

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE L'UNION EUROPÉENNE

COORDONNÉ PAR

Louis D'AVOUT
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

AVEC LA PARTICIPATION DE

Patrick KINSCH
Avocat et Professeur à l'université du Luxembourg

ET

Jean-Sébastien QUÉGUINER
Professeur à l'université de Bretagne occidentale

ET

Sixto SÁNCHEZ-LORENZO
Professeur à l'université de Grenade

ET

Marc-Philippe WELLER
Professeur à l'université de Heidelberg

ET

Michael WILDERSPIN
Membre du Service juridique de la Commission européenne

Suivant le plan de la chronique pionnière (cet Annuaire, 2013, p. 447), la présente livraison annuelle analyse les principaux éléments de l'actualité législative et jurisprudentielle du droit européen de la coopération judiciaire en matière civile.

Outre une curiosité relevant de l'année précédente (un règlement de 2013 instituant un mécanisme de reconnaissance des mesures de protection en matière civile, analysé par M. Wilderspin au titre des innovations en droit des personnes et de la famille, III.), l'année 2014 ici analysée se traduit, au plan législatif, par un certain nombre d'avancées et d'échecs dans les relations

externes. On notera notamment le refus d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, partiellement motivé par la préservation du système de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires (avis 2/13 commenté par P. Kinsch, ci-dessous I. A. 1) ; la réaffirmation et la mise en œuvre de la compétence pour négocier, faire entrer en vigueur ou modifier les conventions internationales de droit international privé et de droit uniforme (Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants ; Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for ; Conventions d'Unidroit instituant des garanties supranationales portant sur les matériels d'équipement mobile ; ci-dessous I). Dans l'ordre interne de l'Espace judiciaire, une nouvelle procédure de saisie conservatoire des avoirs bancaires est instituée qui, fidèle au modèle classique des règlements de coopération judiciaire, œuvre à la reconnaissance facilitée des décisions de justice et accentuera la protection des créanciers impayés en complément des outils existants (*infra*, II. D).

L'actualité jurisprudentielle est fertile : en matière de procédures d'insolvabilité (elle est présentée par M.-P. Weller et replacée dans le contexte plus général du mouvement actuel de refonte des textes, *infra* II. E) ; d'enlèvement d'enfants (M. Wilderspin, *infra* III) ; de contentieux civil et commercial. À ce titre, outre une affaire innovante sur le terrain sensible des conflits entre procédures concurrentes (affaire *Weber* analysée par J.-S. Quéguiner, III. C), l'accent a été mis sur deux arrêts soulignant les difficultés inhérentes à la qualification autonome et transversale, imposée pour l'application des divers règlements de compétence judiciaire ou de droit des conflits de lois. Le lecteur généraliste pourra méditer avec profit les arrêts *Kainz* et *Brogstetter* ici relatés (III. A). Est par ailleurs présentée la jurisprudence anglaise naissant en application du règlement dit Rome II (loi applicable aux obligations extra-contractuelles), laquelle devrait susciter l'intérêt et inspirer possiblement les autres jurisprudences nationales embryonnaires (S. Sánchez Lorenzo, III. B). Le concept de « résidence habituelle », notoirement central, connaît ici et là de nouveaux développements.

Durant l'année 2014, le Conseil européen a formulé certaines conclusions relatives à l'avenir de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (2014/C240/05), aux termes desquelles il conviendrait notamment de « renforcer la cohérence et la clarté de la législation de l'Union européenne ». L'heure est effectivement à la consolidation jurisprudentielle et législative (par voie de refonte périodique) de l'acquis. Cette phase de consolidation devrait se poursuivre dans les années à venir : entrée en vigueur prochaine du règlement Bruxelles I refondu, dont il est incidemment question dans cette livraison ; refontes intervenues ou seulement annoncées des règlements Insolvabilité et Bruxelles II *bis*. Il faut s'y montrer attentif s'il est vrai que, au-delà de la question académique et politique de l'architecture d'ensemble, le droit de l'Espace judiciaire gagne en crédibilité, aux yeux des praticiens comme des justiciables, par la fiabilité et la justesse des solutions techniques qu'il permet de gagner, dans des contentieux de plus en plus quotidiens. Sur ce terrain – justesse et fiabilité des solutions techniques – le lecteur des pages qui suivent verra que les réalités demeurent contrastées.

Louis D'AVOUT

I. QUESTIONS GÉNÉRALES

A. Aspects de droit international privé de deux avis de la Cour de justice***1. L'avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme***

Le 18 décembre 2014, la Cour a rendu son avis 2/13¹ qui estime que « l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE ni avec le protocole (n° 8) relatif à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». L'avis a immédiatement donné lieu à des prises de position doctrinales en général critiques, mais parfois approbatives², qui se sont attachées essentiellement aux critiques d'ordre institutionnel et procédural de la Cour de justice. Les présentes observations concernent un autre aspect de l'avis, un aspect qui ne figurait pas du tout dans la prise de position préalable de l'Avocat général³, mais qui a été « découvert » lors de l'examen du projet d'accord par la Cour. Il a la particularité d'avoir trait à la seule incompatibilité – aux yeux de la Cour – entre le projet d'accord (et sans doute en réalité, beaucoup plus profondément, le principe même de la soumission de l'Union européenne au système de la Convention européenne des droits de l'homme) et une règle de fond du droit de l'Union, le « principe de la confiance mutuelle entre les États membres ».

L'arrière-plan est connu et a été décrit dans la présente chronique telle qu'elle a été publiée dans cet Annuaire pour l'année 2013⁴ : il existe une tension entre les dispositions des textes européens qui tendent à conférer une efficacité non seulement immédiate, mais absolument incontestable à des décisions émanant des autorités d'autres États membres et l'obligation, imposée par la Convention européenne aux États membres de l'exécution de ces décisions, de refuser d'étendre sur leur propre territoire les effets de décisions étrangères contraires aux droits de l'homme tels qu'ils sont consacrés par la Convention. Cette contrariété aux droits de l'homme peut se comprendre dans un sens procédural ou substantiel. Les textes européens dont il s'agit existent dans les différentes matières entrant dans l'« Espace de liberté, de sécurité et de justice » (asile, coopération en matière pénale et coopération en matière civile) ; en matière de droit international privé, il faut penser au règlement instituant le

1 CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *Projet d'accord portant adhésion à la Convention EDH*, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

2 Pour une prise de position (minoritaire) défendant l'avis, voir PICOD F., « La Cour de justice dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH », *JCP G.*, 2015, p. 230.

