other hand, this development poses in itself some challenges, in particular in cross-border situations, which would benefit from some common guiding principles or rules (8).

The conclusion which suggested itself in the light of this global research was that it looked promising to start work on a new global international instrument consisting of three parts:

(a) Part I: Facilitating access to online legal information on foreign law. This part would focus on assuring the free accessibility of a country's main legal materials, particularly legislation, case law and international agreements (and potentially doctrine that would be important in civil law jurisdictions) for online publication and re-publication / re-use; it could possibly provide some guidance on realistic quality standards or best practices for such free access and online publishing, and perhaps the provision of a permanent body of experts to monitor the development of practical standards and / or best practices in these areas, also with a view to the compatibility or "interoperability" of global online publishing standards.

(b) Part II: Cross-border administrative and / or judicial co-operation. This part would provide for the handling of requests for information in response to concrete questions on the application of foreign law in relation to a specific matter that arises in court proceedings (and possibly also in other contexts), and for which information available online is not sufficient.

(c) Part III: A global network of institutions and experts for more complex questions. This part would address situations where there may be a need for accessing more in-depth information on complex legal questions in specific areas (e.g., insolvency or inheritance), or in the course of complex litigation that involves the interface of multiple areas of foreign and / or local law(s). Here, one might think of a series of networks of qualified organisations (bar associations, comparative law institutes, organisations of notaries and other specialists, whose services would not be free) facilitated via the Permanent Bureau.

Put differently, it looked like an attractive project to modernize the cooperative machinery of the London/Montevideo Conventions (Part II), with special attention to the increasing significance of digitalization and online availability of legal information (Part I), and to the need to deal with complex legal issues in specific areas (Part III). It might also be thought that improving global access to foreign law could set the stage for further harmonization of treatment of foreign law globally, for example because this would assist in easing procedural issues around proof of foreign law (9).

At this point, however, no final conclusion has been reached within the Conference on future work based on the extensive research done.

## B. European Union

According to Rome II, Art 30:

1. Not later than 20 August 2011, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a report on the application of this Regulation. If necessary, the report shall be accompanied by proposals to adapt this Regulation. The report shall include:

(i) a study on the effects of the way in which foreign law is treated in the different jurisdictions and on the extent to which courts in the Member States apply foreign law in practice pursuant to this Regulation;...

and according to the relevant Commission Statement on this Review Clause:

*"The Commission, being aware of the different practices followed in the Member States as regards the treatment of foreign law, will publish at the latest four years after the entry into force of the 'Rome II' Regulation and in any event as soon as it is available a horizontal study on the application of foreign law in civil and commercial matters by the courts of the Member States, having regard to the aims of the Hague Programme. It is also prepared to take appropriate measures if necessary."* (10)

Art. 30 (1) (i) Rome II stands alone – a similar provision is lacking in Rome I, and indeed in all other Regulations adopted or in the pipeline (11). However, the project "Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe," awarded by the European Commission in 2008 to a team composed of different European academic and legal institutions directed by José Luis Iglesias-Buhigues, Professor of Private International Law at the University of Valencia has a wide coverage and covers, in principle, the whole field of civil and commercial law. The Final General Report surveys the situation in all EU Member States. In particular it includes the following topics: Factual/Legal Condition of Foreign Law Before National Courts; Introduction of Foreign Law in the Case; Ascertainment of the Content of Foreign Law; Application of Foreign Law, both by the Courts and by Non-Judicial Authorities; and Conclusions with Basic Principles. The Final General Report was delivered to the European Commission at the beginning of September 2010 (12).

Meanwhile, the European Commission had invited a Tender to submit a new Study on Foreign Law and its Perspective for the Future at European Level (13), again aimed at making a comparative analysis of the situation in the 27 Member States:

*"as regards the way in which foreign law is treated in the different jurisdictions and the effects and consequences of the different models; the extent to which foreign law is applied by judicial and extrajudicial authorities in practice and the practical difficulties encountered in this area. The study should also give an overview of access to information on the content of foreign law, including what means are available, difficulties encountered and the need for improvements at the EC level."* The study should give statistics over the period 2005-2009 on the application of foreign law in civil and commercial cases. The study should "cover early experience on the application of [Rome II] and analyse whether general conclusions are

confirmed in the application of Rome II.” Regarding access to foreign law the study should “describe the means used to access information on the content of foreign law by judges, extrajudicial authorities, legal professionals and, as far as possible, the public at large; the functioning of the [London Convention and its Protocol] in respect to civil and commercial matters among the Member States of the EC; as well as the difficulties in searching for access to the content of foreign law at the litigation or pre-litigation stage.”

## II. Recent Comparative Work on the Questions of the Applicability and Proof of, and Access to, Foreign Law (with a focus on the Valencia Report)

Questions of the applicability and proof of, and access to, foreign law have been studied by a number of scholars, including Yates (14), Hartley (15), Jänßerä-Jareborg (16), Hausmann (17), Fentiman (18), Geeroms (19) and many others. These various studies approach the topic from different angles, applying various classifications. Often they start from the difference between the “fact approach” and the “law approach”; some differentiate between an active and passive approach of the courts to foreign law; they may make a distinction according to ex officio application of foreign law, or application at the parties’ request; or to the civil law or the common law approaches with further differentiations based on legal families, etc. The whole picture is rich and complex.