3 Prise de position de Mme Kokott, ECLI:EU:C:2014:2475.

4 P. 448 et s., où l'on trouvera les références, notamment jurisprudentielles, à l'appui du rappel qui figure au texte.

titre exécutoire européen et d'autres règlements qui en sont inspirés, ainsi qu'à la procédure de « retour de l'enfant » telle qu'instaurée par l'article 42 du règlement Bruxelles II *bis*. Ces textes sont importants et traduisent des politiques jugées d'autant plus cruciales qu'il s'agit de faire la démonstration (par affirmation, il est vrai) de l'équivalence des institutions judiciaires entre les États membres, justifiant un traitement identique des décisions prononcées dans un autre État membre et des décisions prononcées dans le for de leur reconnaissance, et donc, au-delà, de faire une démonstration de la vitalité de l'idée d'unification européenne elle-même. La Cour européenne des droits de l'homme a, très loyalement, accepté ces politiques et l'importance qu'elles ont pour l'Union européenne, en étendant la « présomption *Bosphorus* » à elles et en évitant de mettre les États membres de l'Union (et États contractants à la Convention) devant un conflit d'obligations internationales en leur interdisant de renoncer, à l'occasion de la mise en œuvre d'une décision étrangère, au contrôle du plein respect de la Convention devant les autorités de l'État d'origine. Ce point est (provisoirement) acquis à propos de la coopération judiciaire en matière civile suite à la décision *Povse*⁵ et à l'arrêt *Avotiņš*⁶ de la Cour de Strasbourg.

L'entrée en vigueur projetée de l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales était de nature à modifier l'équilibre précaire ainsi trouvé par la limitation, consentie par la Cour européenne, des obligations résultant de la Convention. L'accord aurait pu faire renaître le dilemme des États membres qui doivent choisir entre leurs obligations au regard de la Convention et leurs obligations au regard de dispositions du droit de l'Union européenne qui ne leur laissent aucun pouvoir d'appréciation ; il prévoit en effet que « même lorsque l'État met en œuvre le droit de l'Union européenne », les actes, mesures ou omissions des organes ou représentants de l'État sont imputés à cet État aux fins de la Convention européenne – quitte à ce que « l'Union européenne puisse être responsable, en tant que codéfendeur, d'une violation résultant d'un tel acte, d'une telle mesure ou d'une telle omission ».

La Cour de justice a estimé, dans son avis, que le projet d'accord contrevenait au « cadre constitutionnel » de l'Union européenne⁷ ; le fait qu'en 2005, un autre projet – le projet d'une « Constitution pour l'Europe » – ait échoué suite à son rejet référendaire dans un certain nombre d'États membres n'empêche pas la Cour de se servir, d'une manière insistante, de cette terminologie : la souveraineté du juge pour qualifier juridiquement une réalité l'emporte sur ce qui, dans une approche technique (trop technique ?), est le silence des traités. Dans le cadre de cette revalorisation des principes fondamentaux du « cadre constitutionnel » de l'Union, se trouve également affirmée la valeur

5 CEDH, 18 juin 2013, *Povse c/ Autriche*, req. n° 3890/11.

6 CEDH, 25 février 2014, *Avotiņš c/ Lettonie*, req. n° 17502/07. L'arrêt *Avotiņš* a fait l'objet d'une saisine de la Grande chambre de la Cour.

7 CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13, précité, point 158.

éminente d'un principe exclusivement prétorien⁸ : le « principe de la confiance mutuelle entre les États membres », qui ne figure nulle part expressément dans les traités mais qui peut effectivement être vu comme se trouvant en filigrane à l'arrière-plan de l'unification européenne elle-même, et comme justification de l'idée de reconnaissance mutuelle des produits, des formations professionnelles, des décisions et ainsi de suite. Cependant, cette affirmation, à laquelle on peut souscrire, laisse posées deux questions. D'abord, un principe aussi général a-t-il des implications concrètes, et peut-il imposer un quelconque contenu à la réglementation européenne de la reconnaissance des décisions à l'intérieur de l'« Espace de liberté, de sécurité et de justice » ? Ensuite, et à supposer que le principe de la confiance mutuelle impose, au niveau constitutionnel (ou à ce qui en tient lieu pour l'Union européenne), la reconnaissance des décisions entre États membres, qu'en est-il des décisions ayant méconnu les droits de l'homme tels qu'ils sont définis par la Convention européenne à laquelle souscrit dès à présent – et avant même son adhésion à la Convention – l'Union (article 6 § 3 TUE⁹) ? La réponse de la Cour se trouve aux points 191 à 195 de l'avis :

191. [...] il convient de rappeler que le principe de la confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures. Or, ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit (voir, en ce sens, arrêts N. S. e.a., C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, points 78 à 80, ainsi que Melloni, EU:C:2013:107, points 37 et 63).

192. Ainsi, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union.

8 LABAYLE H. et SUDRE F., « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *Rev. fr. dr. adm.*, 2015, p. 3 et s., spéc. p. 15.

9 L'article 6 TUE, après avoir « constitutionnalisé » la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à laquelle son premier paragraphe reconnaît « la même valeur juridique que les traités », poursuit comme suit : « 2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités. 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

193. Or, l'approche retenue dans le cadre de l'accord envisagé, consistant à assimiler l'Union à un État et à réserver à cette dernière un rôle en tout point identique à celui de toute autre Partie contractante, méconnaît précisément la nature intrinsèque de l'Union et, en particulier, omet de prendre en considération la circonstance que les États membres, en raison de leur appartenance à l'Union, ont accepté que les relations entre eux, en ce qui concerne les matières faisant l'objet du transfert de compétences des États membres à l'Union, soient régies par le droit de l'Union à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit.

194. Dans la mesure où la CEDH¹⁰, en imposant de considérer l'Union et les États membres comme des Parties contractantes non seulement dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des États membres de l'Union, mais également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union.

195. Or, rien n'est prévu dans l'accord envisagé afin de prévenir une telle évolution.

On voit ainsi que pour la Cour de justice, l'exclusion du double contrôle du respect des droits fondamentaux (dans l'État membre d'origine de la décision, puis potentiellement encore une fois dans l'État membre de sa reconnaissance) correspond désormais au fonctionnement de l'« Espace de liberté, de sécurité et de justice », et non à une règle exceptionnelle qui dérogerait à un principe admettant que l'État membre de la reconnaissance refuse de reconnaître des décisions intervenues en violation des droits fondamentaux¹¹. L'exception, mentionnée dans l'avis, ayant trait aux « circonstances exceptionnelles » ne concerne pas le cas d'une violation, même grave, des droits de l'homme ou des droits fondamentaux dans un cas particulier, mais celui d'une situation systémique de violation, à l'instar de la « défaillance systémique de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile » qui existait en Grèce, selon l'arrêt *N.S.* de la Cour de justice¹². Étant donné l'importance constitutionnelle que revêt selon lui la confiance mutuelle entre États membres et la reconnaissance des décisions, l'avis de la Cour de justice impose qu'à l'intérieur de l'ordre juridique de l'Union – qui doit, selon ses propres termes, bénéficier de la primauté par rapport à « tout autre droit » (c'est-à-dire par rapport au droit constitu-

¹⁰ « CEDH » désigne, dans l'avis 2/13, la Convention (et non la Cour) européenne des droits de l'homme : cf. le point 1 de l'avis.