The Feasibility Study on the Treatment of Foreign Law summary tables carried out by the Hague Conference on Private International Law apply the following subdivisions to the issues:

- I. Nature of Conflict of Law Rules: Mandatory or Optional (“*fakultatives Kollisionsrecht*”)
- II. Ascertaining foreign law: (a) who and for which issues? (b) (i) fact or law; (ii) means; and (iii) costs
- III. Effects of failure to establish foreign law (substitution law)
- IV. (a) Review of application of conflict of law rules; (b) Review of application of foreign law

The Valencia Report starts from the historical classification between “law as law” and “law as a fact”, but finds that a third category exists in which foreign law is neither clearly considered as law nor as pure fact, but is treated as possessing a hybrid nature. The Report basically differentiates among:

- Countries endorsing the legal nature of foreign law, including Austria, Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Italy, Poland, Portugal, Slovakia, Slovenia and Sweden (20) (Romania could also be included into this category, although some suggest that it follows a hybrid approach);
- Countries endorsing the factual nature of foreign law, including the United Kingdom, Malta, Cyprus and Ireland, and also Luxembourg and Spain (21);
- Countries endorsing the hybrid nature of foreign law, including Latvia, Lithuania and the Netherlands. (22)

The Report points out that, in principle, the legal or factual nature accorded to foreign law directly influences its procedural treatment before national judges. Questions of law are considered by the court *ex officio*, they are subject to the principle “*iura novit curia*”, and to judicial review by upper courts. Questions of fact, on the other hand, are beyond the scope of judicial notice and therefore must be pleaded by the parties. They are subject to evidence provided by the parties and are not subject to review by the upper courts (23). Consequently the classification assigned to foreign law, theoretically, dramatically affects the role played by the parties and judges with regard to both the pleading and the ascertainment of the content of foreign law. (24)

Although most EU Member States uphold the legal nature of foreign law, the study reveals that the reality is much more complex than the theory. When foreign law is applied by national courts, these three approaches – as the Valencia Report stresses – tend to merge and no straightforward classification can be fully upheld. (25)

Global research in this area carried out within the Hague Conference on Private International Law concerns itself with eleven jurisdictions outside the EU and with seven representative EU countries (Finland, France, Germany, the Netherlands, Spain, Sweden, and the UK), while the Valencia Report focuses entirely on the EU, and includes all EU Member States. This corresponds, of course, to the fact that the latter is a European research project funded by the European Commission. A question which deserves further discussion, however (see *infra* Part III), is whether measures improving the effectiveness of the treatment of foreign law can be contemplated within the framework of the European Union only, or if global measures may be required for any EU system to function properly.

In this paper we would like to draw attention to some selected problems of the comparative treatment of foreign law and illustrate these problems by examples drawn from various EU Member States. This non-exhaustive survey follows the subdivision of the Hague Conference on Private International Law Feasibility Study summary tables, mainly focussing the first two categories (I: Nature of conflict of law rules, and II. Ascertaining foreign law), which have the greatest practical relevancy. As will become evident from this survey, it is extremely difficult, even at the European level, to find common denominators.

### 2.1. Nature of Conflict of Law Rules: Mandatory or Optional

The Valencia Report notes that as a matter of principle, conflict of law rules have a mandatory character in many EU Member States, namely in Austria, Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Estonia, Germany, Greece, Hungary, Italy, Poland, Portugal, Spain, Slovakia, Slovenia, or the Netherlands. Conflict rules lack mandatory character in some other EU Member States like Luxembourg, Cyprus, Ireland, and the United Kingdom. No definitive answer was provided for Malta. (26)

The Hague Conference Feasibility Study notes that, for example, in Germany, courts must introduce foreign law if the parties fail to do so, except where parties contractually agree to applicable law (which is not always possible) or where the same result can be reached through an application of the *lex fori* (27). In the United Kingdom the court will not introduce foreign law *ex proprio motu*; a party wishing to rely on foreign law must plead it like any other fact (28). In Spain, conflict of law rules have to be applied *ex officio* by the judge. In principle, this is the same regardless of whether the conflict of law rule is contained in an internal instrument, Community text or international convention (29). These are just a few examples of the range of approaches to this issue taken within EU Member States.

The Valencia Report further notes that in some other EU Member States the character of conflict of law rules depends on the nature of the issues, as is the case for example in France, Denmark, Finland and Sweden (30). For example in Sweden “indispositive” and “dispositive” cases are distinguished, and are, respectively, cases concerning rights of which the parties may not dispose (i.e., where a settlement is not permitted) and cases where the issue is at the parties’ disposal, permitting a settlement. If in a dispositive case the parties choose to refrain from referring to foreign connecting factors, the court cannot apply the conflict rules and foreign law on its own initiative. On the other hand, issues of paternity (31) are indispositive and the law of the child’s habitual residence will be applied ex officio by the Swedish court, irrespective of the parties’ wishes. (32).

The authors of the Valencia Report suggest, referring to *Fentiman* (33), *Hausmann* (34), and *Jänträ-Jareborg* (35), that conflict of law rules embodied in international conventions, and EU Regulations are considered to be mandatory, and therefore must be applied by national courts, irrespective of roles assigned to the court or to the parties (36). Under this proposed viewpoint, conflict of law rules contained in EU instruments would be considered mandatory in any case and national courts would indeed have a “duty to apply foreign law” under these rules, irrespective of traditional approaches of national courts. However, as was noted above, this conclusion is not a universally shared opinion, and represents a matter which our Group may wish to discuss in more detail. (37).

## 2.2. Ascertaining Foreign Law: Who or for Which Issues?

Who pleads and proves or ascertains foreign law is, again, normally linked to the factual or legal condition assigned to foreign law. Thus, for example, according to the Hague Conference Feasibility Study, in Germany, courts must ascertain relevant foreign law rules as they are applied in the foreign jurisdiction (38). On the other hand, in the UK, parties wishing to rely on foreign law bear the burden of proving the contents of the relevant foreign law, although courts may take judicial notice of the laws of England, Scotland and Northern Ireland (39). In the Netherlands, courts must ascertain relevant foreign law, but are allowed to seek advice from the parties. Courts are not bound by the opinion or interpretation of parties regarding the content of foreign law, and parties need not prove the content of the relevant foreign law in the event of a defended action (40).