¹¹ Alors que classiquement, la règle inverse prévalait : voir par exemple CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rec.* p. I-1935 ; CJCE, 14 décembre 2006, *Eurofood*, aff. C-341/04, *Rec.* p. I-3813, point 24.

¹² CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-411/10, *Rec.* p. I-13905, arrêt cité au point 191 de l'avis 2/13.

tionnel des États membres comme par rapport au droit de la Convention européenne des droits de l'homme) – la reconnaissance des décisions l'emporte. Il est évidemment permis de discuter du bien-fondé de cette appréciation, assez radicale, de la Cour de justice ; en tout cas le fait même qu'elle ait été émise est significatif – soit de l'état avancé de la construction européenne, soit de son état de crise larvée.

On pourrait vouloir déduire de l'avis 2/13 que désormais, le contrôle de la conformité des décisions émanant d'autres États membres avec l'ordre public de l'État de la reconnaissance, telle que le prévoit par exemple l'article 45 § 1 sous a) du règlement Bruxelles I *bis*, est à considérer comme incompatible avec le principe constitutionnel mis en œuvre à l'encontre de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Ce serait là une extrapolation qui, sans être dépourvue de toute plausibilité, serait encore plus radicale que les appréciations émises dans l'avis lui-même. En tout cas, selon un membre de la Cour de justice, l'avis ne serait pas à comprendre dans un sens aussi radical, et il resterait permis au législateur européen de maintenir, s'il le juge à propos, l'exception d'ordre public. Le contrôle par la Cour de cette décision législative respecterait le principe démocratique et ne s'exercerait que par rapport au droit primaire de l'Union, et notamment par rapport à la Charte des droits fondamentaux¹³. L'activité réglementaire de l'Union européenne paraîtrait donc bénéficier d'une indulgence dont n'a pas bénéficié le projet d'accord d'adhésion.

Il est bien entendu encore trop tôt pour pouvoir mesurer l'ensemble des conséquences de l'avis pour le droit international privé. On peut prévoir en tout cas que pour la Cour de justice, le contrôle par rapport à l'ordre public (substantiel ou procédural) prendra essentiellement la forme d'un contrôle par rapport à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à la mesure de l'importance que celle-ci prend très rapidement dans toutes les matières du droit européen – suivant le modèle (vertueux) du droit allemand¹⁴. Corrélativement, les références au droit national, et à la Convention européenne des droits de l'homme, risquent de passer de mode – ce que d'aucuns regretteront¹⁵, mais que tous seront censés accepter dans l'intérêt de la cohérence de l'ordre juridique européen.

13 LENAERTS K., « The Principle of Mutual Recognition on the Area of Freedom, Security and Justice », The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture (30 janvier 2015), p. 28.

14 On connaît l'article 6 de la loi d'introduction au Code civil de 1986 : « Une règle de droit d'un État étranger ne sera pas appliquée, lorsque son application mène à un résultat manifestement incompatible avec des principes fondamentaux du droit allemand. En particulier elle ne sera pas appliquée lorsque son application est incompatible avec les droits fondamentaux ».

15 Mais pas tous : voir ainsi FRACKOWIAK-ADAMSKA A., « Time for a European « Full Faith and Credit Clause », *CMLR*, n° 52, 2015, p. 191 et s., qui propose d'unifier les différents régimes existants de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères en matière civile et commerciale en adoptant uniformément le modèle du règlement Bruxelles I *bis*, modèle de compromis entre l'exigence d'un *exequatur* préalable (trop lourd) et la suppression compétè du contrôle (inopportune), mais qui estime (p. 215) qu'en termes de contrôle par rapport à l'ordre public, la référence à la seule Charte est suffisant, au motif que « as the Member States of the EU share common values, there is no need for a public policy. Differences between legal orders would block the recognition or enforcement of the judgements from another Member State only if it prejudiced the individual's fundamental rights ».

Reste alors une autre incertitude. Quelle sera la réaction de la Cour européenne des droits de l'homme par rapport à un avis de la Cour de justice qui se méfie d'elle¹⁶ et qui privilégie la confiance mutuelle entre États membres par rapport au respect parfait (ou perfectionniste) des droits de l'homme ? Le système de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne sera-t-il toujours jugé digne de la présomption *Bosphorus*, qui avait été inventée pour lui ? L'examen par la Grande chambre de la Cour européenne de l'affaire *Avotiņš c/ Lettonie*¹⁷ lui donnera peut-être l'occasion de le dire. On verra.

Patrick KINSCH

2. L'avis 1/13 du 14 octobre 2014 sur la compétence exclusive de l'Union européenne pour accepter l'adhésion d'États tiers à la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

Dans les relations, nettement plus pacifiques que les relations entre le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, entre l'Union et la Conférence de La Haye de droit international privé¹⁸, s'est posée la question de l'éventuelle compétence exclusive de l'Union européenne pour accepter l'adhésion d'États tiers à la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Cette question a d'abord été soulevée à l'occasion de l'adhésion de divers États tiers – la République d'Arménie, la République d'Albanie, la République des Seychelles, le Royaume du Maroc, la République de Singapour, la République gabonaise, la Principauté d'Andorre et la Fédération de Russie – à la Convention de La Haye de 1980. Sur ce, considérant que le domaine de l'enlèvement international d'enfants relève de la compétence exclusive de l'Union, la Commission européenne a adopté, le 21 décembre 2011, huit propositions de décisions du Conseil concernant les déclarations d'acceptation par les États membres, dans l'intérêt de l'Union, de l'adhésion de ces huit États tiers à la Convention de La Haye de 1980. La plupart des représentants des États membres ayant estimé qu'il n'y avait pas d'obligation juridique pour le Conseil d'adopter ces propositions, puisque l'Union ne disposerait pas d'une compétence exclusive dans le domaine concerné, le Conseil n'a pas donné suite à ces propositions de la Commission. Afin de voir trancher la question, la Commission a saisi la Cour de justice d'une demande d'avis. Le résultat a été la confirmation du point de vue de la Commission. L'Union européenne dispose bien, au regard de l'ordre juridique européen, de la compétence exclusive pour accepter l'adhésion de nouveaux États contractants à la Convention.