As is pointed out by the Valencia Report, irrespective of the prevailing position as to the condition assigned to foreign law, manifold situations exist within EU Member States in relation to the role played by the judge and the parties towards ascertaining foreign law.

The Valencia Report notes that an interesting pattern is evidenced in certain EU Member States which take as a first principle the legal nature of foreign law, such as Scandinavian countries and France (41). In these jurisdictions the role played by the courts and the parties as regards the pleading and proof of foreign law is very much dependent on the mandatory or non-mandatory character of conflict of law rules and on the basis of the availability of dispositive and indispositive rights (42). In cases in which conflict of law rules must be compulsorily applied by the court, the position of the parties becomes rather passive in relation to the pleading of foreign law, whereas in those situations where the choice of law rule is deemed facultative, parties generally play a more active role in the pleading and ascertainment of foreign law (43).

The Valencia Report notes that in countries endorsing the factual nature of foreign law the attitude of courts is commonly rather passive. However, in Spain, despite the factual condition accorded to foreign law, under the Spanish CC, Spanish conflict of law rules are applied by courts and authorities ex officio. That is, courts must apply Spanish conflict rules on a mandatory basis to all situations in which a foreign element is deemed to exist. Therefore it is solely for the court to establish whether foreign or domestic law should be applied to the dispute, on the basis of the facts provided by the parties (44). Parties then bear the sole responsibility of proving the content of foreign law (45).

The Valencia Report stresses that European legal reality very seldom—almost never—reflects a straightforward implementation of the theoretical classification first made in favour of the legal, factual or hybrid nature of foreign law. The Report adds that contradictions only increase when one adds two additional issues, namely, the active cooperation, in practice, between the parties and the courts with regard to the ascertainment of foreign law and the application of the principle “*iura novit curia*.” (46). The Report finds that again, while jurisdictions may embrace the theory of *iura novit curia*, which is normally linked to a classification of foreign law as law, procedural systems and practices within jurisdictions often reflect the awareness that it may be difficult for a national judge to “know the law” of a foreign jurisdiction, and in a number of jurisdictions, the legal status of foreign law, counter-intuitively, does not necessarily lead to a presumption of *iura novit curia*.

## 2.3. Ascertaining Foreign Law: Fact or Law

As has already been mentioned, the Valencia Report identifies a third category (*tertium genus*) of a hybrid nature, under which foreign law is neither clearly considered as law nor as pure fact. (47).

After examining in detail approaches taken to the nature of foreign law in all EU Member States, the Report arrives at the conclusion that there is a lack of a valid and effective response to this diversity. The analysis of the different national solutions coexisting in the territory of the EU reveals that in many cases, ascribing legal, factual or hybrid nature to foreign law has a very relative value and lacks clear legal foundations on too many occasions. Again, the results of the practical workings of the national systems do not usually elicit a straightforward extrapolation in relation to some questions very much linked to the procedural treatment of foreign law before courts: for example, the pleading of foreign law, the ascertainment of its content, the validity of the “*iura novit curia*” principle, and the functioning of the whole appeal system as to judgments rendered by lower courts which have applied foreign law. (48).

## 2.4. Ascertaining Foreign Law: Means and Costs

The diversity among jurisdictions of means employed and costs borne in the ascertaining of foreign law is large. For instance, according to the Hague Conference Feasibility Study, in the Netherlands, the means of ascertaining foreign law include: using a court-appointed expert or party-appointed experts; judicial knowledge; seeking assistance from the International Legal Institute in The Hague, the T.M.C. Asser Institute for International Law; and consulting foreign legislation, case law and academic writings directly. Where judicial knowledge is used or parties are ordered to provide information regarding the content of foreign law, the court incurs the costs of ascertaining the foreign law. However, where an expert is used, costs will be borne by the unsuccessful party. Where the London Convention is used, costs for ascertaining the relevant foreign law will be borne by the replying Contracting State. (49).

Means of ascertaining the relevant foreign law in France include: seeking assistance from the parties, who provide *certificats de coutume*; referring to a court-appointed expert; referring to the Bureau de l'*entraide civile commerciale et internationale* or to the *Centre d'information et de renseignements juridiques internationaux*; using (extremely rarely) the London Convention; and, consulting foreign legislation, case-law and academic writings directly. The cost of establishing the content of foreign law is borne by the parties. Where the court ascertains the content of the applicable foreign law, either through the information services of the Ministry of Justice or under a legal assistance convention, the establishment of the foreign law is free to parties. Parties, however, have to bear the cost of providing *certificats de coutume*, by far the most common method of establishing the content of foreign law. Legal aid can be obtained. (50).

## 2.5 . Effects of Failure to Establish Foreign Law (Substitution Law)

Again, both the Hague Conference Feasibility Study and the Valencia Report note a diversity among jurisdictions—and often inconsistencies within a given jurisdiction—with respect to the consequences of failing to adequately ascertain or prove the content of foreign law, whether the burden of ascertainment falls on the judicial authority, parties to litigation, or otherwise.

For instance the Hague Conference Feasibility Study notes that in Sweden, there is a “tendency” to apply Swedish law (i.e. *lex fori*) where there is a failure to establish foreign law, but that some legal writers maintain that the effects (including potentially the dismissal of the case) of failure to establish foreign law should vary according to the circumstances of an individual case (51). In the United Kingdom, Ireland, Malta and Cyprus, because of the factual nature of foreign law, *lex fori* will be systematically applied when the content of foreign law has not been adequately established by the pleading of parties. (52).

The Valencia Report further catalogues variations with respect to the resort to application of *lex fori* among judges in EU Member States, noting also that other alternatives to the application of *lex fori* in default of ascertainment of foreign law exist in a number of jurisdictions. These alternative solutions, however, tend to be “highly theoretical or isolated” or to “coexist with a vigorous trend in favour of the *lex fori*” and therefore lack application (53). These alternatives may include the application of the law of a third state having a closer connection to the dispute, the application of what the court believes to be the content of foreign law, and a number of other solutions.