16 JACQUÉ J. P., « CJUE – CEDH : 2 – 0 », *RTDE*, 2015, p. 823 et s., spéc. p. 831.

17 Voir *supra*, note 18.

18 Le Statut de la Conférence, tel qu'il a été modifié par les amendements adoptés lors de sa vingtième session en 2005 et entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2007, prévoit la possibilité de l'adhésion « comme Membre [de] toute Organisation régionale d'intégration économique qui a soumis une demande d'admission au Secrétaire général » (article 3 § 1). Cette notion vise prioritairement la Communauté européenne, devenue l'Union européenne, qui a rejoint la Conférence en 2007.

Une première difficulté tenait au fait qu'à supposer que la Cour confirme la compétence exclusive, au regard de l'ordre juridique européen, de l'Union pour accepter l'adhésion d'États tiers à la Convention de La Haye, l'Union ne pouvait pas réellement exercer elle-même cette compétence dans l'ordre international : même si l'Union est une « Organisation régionale d'intégration économique » admise depuis 2007 comme membre de la Conférence, la Convention de 1980 n'admet que des « États » à accepter l'adhésion d'États additionnels à la Convention¹⁹. Cette difficulté trouve sa solution dans la jurisprudence préexistante de la Cour conformément à laquelle « dans l'hypothèse où les conditions de participation à un tel accord excluent sa conclusion par l'Union elle-même, bien que ce dernier relève de la compétence externe de l'Union, cette compétence peut être exercée par l'intermédiaire des États membres agissant dans l'intérêt de l'Union²⁰ ». Les États membres se verront conférer une habilitation par la Commission afin d'agir de façon solidaire dans l'intérêt de l'Union.

La question principale (celle de l'éventuelle existence d'une compétence exclusive de l'Union) donne elle aussi l'occasion à la Cour d'appliquer sa jurisprudence existante, dont l'origine se trouve en l'occurrence dans l'arrêt dit *AETR* de 1971²¹ et dont une application remarquable fut faite par la Cour dans l'avis 1/03 à propos de la compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle Convention de Lugano²². Le critère de la compétence exclusive est formulé à l'article 3 § 2 TFUE en ce sens que la conclusion d'un accord international relève de la compétence exclusive de l'Union dans la mesure où l'accord est « susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée » ; comme le rappelle l'avis, « il existe un risque de porter atteinte à des règles communes de l'Union par des engagements internationaux pris par les États membres, ou d'altérer la portée de ces règles, propre à justifier une compétence externe exclusive de l'Union, lorsque ces engagements relèvent du domaine d'application desdites règles », et « la portée des règles de l'Union est susceptible d'être affectée ou altérée par des engagements internationaux lorsque ces derniers relèvent d'un domaine déjà couvert en grande partie par de telles règles²³ ».

La Cour conclut au transfert à l'Union de la compétence exclusive pour accepter l'adhésion d'États tiers à la Convention de La Haye. Le domaine concerné par cette convention concorde largement, constate-t-elle, avec le domaine du règlement Bruxelles II *bis*, dans son volet ayant trait au retour des enfants illicitement déplacés. Entre autres, selon la Cour, le mécanisme instauré par

19 Article 38 alinéa 4 de la Convention : « L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion ».

20 CJUE, Gde chbr., 14 octobre 2014, *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, avis 1/13, ECLI:EU:C:2014:2303, point 44, avec référence à l'avis 2/91 relatif à la Convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail (CJCE, 19 mars 1993, *Convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail*, avis 2/91, *Rec. p. I-1061*, point 5).

21 CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil* («*AETR*»), aff. 22/70, *Rec. p. 263*.

22 CJCE, 7 février 2006, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, avis 1/03, *Rec. p. I-1145*.

23 CJUE, Gde chbr., 14 octobre 2014, avis 1/13, *op. cit.*, points 71 et 73.

l'article 11 § 8 du règlement et explicité par son article 42, destiné à s'appliquer – avec une extrême efficacité, y compris l'abolition de l'*exequatur* – pour assurer un retour de l'enfant d'un État membre à un autre nonobstant une première décision de non-retour fondée sur l'article 13 de la Convention de La Haye, apparaît simplement comme une procédure « complémentaire à celle prévue par la convention de La Haye de 1980²⁴ ». Le risque que les règles du droit de l'Union soient affectées en cas de maintien de la compétence individuelle des États membres pour accepter ou rejeter, dans les relations bilatérales, l'accès de nouveaux États contractants à la Convention de La Haye est affirmé par la Cour de manière très sommaire : « si les États membres, et non l'Union, étaient compétents pour accepter, ou non, l'adhésion d'un nouvel État tiers à la convention de La Haye de 1980, il existerait un risque d'atteinte à l'application uniforme et cohérente du règlement n° 2201/2003 et, en particulier, aux règles de coopération entre les autorités des États membres, chaque fois qu'une situation d'enlèvement international d'enfant concerne un État tiers et deux États membres dont l'un aurait accepté l'adhésion de cet État tiers à cette convention, mais l'autre pas²⁵ ».

Conclusion : l'acceptation de l'adhésion d'un État tiers à la Convention de La Haye de 1980 relève de la compétence exclusive de l'Union.

Patrick KINSCH

B. Conventions nouvelles approuvées par l'Union

La doctrine *AETR*, telle qu'elle a été codifiée à l'article 3 § 2 TFUE²⁶, produit cet effet bien connu, et discuté de longue date²⁷, que de nombreux traités internationaux portant unification des règles de droit international privé ou édictant du droit matériel uniforme sont désormais négociés et signés au niveau régional, pour le compte de l'Union²⁸ ; les États membres étant engagés par cette

²⁴ *Ibid.*, point 77.

²⁵ *Ibid.*, point 89. La prise de position, préalable à l'avis, de l'Avocat général Jääskinen, ECLI:EU:C:2014:2292, points 92 et suivants, est un peu plus disert sur les raisons pour lesquelles il estime qu'un maintien de la compétence individuelle des États membres crée un risque d'affectation des règles communes, mais il s'agit là encore de raisons très abstraites.

²⁶ Article 3 § 2 TFUE : « L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. »

²⁷ Chez les spécialistes du droit international privé, la question a fait l'objet de controverses : voir significativement, dans la doctrine française, PATAUT E., « De Bruxelles à La Haye », in *Mélanges P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 661 et s. ; LEQUETTE Y., « De Bruxelles à La Haye (acte II) », in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 503 et s.

²⁸ À l'exception de la négociation décentralisée possible par les États membres de certaines conventions bilatérales avec des États tiers, moyennant autorisation préalable par l'Union : voir règlement (CE) n° 662/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les États membres et des pays tiers sur des questions particulières concernant le droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, *JOUE* n° L 200, 31 juillet 2009, p. 25 ; règlement (CE) n° 664/2009 du Conseil du 7 juillet 2009 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les États membres et des pays tiers concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière matrimoniale, de responsabilité parentale et d'obligations alimentaires, ainsi que sur le droit applicable en matière d'obligations alimentaires, *JOUE* n° L 200, 31 juillet 2009, p. 46.

signature dans la sphère de compétence de l'Union et demeurant exceptionnellement libres, s'ils jouissent d'une compétence résiduelle, d'accéder à leur tour à l'engagement international considéré.

1. Convention Unidroit sur les garanties portant sur des matériels d'équipement mobiles ; Protocole de Luxembourg sur le matériel roulant ferroviaire

L'actualité en donne un exemple instructif, à propos de l'un des actes d'application de la Convention Unidroit, signée au Cap en 2001 et instituant un système d'enregistrement supranational des sûretés portant sur certains matériels d'équipement mobiles. Une décision du Conseil du 4 décembre 2014 ordonne l'approbation du Protocole « ferroviaire » à la Convention, adopté à Luxembourg en février 2007²⁹. La Convention elle-même, qui prévoyait l'adhésion possible concurrente des États et des organisations régionales d'intégration économique dans leurs champs respectifs de compétence, avait fait l'objet d'une déclaration d'adhésion de la Communauté suivant décision du Conseil du 6 avril 2009³⁰.

Selon les considérants des décisions précitées du Conseil, le droit international privé de l'Union (notamment les règlements Bruxelles I, Rome I et Insolvabilité) sert pour partie de fondement à l'exercice de la compétence externe et permet l'entrée en vigueur uniforme des textes conventionnels dans l'Espace européen (plus précisément sur le territoire pertinent des États membres liés par les règlements de coopération judiciaire). Pourtant, l'armature essentielle des systèmes conventionnels prévoyant une garantie uniforme sur les matériels d'équipement mobiles n'est pas constituée de règles de droit international privé (compétence législative et juridictionnelle). Les textes dont il s'agit comportent surtout des règles matérielles uniformes relatives, d'une part, à l'institution d'un registre extra-national géré indépendamment des États et, d'autre part, à la constitution et à la mise en œuvre de la garantie dont certaines relatives à l'incidence des procédures d'insolvabilité. L'Union européenne n'ayant pas exercé de compétence dans le domaine, général et non sectoriel, du droit interne des faillites, il revenait aux États membres de ratifier à leur tour les conventions internationales précitées pour permettre à celles-ci de déployer leur plein effet. Certains États membres ont effectivement accédé aux conventions, d'autres non³¹.

29 Décision 2014/888/UE du Conseil du 4 décembre 2014 concernant l'approbation, au nom de l'Union européenne, du protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adopté à Luxembourg le 23 février 2007, *JOUE* n° L 353, 10 décembre 2014, p. 9.

30 Décision 2009/370/CE du Conseil du 6 avril 2009 concernant l'adhésion de la Communauté européenne à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et à son protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques, adoptés conjointement au Cap, le 16 novembre 2001, *JOUE* n° L 121, 15 mai 2009, p. 3.

31 Voir l'état actualisé des conventions sur le site internet d'Unidroit. Voir aussi, sur le point ici examiné, les observations attentives de AUDIT M., BOLLÉE S. et CALLÉ P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, LGDJ, 2014, n° 429.

Pour les ressortissants des États membres de l'Union et leurs partenaires contractuels étrangers, la mise en œuvre des conventions ainsi adoptées au double échelon régional et local n'est pas simple. Le fait que la Convention soit en vigueur dans l'ordre juridique de l'Union la rend directement accessible aux usagers (et permet donc, dans l'exemple précité, l'enregistrement des garanties supranationales). Cependant, les règles de la Convention ressortant à la compétence des États sont tributaires de la ratification par ces derniers ; leur application à géométrie variable laisse donc subsister, sur le territoire de l'Union, une diversité des situations juridiques objectives et une discordance possible des solutions contentieuses suivant le pays dont les juridictions sont éventuellement saisies.

À cette logique d'une préemption partielle par l'Union du pouvoir de négocier et de faire (partiellement) entrer en vigueur les conventions internationales de droit uniforme, on devrait préférer à l'avenir une approche globale reposant sur une évaluation du centre de gravité de la convention internationale considérée, déterminé selon son objet principal et la nature des normes qu'elle contient. Ce faisant, l'on attribuerait le pouvoir de faire entrer la convention en vigueur – d'un seul bloc – selon un critère alternatif offrant des solutions binaires : adhésion par les États membres pour leur propre compte ou adhésion par l'Union pour le compte de ceux-ci, suivant le titre de compétence concerné au plus haut point³². Entre l'échelon régional et l'échelon national d'adoption des conventions internationales, il faut, en droit privé, choisir ! S'agissant des conventions de droit uniforme relevant de la matière civile et commerciale, le droit européen positif se tient encore éloigné de cette simplicité idéale. Ceci n'est pas satisfaisant. D'un côté, on peine à concevoir que la seule existence d'un droit international privé de l'Union suffise à priver les États membres de toute compétence pour conclure des conventions de droit privé substantiel. D'un autre côté, on peut admettre néanmoins que le niveau régional soit comparativement plus efficace pour la négociation des textes d'harmonisation de portée mondiale³³. Cette opposition du droit formel et de l'opportunité, quant à l'articulation des niveaux de compétence possiblement concurrents, ne devrait pas se traduire par des compromis trop complexes, nuisant à la lisibilité du droit conventionnel adopté dans l'intérêt des opérateurs privés.

Louis D'AVOUT

2. *Convention de La Haye sur les accords d'élection de for*

³² S'agissant du protocole ferroviaire précité, le titre de compétence concerné au premier chef n'est pas celui de la coopération judiciaire en matière civile mais plutôt celui afférent à la réglementation sectorielle des transports. Ce dernier chef de compétence est timidement évoqué par la décision du Conseil qui fait état de la directive sur l'interopérabilité des systèmes ferroviaires et mentionne aussi l'acte instituant une Agence ferroviaire européenne. Aurait pu être mentionnée la décision antérieure de l'Union d'adhérer à la Convention sur les transports internationaux ferroviaires, dite COTIF, du 9 mai 1980 modifiée ; laquelle décision manifeste, mieux que les règles générales de droit international privé, la volonté de l'Union d'exercer sa compétence dans les ordres interne et externe.