## 2.6. Application of Foreign Law

Finally, it is important to mention briefly the issue of how foreign law is applied by judicial authorities once its content has been ascertained by way of the relevant method. The Valencia Report notes that EU national modes of dealing with this “very difficult issue” and inconsistencies therein may affect the quality of justice rendered by European courts. (54).

The Report notes two main trends in the ways that EU Member States will apply foreign law in their national courts: 1) foreign law is applied as national law, taking into account the way it is interpreted and applied in the country of origin; and 2) foreign law is applied as foreign law, also taking into account the way it is interpreted and applied in the country of origin. The Report notes that in several Member States where foreign law should be applied in the same manner as it is applied in the country of origin, practice shows that sometimes the foreign law tends to be applied on the same basis as domestic law. Further, a number of other shortcomings in application of foreign law are noted, in particular as to consistencies in the ways of filling possible gaps existing in the foreign law.

## 2.7. Final Conclusions of the Valencia Report

The Valencia Report arrives at a number of final conclusions. Firstly, it points out that its comprehensive analysis of the current situation in the European Union on “the application of foreign law by judicial and non-judicial authorities depicts a highly unsatisfactory situation”. Countries whose legal systems embody clear and certain rules regarding the treatment of foreign law by courts coexist with other Member States where either no explicit solutions are encountered or the solutions employed are a consequence of case law or academic interpretation. These latter solutions are almost unanimously inconsistent with the position taken concerning the theoretical nature of foreign law before courts. Further, in too many cases precedents are obscure, not well-settled, and usually subject to court or academic scrutiny and exceptions.

The existing differences are not only limited to the very relevant questions of the theoretical nature assigned to foreign law or of the respective roles played by parties and courts. Many other inconsistencies persist: for instance, the specific means available and employed to ascertain the content of foreign law, the issue of when and how foreign law is considered to be sufficiently proven, the consequences arising out of the lack of its proof, nuances in the way foreign law is applied, etc.

The authors of the Valencia Report are of the view that this situation undermines the on-going process of harmonisation of private international law and private law in Europe and frustrates the objectives of the several conflict of law rules drafted by the European legislator. It amounts to a high level of legal uncertainty and thus undermines the legal expectations of citizens in Europe. It increases legal risks and costs and can foster the final application of the *lex fori* by courts. These wide and lasting differences run against the principles of legal certainty, predictability and harmony of results, all of which are broadly accepted within the European Union. The authors of the Valencia Report thus assert that the current situation has a truly negative influence on both the operation of the EU system of private international law and on the consolidation of the European Area of Justice. (55).

The Valencia Report suggests a solution which corresponds to the current disparate situation and to the urgent need to unify—at least to a certain extent—the treatment of foreign law in Europe: namely, the drafting of some common, clear rules or principles on this issue. The Report suggests that this will not only provide European courts with the necessary tools with which to successfully address this problematic issue, but it will also provide European citizens with a higher level of legal certainty, make the functioning of the European Area of Justice more efficient, and enhance and make more effective the process of harmonisation of private international law and private law in Europe.

The Report is accompanied by a set of “Principles for a Future EU Regulation on the Application of Foreign Law” (or, the “Madrid Principles”), upon which a general European instrument on the ascertainment of content and manner of application of foreign law could be based. It is suggested that a Regulation seems to be the most suitable instrument to achieve the envisioned policy goals (see Annex I).

### III. The Way Forward

Even if it were agreed that the rules on applicable law contained in EU legislation are mandatory and must be applied ex officio by the courts in the EU (56), this would likely only be the first step in a range of measures that would be needed to ensure complete uniformity of application of these rules throughout the EU. One would have to consider interfering with entrenched practices of civil procedure, with both legal (e.g., consequences of failure to establish foreign law, review on appeal, etc.) and practical (e.g., means and costs, etc.) aspects relevant to the topic.

Where to end, or: where to start? And how dramatic is the current situation, in particular from the perspective of the parties?

*In his 1996 ICLQ article based on his GEDIP Report Trevor Hartley concluded that “as far as the pleading and proof of foreign law are concerned, the legal systems of Europe may best be represented as a continuum, with Germany at one end and England at the other. Though the contrast between each country and its successor along the line may not be great, there is nevertheless a significant difference between countries at opposite ends of the scale. ....Nevertheless, the practical difficulties, even between England and Germany, should not be exaggerated. Parties do not take part in legal proceedings unless they hope to be successful, and litigants in English proceedings will usually plead and prove foreign law if its application would be in their interests. They will normally omit to do so only where they believe it to be the same as English law. The main exceptions occur where a party is unaware that foreign law is applicable, ignorant of its content or unable to prove it. Except where these circumstances exist, the English system will produce the same result as the German. Differences of outcome are most likely to occur, therefore, where the parties lack the resources to obtain good-quality legal advice and representation.” (57).*

Despite the fact that the Madrid Principles drafted by the Valencia Project look reasonable and useful in the longer perspective, we should be aware that it will not necessarily be possible to proceed radically in this sphere. It may be doubted whether the EU Member States will be interested and willing to participate in such a Regulation. This relates in particular to the common law EU Member States whose traditional rules would be most affected by these Principles but also to several other EU Member States which do not exactly follow the principle of ex officio application of foreign law by the national authority. Such a Regulation would comprise an intervention into the national civil procedure law and that Member States are rather sensitive regarding any changes of national law in this respect.

Arguably, therefore, as a first step, the most practical and reasonable approach would be not to take measures to impose or enforce across the board mandatory application of conflict rules and foreign law within the EU, but to facilitate access to the content of foreign law (including, as the case may be, foreign conflict of law rules).