³³ Sur la thématique générale de la substitution progressive d'un droit régional des affaires au droit de niveau national, voir D'AVOUT L. et TRÉMEAU I., « L'avenir européen du droit des affaires », in *Mélanges M. Germain*, Paris, LexisNexis/Lextenso, 2014, p. 43 et s.

Les observateurs attentifs des relations transatlantiques se souviendront peut-être de ce que, en réaction aux méfaits prétendus de certaines règles européennes de procédure en matière civile et commerciale (la Convention de Bruxelles de 1968 modifiée, essentiellement), des travaux diplomatiques avaient été entrepris sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé en vue d'aboutir à une Convention mondiale de droit international privé portant sur la compétence et l'effet des jugements. Buttant sur des oppositions trop fortes, ces travaux engagés à la fin du siècle dernier ont abouti, en 2005, à la signature d'une convention d'objet plus réduit. Cette Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, signée en 2009 par l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique (mais non ratifiée par ces derniers), devrait entrer en vigueur prochainement, grâce à l'adhésion du Mexique et le dépôt par l'Union européenne de son instrument d'approbation ordonné par une décision n° 2014/887/UE du Conseil du 4 décembre 2014³⁴. Le dépôt de l'instrument, prévu pour l'été 2015, est en effet de nature à provoquer l'entrée en vigueur de la convention sous trois mois, conformément aux prévisions de son article 31.

La déclaration d'approbation de l'Union européenne, annoncée pour être faite moyennant une réserve relative aux contentieux naissant des contrats d'assurance, liera les États membres de l'Espace judiciaire, dont le Royaume-Uni et l'Irlande et à l'exclusion du seul Danemark. La compétence pour adopter la convention n'est pas ici aussi problématique que pour les conventions Unidroit (voir *supra* I.). La raison est double : il y a, tout d'abord, entre la Convention de La Haye et le système Bruxelles I/Lugano identité de l'objet et des techniques juridiques empruntées ; de plus, l'entrée en vigueur de la Convention modifierait le comportement des règles européennes préexistantes (puisque le champ d'application spatial de ces dernières serait en certains cas restreint à raison de l'applicabilité des règles conventionnelles nouvelles).

La Convention de La Haye de 2005 est accompagnée d'un rapport explicatif pouvant servir à son interprétation future ; elle a été déjà largement commentée, par anticipation de son entrée en vigueur probable et pour des raisons proprement scientifiques³⁵. On en soulignera ici brièvement deux aspects : l'économie générale et l'articulation avec le règlement Bruxelles I dans sa version refondue.

La Convention « Élection de for » fut pensée sur un format analogue à celui de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dont on connaît le succès géographique étendu. Dans les deux cas, l'idée des rédacteurs a été de traiter indivisiblement du principe de la compétence juridictionnelle, tributaire de la validité des clauses ou conventions y afférentes, et de la reconnaissance des décisions issues de l'exercice de cette compétence. Bien que soigné par les rédacteurs, le volet « reconnaissance »

³⁴ Décision 2014/887/UE du Conseil du 4 décembre 2014 relative à l'approbation, au nom de l'Union européenne, de la convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, *JOUE* n° L 353, 10 décembre 2014, p. 5. V. F. MAILHE, JCP, G, 22 juin 2015, Act. 731.

³⁵ On trouvera le rapport explicatif « Hartley/Dogauchi » et les commentaires doctrinaux recensés sur le site internet de la conférence de La Haye : www.hech.net, sous l'onglet dédié à la Convention de 2005.

des jugements n'est pas spectaculaire dans la Convention de La Haye, car la reconnaissance de plein droit est tempérée par un certain nombre de motifs de refus (classiques pour certains ; originaux pour d'autres, car adaptés à la présence d'une clause attributive au fondement de la compétence exercée ; les dommages-intérêts punitifs fournissant, par ailleurs, un motif optionnel de refus de reconnaissance³⁶). La Convention est plus originale dans le champ de la compétence. Elle prévoit bien sûr la compétence internationale, sous conditions, du juge choisi par les parties mais tente aussi d'assurer l'efficacité de cette compétence dans tous les États contractants. Selon l'article 5 de la Convention, l'accord des parties visant à établir la compétence des juridictions d'un État partie fonde positivement la compétence internationale du juge saisi, sans possibilité pour celui-ci de renier discrétionnairement la compétence attribuée. Le cas de nullité de l'accord d'élection de for est réservé, cette nullité s'appréciant selon le droit du pays du juge élu (règle de conflit de lois applicable à la validité³⁷) ; sachant que la seule nullité du contrat de fond n'emporte pas nullité de la clause de choix du juge qu'il contient (règle matérielle de séparabilité ou d'autonomie de la clause d'élection de for³⁸). Selon l'article 6 de la Convention, tout juge d'un autre État partie doit surseoir à statuer ou se déclarer incompétent à la vue d'une clause désignant le juge d'un État tiers. L'exclusivité de la compétence du juge apparemment choisi par les parties ne connaît que quelques exceptions : nullité de la clause selon la loi du pays du juge désigné, incapacité d'une des parties à conclure l'accord d'élection de for ou encore injustice manifeste ou contrariété à l'ordre public inhérente à la mise en œuvre de l'accord. Ces cas de refus, assez extensifs, marquent une faiblesse possible du dispositif conventionnel. S'y ajoute l'absence de priorité explicitement reconnue au juge élu pour l'appréciation de sa propre compétence ; à la différence notable de ce que le règlement Bruxelles I refondu instaure dans les relations entre juges des États membres de l'Union³⁹. L'inefficacité possible de la Convention à cet égard, et les conflits de procédures susceptibles d'en résulter, ont été soulignés⁴⁰. Les accords d'élection de for, donnant lieu à l'application de la Convention, sont eux-mêmes diversement limités. En la forme, ils doivent pouvoir être attestés par écrit ; quant au fond, ils doivent porter sur un rapport de droit déterminé. Sans préjuger de leur licéité suivant le droit non harmonisé des États parties, les clauses intervenant

36 Article 11 de la Convention. L'article 10 est aussi techniquement intéressant, qui limite la portée de la chose jugée quant aux questions préalables placées hors du champ de l'élection de for conventionnelle.

37 Identique à celle nouvellement incluse dans le règlement Bruxelles I (règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE* n° L 351, 20 décembre 2012, p. 1, article 25 § 1).

38 Des exceptions à la compétence liée du juge sont prévues par la Convention ; les États signataires pouvant notamment prévoir une réserve d'incompétence pour leurs juges nationaux lorsque ceux-ci, bien que choisis, n'entretiennent aucun lien avec la situation litigieuse.

39 Règlement (UE) n° 1215/2012, précité, article 31 § 2. Dans la Convention, la priorité reconnue au juge désigné pour apprécier sa compétence pourrait être lue comme figurant implicitement dans la règle de sursis à statuer automatique des juges non élus (article 6), et provoquer l'interprétation restrictive des exceptions à cette règle. Pour une comparaison du règlement refondu et de la convention, v. Matthias WELLER, *Festschrift R. Schütze*, Beck 2014, p. 705.

40 Voir significativement, AUDIT B., in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, précité, p. 171, spéc. p. 184 et s.

dans des rapports avec des parties faibles (consommateurs, travailleurs) ou dans des matières sensibles limitativement énumérées (relations familiales, droit de la concurrence, etc.) ne bénéficient pas des garanties conventionnelles. Il en va de même des clauses asymétriques, usuelles dans certains contrats d'affaires⁴¹, qui n'obligent pas les parties à saisir dans les mêmes termes le juge choisi⁴². La restriction au champ d'application de la Convention tirée de l'exigence d'un accord exclusif d'élection de for, loin de proscrire les accords atypiques non exclusifs, constitue néanmoins une autre faiblesse sous l'angle pratique.

L'articulation de la Convention de La Haye avec les régimes internationaux préexistants est prévue par des dispositions détaillées, dont une spécialement conçue pour s'appliquer à des dispositifs tels le règlement Bruxelles I : « La présente Convention n'affecte pas l'application des règles d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention : a) lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'Organisation régionale d'intégration économique ; b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution de jugements entre les États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique⁴³. » Ce dispositif, en harmonie avec les clauses de compatibilité et de déconnexion contenues dans les règlements européens actuels, signifie que la seule résidence d'une partie à l'accord dans un État, partie à la Convention de La Haye mais extérieur à l'Union, provoquera dans l'Union l'application prioritaire de la Convention sur le règlement européen, quand bien même le juge désigné serait celui d'un État membre. La solution est au service d'une certaine réciprocité dans l'application de la Convention, mais ne sera pas nécessairement la plus favorable à l'efficacité des accords d'élection de for⁴⁴. Par ailleurs, la reconnaissance des jugements rendus dans l'Espace européen est réservée dans toutes les hypothèses, ce qui peut jouer contre l'efficacité de l'élection de for bénéficiant aux juridictions d'un pays étranger, celles-ci ne se voyant pas reconnaître – dans le système conventionnel étudié – une priorité formelle pour apprécier l'efficacité des clauses les désignant⁴⁵.

On voit ici que l'articulation des règles respectivement applicables au contentieux intérieur et partiellement extérieur à l'Union européenne est clairement réalisée ; mais dans un esprit de compromis diplomatique, non pas dans un esprit d'équité procédurale ou de faveur à l'efficacité des arrangements privés.

41 Même s'ils sont parfois défaits par les juges étatiques, inutilement méfiants : voir dernièrement, Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 2015, *JCP G.*, 2015, p. 600 et la note.

42 Voir articles 1^{er} et 3 ; *adde* explications données au point 105 du rapport Hartley/Dogauchi précitées. Les clauses de ce type ne sont pas vues avec défaveur par les auteurs de la Convention, ainsi que l'atteste la faculté des États parties à s'engager à la reconnaissance des décisions rendues sur leur fondement (article 22 de la Convention).

43 Article 26 § 6 de la Convention.

44 Voir pour plus de détails, USUNIER L., « La Convention de La Haye du 30 juin 1958 sur les accords d'élection de for, Beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 37, n° 16 et s.

45 C'est peut-être la plus importante lacune de la Convention. Comme indiqué *supra*, il conviendrait sans doute de procéder à une interprétation téléologique de l'article 6, favorable à la résorption des conflits de procédure portant sur le point préalable de la stipulation valable et l'efficacité des clauses attributives.

De toute manière, l'impact concret de la Convention de La Haye de 2005 dépendra de l'importance des ratifications à venir, qui n'affluent pas pour l'instant.

Louis D'AVOUT

II. RELATIONS CIVILES OU COMMERCIALES

A. Problèmes de qualification

1. Cohérence et interprétation croisée des règlements européens (arrêt Kainz)

La construction progressive d'un droit international privé de l'Union européenne de plus en plus complet, abordant les conflits de lois et de juridictions, a alimenté le désir de le voir se constituer en véritable système dont la codification serait en marche⁴⁶, animée par un objectif général de cohérence⁴⁷. L'enjeu majeur est apparu d'éviter que les textes n'entrent en contradiction, et qu'au contraire leur coordination soit harmonieuse. Lors de l'adoption des règlements Rome I⁴⁸ et Rome II⁴⁹, le Parlement européen a donc choisi de préciser, dans les considérants 7 de chacun des deux instruments, que leurs champs d'application matériels comme leurs dispositions « devraient être cohérents par rapport au règlement » Bruxelles I⁵⁰, et désormais au règlement Bruxelles I *bis*⁵¹. La cohérence devrait ainsi être recherchée, tant en matière de qualification, qu'en matière d'interprétation des rattachements, le problème se ramenant dans les deux cas à un exercice d'interprétation appliquée⁵².

L'ambition est audacieuse⁵³, davantage que celle du préambule de la Convention de Rome, justifiant déjà cet argument de cohérence⁵⁴. La formulation, en revanche, est plus prudente, se conjugue au conditionnel, et s'insère dans les considérants plutôt que dans les dispositions normatives des instruments⁵⁵.

46 FALLON M., LAGARDE P. et POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2009 ; et *Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011.

47 LEROYER A.-M. et JEULAND E. (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen*, Paris, Dalloz, 2004.

48 Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *JOUE* n° L 177, 4 juillet 2008, p. 6.

49 Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome 2 »), *JOUE* n° L 199, 31 juillet 2007, p. 40.

50 Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* n° L 12, 16 janvier 2001, p. 1.

51 Règlement (UE) n° 1215/2012 précité.

52 Assimilant l'interprétation des rattachements à un problème de qualification, cf. notamment RIGAUD F., *La théorie des qualifications en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1956, n° 191-206.

53 BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, réimpr., 2002, n° 9 : « Rien n'est au fond plus contraire à toute expérience et à toute culture que de prétendre une méthode universellement valable parce qu'elle a donnée des résultats étonnants dans un certain ordre, sans se préoccuper de savoir si l'objet auquel on veut l'étendre est du même ordre ».

54 CJCE, 6 octobre 2009, *ICF*, aff. C-133/08, *Rec.* p. I-9687, point 21, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 199, note LAGARDE P.

55 Contestant légitimement la valeur normative des considérants : LEMAIRE S., « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », Paris, Dalloz, 2008, p. 2157.