The discussions within the Hague Conference have shown that this is, at this point, at the global level possibly the only feasible approach. The EU, as a Hague Conference Member, has been supportive of such work. The EU might consider making a special effort in the context of a Hague Conference initiative of this kind, since, to the extent that the applicable law rules contained in EU Regulations apply universally, i.e. whether or not the law designated is the law of an EU Member or of a non-EU State, the EU will need global cooperation to provide effective mechanisms for accessing and ascertaining the content of foreign law.

A first blueprint of such modern and effective mechanisms, based on input from expert meetings and practitioner consultations undertaken by the Hague Conference, has already been sketched out in this paper, above (see Part I A). This blueprint, in the form of a new three-chapter Hague Convention, although still in a preliminary draft form, may hold the promise of flexible, effective, and low-cost international mechanisms to share precise, quality information on the laws of national jurisdictions around the world. The blueprint envisages building on existing endeavours and networks and would improve upon existing models (such as the London Convention) to ensure the most prompt, accurate, and suitable information needed would be provided, while incurring minimal costs to governments. The proposed Chapter III, for instance, would likely work with established private international law research institutes and existing international and national bar associations to efficiently link up international experts in specified areas of private law, at no or very negligible costs to governments.

The proposed Chapter I of such a Convention merely enshrines existing basic standards of open publication and accessibility of national and regional laws found in practice, legislation and constitutions (58) throughout the world, within the frame of the inescapable modern reality of information technology and the Internet. The electronic publication of legal materials is often provided by academic or research institutes, who may embrace a “multiple stakeholder” funding model with minimal or no reliance on governmental funding. Regardless, most modern jurisdictions publish their principal laws online as a matter of course, and see the numerous benefits of doing so, not least that online publication is cheaper than print publication. We are definitely moving from a paper world to a digital world, also in this field. However, this new reality inevitably raises new questions as to standards that will need to be addressed, and experts working in this field have suggested that the Hague Conference could assist in this respect (for instance, by hosting or facilitating a standing global experts group on the topic).

There is no doubt that major international law firms already have their own informal networks and mechanisms for contacting experts on foreign law or garnering information on foreign law. However, from consultations with legal practitioners around the world, it is clear that there are a whole range of potential beneficiaries from the establishment of new mechanisms in this area, including non-judicial actors (such as notaries) and others who must, in a non-litigious context, deal with private international law and foreign law issues on a daily or weekly basis, not to mention lawyers practicing in small or medium-sized law firms or as sole practitioners. That judges in national jurisdictions around the world would stand to benefit from improved mechanisms in this area is evident.

Regarding a proposed Chapter II, the precise nature of cross-border cooperation that would be fleshed out has been, at this time, left intentionally vague, because it will need more discussion both at the international and the national levels. It could encompass either or both administrative or judicial cooperation mechanisms, such as the certification of state law arising in cases pending in another jurisdiction by the state's highest court as known in the USA. Indeed, the International Hague Network of Judges, developed under the auspices of the Hague Conference, and at present focusing on the area of international child protection, has provided the Permanent Bureau with a great deal of experience in the limitations and the potentials of direct judicial communications for the purpose of ascertainment of foreign legal information.

## Conclusion

The topic of application and proof of, and of access to, foreign law is vast and complex. The Valencia report demonstrates great differences not only with respect to the status of conflict rules and of foreign law, and the role of the courts – or indeed non-judicial authorities – and/or the parties within the EU Member States, but also many other differences relating to means available to ascertain the content of foreign law, cost issues, the way foreign law is applied, and the effects of failure to establish foreign law.

If it were agreed that the conflict rules contained in EU Regulations are mandatory and must be applied by the courts and indeed by non-judicial authorities, and foreign law designated by these conflict rules must be applied ex officio by those courts and authorities, that conclusion would resolve the existing differences within the EU as regards the applicability of foreign law, at least in theory. But it would leave, and perhaps exacerbate, many other questions, in particular given the fact that these conflict rules of universal application.

A pragmatic approach, therefore, seems advisable. Perhaps, within the framework of the EU, the “appropriate measures” to be taken “if necessary” referred to in the Commission Statement on the Treatment of Foreign Law appended to the Rome II Regulation, should put the emphasis on developing mechanisms to facilitate access to foreign law. However, this will not resolve some of the most difficult problems for the Member States’ courts and authorities, and the parties in this respect, i.e. the ascertainment of foreign law from jurisdictions outside the EU, in particular the USA, Latin America, Asia-Pacific, the Gulf/Middle East and Africa. In such cases, machinery developed by the EU to facilitate the access to foreign law, no matter how sophisticated, will not be enough. It would seem, therefore, that special efforts within the EU, aimed at providing uniform solutions for the ascertainment of foreign law, should best be made in coordination with a possible project on accessing foreign law in the context of the Hague Conference on Private International Law.

## ANNEX

### PRINCIPLES FOR A FUTURE EU REGULATION ON THE APPLICATION OF FOREIGN LAW

*Prepared by the Members of the Team “European Union Action Grant Project – Civil Justice JLS/CJ/2007-1/03”*

*(Madrid, Colegio Nacional de Registradores de España, February 2010)*

#### Principle I

A general European instrument on the ascertainment of content and manner of application of foreign law seems to be necessary. A Regulation seems to be the most suitable instrument to achieve this goal.

#### Principle II

This Regulation should have a broad scope and apply to both judicial and non-judicial authorities. Member States will provide a list of those non-judicial authorities covered by this Regulation.

#### Principle III

The Regulation should have a general scope of application notwithstanding the fact that third countries laws can be applied.

#### Principle IV

Application of foreign law should be made ex officio by the national authority, which must use its best endeavours to ascertain the content of foreign law.

#### Principle V

Any possible means of helping the national authority to ascertain the content of foreign law should be explored. Cooperation with other national authorities and/or the parties should be encouraged in order to ascertain the content of foreign law in a reasonable time and in a fair manner.

#### Principle VI

The content of foreign law should be ascertained in accordance with the Procedural Law of the national authority. The national authority may use, inter alia and in addition to the instruments set forth by international conventions, the information achieved through national and foreign public authorities; they can also ask for the assistance of experts and specialized institutions. The use of the European Judicial Network and other similar networks should be encouraged.

## Principle VII

The ascertainment of foreign law does not exclude its non application on grounds of public policy.

## Principle VIII

In those cases where the parties are entitled under national law to legal aid, such legal aid should extend to cover costs associated with the proof of foreign law.

## Principle IX

If in the view of the national authority, a) there has been no adequate ascertainment of the content of foreign law in a reasonable time, or b) it is found that upon ascertainment of foreign law it is inadequate to address the issue in question, the *lex fori* shall be applied.

## Principle X

Any decision or finding as to the content of foreign law, or for the purposes of paragraph 9 above, shall be open to review subject to national law. Specific grounds for review will be set forth by national law.

## Principle XI

Conclusion of agreements with third countries as to the ascertainment of the content of foreign law should be encouraged. In particular, cooperation with intergovernmental organisations such as The Hague Conference on Private International Law should be supported.

# ANNEXE V

## Brève description des arrêts et décisions ayant trait au droit international privé, rendus par la Cour européenne des droits de l'homme à partir du mois de septembre 2009

Patrick KINSCH  
14 septembre 2010

A l'exception peut-être de l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* rendu par la Grande Chambre de la Cour, qui concerne la mise en œuvre en Suisse de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (infra, III.1), la Cour n'a pas rendu au cours de la période d'observation d'arrêts très innovateurs ayant une incidence sur le droit international privé. Néanmoins, elle a rendu un certain nombre d'arrêts ou de décisions qui présentent un réel intérêt en confirmant le développement antérieur de sa jurisprudence ou, dans un cas au moins (la décision *Constantinou c. Chypre*), en restant en retrait par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour.

Cette année-ci, il a été décidé de présenter de brefs résumés de chacune de ces affaires – d'ailleurs sans être en mesure de garantir qu'aucune affaire intéressant le droit international privé n'a échappé aux recherches de votre secrétaire général : la Cour ne répertorie pas systématiquement les affaires dont elle est saisie, en fonction des matières dont elles relèvent en droit national.

### I.– Conflit de lois (reconnaissance de situations constituées à l'étranger)

1. La décision **Mary Green et Ajad Farhat c. Malte** du 6 juillet 2010 (n° 38797/07) ressemble à l'affaire *Wagner c. Luxembourg*, jugée par l'important arrêt du 28 juin 2007. Mary Green avait épousé un citoyen maltais en 1978 à Malte, conformément au rite catholique. En 1980 elle s'expatrie en Libye, s'y convertit à l'Islam – ce qui entraîne automatiquement, au regard de la loi islamique telle qu'elle est en vigueur en Libye, la fin de son mariage, une musulmane ne pouvant pas épouser un non-musulman et une convertie ne pouvant rester liée à un non-musulman. Elle reçoit l'autorisation d'une juridiction libanaise de se remarier et épouse Ajad Farhat lors d'une cérémonie religieuse islamique. Les époux Green et Farhat restent établis en Libye où ils sont considérés comme valablement mariés.

Vingt ans après, en 2000, les deux requérants retournent à Malte pour s'occuper du père de Mary Green. Mary Green échouera à obtenir l'enregistrement de son mariage libyen à Malte, enregistrement qui autoriserait son deuxième mari à résider à Malte sans visa. Les juridictions maltaises décident qu'il n'est pas prouvé que le premier mariage de la requérante est réellement dissous et que son second mariage n'a, en conséquence, pas été polygamique ce qui serait contraire à l'« ordre public » maltais. (Le raisonnement des juridictions maltaises ne ressort pas avec la dernière clarté de la décision de la Cour européenne, mais il semble qu'il se soit pour l'essentiel simplement agi de la détermination du domicile de Mary Green : si son domicile avait été situé, au moment de son deuxième mariage, en Libye, le mariage, considéré comme valable en droit libyen, aurait été considéré comme valable à Malte).

Est-ce que cette application inflexible des règles ordinaires de conflits de lois n'aboutit pas à une violation du droit de la requérante et de son second mari au respect de leur vie familiale, constituée en 1980 en Libye où les époux Green et Farhat ont vécu ensemble pendant vingt ans ? La Cour n'est pas de cet avis et elle rejette la requête comme étant manifestement mal fondée (sans d'ailleurs mentionner l'arrêt *Wagner*), aux motifs suivants:

« The Court finds that those requirements [*les exigences du droit maltais du mariage*] fall within the sphere of the respondent State's public policy, and it cannot be said that the national authorities exceeded their margin of appreciation either in imposing the requirements or in applying them in the applicants' case. In view of the interests of the community in ensuring monogamous marriages, and those of the third party directly involved, namely the first applicant's first husband, the Court cannot find that, in the circumstances of the case the domestic courts failed to strike a fair balance between the conflicting interests. Thus, the situation complained

of can be regarded as necessary in a democratic society for the prevention of disorder and the protection of the rights of others. » (p. 11)

Ce raisonnement n'est pas formellement incompatible avec l'arrêt *Wagner* (au contraire, le schéma de raisonnement est le même dans les deux affaires), mais il semble clair que dans la décision *Green et Farhat* la Cour se pose moins de questions que dans l'arrêt *Wagner*. Il est vrai qu'un élément particulier militait contre la reconnaissance : les intérêts d'un tiers, le premier mari de la requérante, qui était quant à lui resté à Malte et pour qui l'application du droit libyen a pu constituer une surprise désagréable. Mais la décision n'explique quelle était la situation concrète de ce premier mari, ni quelle était son attitude quant à la dissolution de son mariage en Libye et au remariage de sa femme.

2. On signalera brièvement deux affaires qui ne sont pas des affaires de droit international privé, mais des affaires de droit interne, tout en ayant le cas échéant des incidences sur le droit international privé.

L'arrêt **Muñoz Diaz c. Espagne** du 8 décembre 2009 (n° 49151/07) concerne la non-reconnaissance, par l'Institut national de la sécurité sociale espagnole, d'un mariage rom célébré en Espagne en 1971 et dissous en 2000 lors du décès de l'époux de la requérante. La Cour retient que le droit à la non-discrimination dans la jouissance des biens est méconnu en l'espèce : « si l'appartenance à une minorité ne dispense pas de respecter les lois régissant le mariage, cela peut influencer sur la manière d'appliquer ces lois » (§ 61) et « la bonne foi de la requérante quant à la validité de son mariage, confirmée par la reconnaissance officielle de sa situation par les autorités, a engendré chez l'intéressée l'attente légitime d'être considérée comme l'épouse de M.D. et de former un couple marié reconnu avec celui-ci. » (§ 63). La non-reconnaissance de son mariage est disproportionnée par rapport à cette situation.

Par rapport au droit international privé, on remarquera l'importance que prennent dans cet arrêt des considérations d'identité culturelle qui apparaissent comme des data dans le cadre de l'application du droit espagnol... et le rapport de tension entre l'affaire *Muñoz Diaz* et la décision *Green et Farhat*.

L'affaire **Schalk et Kopf c. Autriche** du 24 juin 2010 (n° 30141/04) est une affaire de droit interne qui a trait à la revendication du droit au mariage pour les couples homosexuels. La Cour décide – sans exclure une évolution future vers un consensus européen en faveur du mariage homosexuel qui ferait évoluer la jurisprudence de la Cour – qu'en l'état, cette question relève de la législation nationale. Il n'y a donc, à cet égard, pas de violation qui puisse être reprochée à l'Autriche (§ 54 à 63).

Statuant ensuite sur un reproche de violation de l'article 14 de la Convention (principe de non-discrimination), en combinaison avec l'article 8 (respect de la vie familiale), du fait du (prétendu) refus de la reconnaissance juridique en droit autrichien des unions homosexuelles, la Cour décide – pour la première fois semble-t-il – de reconnaître que la vie commune d'un couple du même sexe peut être qualifiée de « vie familiale » (§ 94). La Cour estime toutefois qu'il n'y a pas discrimination, dès lors que le droit autrichien prévoit au moins le partenariat enregistré au profit des homosexuels. Elle refuse de statuer sur la question de savoir s'il y aurait discrimination si le partenariat enregistré n'était pas ouvert aux couples de même sexe (« Given that at present it is open to the applicants to enter into a registered partnership, the Court is not called upon to examine whether the lack of any means of legal recognition for same-sex couples would constitute a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 if it still obtained today » : § 103).

Ces motifs de l'arrêt *Schalk et Kopf* ont potentiellement une importance dans une hypothétique (mais pas invraisemblable) affaire de droit international privé, dans laquelle la reconnaissance – mettons dans l'Etat de la nationalité des époux ou épouses, qui ne connaît pas le mariage homosexuel – d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger serait en cause. Du fait que la vie commune des partenaires de même sexe relève désormais de la vie familiale, il n'est pas exclu d'y appliquer le raisonnement de l'arrêt *Wagner c. Luxembourg* – ou alors, à l'inverse, le raisonnement de la décision *Green et Farhat c. Malte* !

## II.– Conflits de juridictions. Reconnaissance des jugements étrangers

1. On peut signaler, très brièvement, l'arrêt **Saileanu c. Roumanie** du 2 février 2010 (n° 46268/06) (dans lequel se trouve posée, mais non résolue – le requérant ayant omis d'épuiser les voies de recours internes – la question de la violation du droit à l'accès à un tribunal du fait d'une déclaration d'incompétence des tribunaux nationaux pour statuer sur une demande en divorce à l'égard d'un conjoint domicilié en Californie) et l'arrêt de **Hohenzollern (de Roumanie) c. Roumanie** du 27 mai 2010 (n° 18811/02), qui confirme qu'à la procédure d'exequatur devant les juridictions d'un Etat contractant s'appliquent les mêmes exigences d'ordre procédural qu'aux autres procédures, en l'occurrence l'obligation de statuer dans un délai raisonnable sur la demande (procédure d'exequatur d'un jugement portugais sur la filiation du requérant, fils du Prince héritier Carol II de Roumanie et de Zizi Lambrino, procédure en cours depuis quinze ans).

2. La question du droit d'un requérant, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, à la reconnaissance de certains jugements étrangers s'est posée au cours de la période sous examen. Rappelons que dans l'affaire *Hussin c. Belgique* et dans l'affaire *Wagner c. Luxembourg*, ce droit (droit dans lequel une non-reconnaissance constitue une ingérence, devant être justifiée au regard du principe de proportionnalité) a été fondé sur des dispositions substantielles de la Convention : le droit au respect de la vie familiale, ou alors le droit au respect des biens. Dans l'affaire *McDonald c. France* (29 avril 2008, n° 18648/04, présentée – par écrit seulement – à la session de Bergen), le droit à l'exécution des jugements étrangers était fondé sur le droit au procès équitable de l'article 6 de la Convention.

L'arrêt **Vrbica c. Croatie** du 1er avril 2010 (n° 32540/05) réaffirme l'obligation d'exécuter des jugements étrangers en matière patrimoniale, faute de quoi une ingérence dans le droit au respect des biens est caractérisée, ainsi que potentiellement une violation du droit au procès équitable. Mais on notera que dans l'affaire *Vrbica* – et contrairement aux affaires *Hussin* et *McDonald* – il s'agissait d'un jugement étranger qui avait dès à présent été déclaré susceptible de reconnaissance dans le for de l'exécution (Croatie) par un jugement croate antérieur. Ce qui était en cause n'était dès lors pas l'obligation de reconnaître les jugements étrangers, mais simplement l'obligation de les exécuter effectivement une fois qu'ils sont reconnus.

La décision **Constantinou c. Chypre** du 17 septembre 2009 (n°3888/06) semble franchement décevante. Elle rejette comme manifestement mal fondée une demande fondée sur le refus des juridictions chypriotes de reconnaître et d'exécuter un jugement de la High Court anglaise allouant 75.000 livres sterling de dommages et intérêts pour diffamation aux requérants (des ressortissants britanniques, vraisemblablement d'origine chypriote, résidant en Grande-Bretagne) contre l'éditeur d'un journal chypriote.

En raison de l'ancienneté de l'affaire, l'affaire avait été jugée à Chypre par application du droit commun et non par application du règlement Bruxelles I. Au regard du droit commun chypriote, la compétence internationale indirecte de la High Court anglaise ne pouvait pas être reconnue : cette compétence n'aurait existé que si le défendeur avait été physiquement présent en Angleterre au moment de l'introduction de l'action, ou alors s'il était un national de l'Etat d'origine du jugement, ou enfin s'il s'était volontairement soumis à la compétence de la juridiction anglaise.

Les requérants tentèrent de faire valoir, devant la Cour européenne, que cette application des règles chypriotes relatives à la compétence internationale indirecte des tribunaux étrangers méconnaissait leur droit au procès équitable, ainsi que leurs droits substantiels tirés de l'article 8 (droit au respect de la vie privée, qui implique un droit de ne pas être diffamé), ainsi que le droit au respect du bien constitué par le jugement anglais. Mais la réponse de la Cour est brève. Elle ne prend pas en considération les précédents *Hussin, Wagner* et *McDonald*. Elle estime, concernant le droit au respect équitable, qu'il n'appartient pas à la Cour européenne des droits de l'homme de remettre en cause l'appréciation des juridictions chypriotes sur l'application des principes de droit international privé (p. 9), et, concernant le droit au respect de la vie privée et le droit au respect des biens, que « the Court considers that no issue arises under these provisions from the moment that the judgment of the High Court was not recognised by the domestic courts for the purposes of enforcement in Cyprus ».

Il est clair qu'avec cette approche, l'arrêt *Wagner* n'aurait jamais été rendu. On notera que la décision de la Cour n'était pas unanime, mais qu'elle a été rendue à la majorité d'une chambre de sept juges.

### III. – Coopération internationale en matière de droit international privé

1. L'arrêt de la grande chambre dans l'affaire **Neulinger et Shuruk c. Suisse** (6 juillet 2010, n° 41615/07) a trait au respect de l'article 8 de la Convention (vie familiale) par les autorités suisses qui avaient ordonné, par application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, le retour en Israël d'un enfant qui avait été enlevé par sa mère. Alors que jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme a assez systématiquement jugé que le respect, par les Etats contractants, de la Convention de La Haye était la meilleure manière de garantir le respect des intérêts supérieurs de l'enfant et du droit au respect de la vie familiale, dans cette affaire-ci la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention du fait d'un ordre de retour en Israël émis conformément à la Convention de La Haye. Elle estime que le retour de l'enfant en Israël « ne saurait ... être considéré comme bénéfique » (§ 147) et que « la Cour n'est pas convaincue qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël. Quant à la mère, elle subirait une ingérence disproportionnée dans son droit de respect de sa vie familiale si elle était contrainte de rentrer en Israël » (§ 151).

Une phrase de la motivation mérite d'être relevée, dans la mesure où elle montre une certaine indifférence aux valeurs véhiculées par la Convention de La Haye : « Si [une mesure de retour] intervient un certain temps après l'enlèvement de l'enfant, cela peut affecter notamment la pertinence en la matière de la Convention de La Haye, que est essentiellement un instrument de nature procédurale, et non un traité relatif à la protection des droits de l'homme, protégeant les individus de manière objective » (§ 145). Il est vrai qu'on ne peut pas faire reproche à la Cour européenne des droits de l'homme de n'avoir pas souhaité examiner dans quelle mesure l'article 13 de la Convention de La Haye elle-même aurait pu permettre de remédier au problème : il est vrai que « la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté à un risque grave de danger psychique, au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye, en cas de retour en Israël » (§ 141). Le conflit ainsi ouvert peut néanmoins paraître malheureux.

2. Pour l'examen d'une requête dirigée contre un Etat pour ne pas avoir mis en œuvre de manière efficace la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, en tant qu'*Etat requérant* au sens de la Convention de La Haye, v. l'arrêt **R.R. c. Roumanie** du 10 novembre 2009, n° 1188/05. Il s'agit là d'une hypothèse rare (cf. le § 163), puisque les affaires portées devant la Cour européenne concernent en général l'exécution, ou alors l'inexécution, des ordres de retour par les autorités nationales de l'Etat *requis*.

3. L'affaire **Florin Huc c. Roumanie et Allemagne** (décision du 1er décembre 2009, n° 7269/05) concerne le droit à l'exécution effective des jugements étrangers, mais cette fois-ci non pas dans le cadre des procédures de reconnaissance ou d'exequatur de droit privé mais dans le cadre de l'entraide administrative internationale mise en place par traité (la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger). L'ineffectivité des mesures mises en œuvre par l'Etat requis peut constituer une violation du droit à l'exécution effective des jugements étrangers et au droit au respect des biens. Mais en l'occurrence, aucun reproche de ce type ne peut être formulé contre l'Allemagne dont les autorités ont procédé dans un souci d'efficacité – il est vrai sans succès, la situation financière du débiteur d'aliments étant désespérée.