L'intervention de la Cour de justice était donc très attendue, la portée de ces considérants 7 étant incertaine⁵⁶. S'il en va de la légitimité de la Cour suprême en charge de l'interprétation uniforme du droit international privé européen de veiller à la cohérence d'ensemble de la construction, de nature à renforcer la sécurité juridique, l'intelligibilité et l'accessibilité du droit, il n'en demeure pas moins que chaque branche du droit international privé poursuit des finalités propres, lesquelles peuvent justifier leur autonomie. La différence essentielle est que la commodité des plaideurs constitue un enjeu fondamental en matière de compétence juridictionnelle, tandis qu'il est inconcevable de faire dépendre la substance des droits subjectifs de cette commodité⁵⁷.

Or, depuis l'arrêt *Eurocontrol*⁵⁸, la Cour de justice a constamment affirmé que l'interprétation des règles de conflit de juridictions devait être téléologique et fonctionnelle, conduite en référence « aux objectifs et au système » de la Convention de 1968, puis du règlement Bruxelles I. Ces canons d'interprétation tendaient à montrer que, sans être servantes des règles de fond comme elles peuvent l'être dans la tradition civiliste, les règles du droit judiciaire européen sont véritablement autonomes des règles de fond. Interprétant la Convention de Rome du 19 juin 1980, la Cour, sans toutefois reprendre la formule *Eurocontrol*, a également fait référence aux objectifs comme au système du texte⁵⁹, puis simplement à ses « objectifs⁶⁰ ». Nul doute que la Cour reprendra, pour l'interprétation des règlements Rome I et II, la formule *Eurocontrol*, ou toute autre motivation traduisant le caractère fonctionnel de l'interprétation des règles de conflit de lois. Ces méthodes d'interprétation devraient alors refléter l'autonomie des deux branches du droit international privé, au fondement de la discipline⁶¹ depuis l'époque des statutistes⁶².

Ces considérations méthodologiques conduisent à relativiser la portée des considérants 7, et si l'arrêt *Kainz*⁶³ mérite de retenir l'attention, c'est parce qu'il affirme, dans une formulation générale, que le souci d'assurer une cohérence d'ensemble des instruments de droit international privé européen ne saurait justifier un alignement mécanique des solutions de conflits de lois et

56 Défendant une conception moniste, cf. AZZI T., « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », Paris, Dalloz, 2009, p. 1621 ; une conception dualiste, HAFTEL B., « Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I », *JDI*, 2010, p. 762.

57 BATTIFOL H., « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », in *Mélanges Kollewyn et Offerhaus*, 1962, p. 55, spéc. p. 58.

58 CJCE, 14 octobre 1976, *Eurocontrol*, aff. 29/76, *Rec. p.* 1541, *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 772, note DROZ G., *JDI*, 1977, p. 707, obs. HUET A.

59 Cf. CJCE, 6 octobre 2009, *ICF*, précité.

60 CJUE, 15 mars 2011, *Koelzsch*, aff. C-29/10, *Rec. p.* I-1595, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 447, note JAULT-SESEKE F. ; CJUE, 15 décembre 2011, *Voogsgaard*, aff. C-384/10, *Rec. p.* I-13275, *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 648, note PATAUT E. ; CJUE, 12 septembre 2013, *Schlecker*, aff. C-64/12, ECLI:EU:C:2012:551, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 159, note PATAUT E., *ADUE*, 2013, p. 459, note D'AVOUT L.

61 BATTIFOL H. et LAGARDE P., *Droit international privé*, 7^e édition, tome II, n° 668.

62 MIAJA DE LA MUELA A., « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI*, 1972-I, tome 135, spéc. p. 61.

63 CJUE, 16 janvier 2014, *Kainz*, aff. C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7, *D.*, 2014, p. 287, obs. JAULT-SESEKE, *D.*, 1967, obs. BOLLEÉ S., *RLDA*, 2014, n° 92, note DE CLAVIÈRE B.

de juridictions, au détriment des objectifs propres à chacune des branches du droit des conflits. Si la recherche de cohérence peut justifier une interprétation croisée des instruments, elle ne saurait donc ni justifier l'identité stricte des raisonnements, ni l'identité des résultats.

En l'espèce, le demandeur, domicilié en Autriche, avait acquis auprès d'un distributeur lui-même établi en Autriche une bicyclette fabriquée en Allemagne, par une société de droit allemand. Après une chute alors qu'il circulait en Allemagne, il intentait une action en responsabilité du fait des produits défectueux devant une juridiction autrichienne. Selon lui, le lieu de l'événement causal à l'origine du dommage se trouvait en Autriche, pays de mise en circulation de la bicyclette par sa mise à disposition de l'utilisateur final dans le cadre d'une distribution commerciale. La compétence était contestée car, selon le défendeur, le lieu de l'événement causal à l'origine du dommage se trouvait en Allemagne, à la fois lieu de fabrication du produit, et lieu de sa mise en circulation par l'expédition de la bicyclette à partir du siège du fabricant. L'*Oberster Gerichtshof* adressait alors une question portant sur l'interprétation de la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » au sens du règlement Bruxelles I, et plus particulièrement sur le fait de savoir si cette interprétation devait être éclairée à la lumière des dispositions du règlement Rome II.

Si l'arrêt doit retenir l'attention, c'est moins par la solution qu'il retient, prévisible en regard de la jurisprudence antérieure, que par la construction de l'interprétation fonctionnelle sur laquelle il repose, et annoncée par un considérant de formulation très générale : « s'il ressort, certes, du considérant 7 du règlement [Rome II] que le législateur de l'Union a cherché à assurer une cohérence entre, d'une part, le règlement [Bruxelles I] et, d'autre part, le champ d'application matériel ainsi que les dispositions du règlement [Rome II], il n'en découle toutefois pas que les dispositions du règlement [Bruxelles I] devraient, partant, être interprétées à la lumière de celles du règlement [Rome II]. En aucun cas la cohérence voulue ne saurait conduire à donner aux dispositions du règlement [Bruxelles I] une interprétation étrangère au système et aux objectifs de celui-ci » (point 20).

La jurisprudence de la Cour témoignait déjà de ce que la préoccupation générale de cohérence pouvait la conduire à puiser dans le droit matériel de l'Union⁶⁴, ou conventionnel⁶⁵, des éléments de nature à éclairer l'interprétation des règles de conflit de juridiction, sans pour autant que ces éléments de droit

64 S'en référant à différentes directives, cf. par exemple CJCE, 8 mars 1988, *Arcado*, aff. 9/87, *Rec.* p. 1539, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 610, note GAUDEMET-TALLON H. ; *JDI*, 1989, p. 453, obs. HUET A., point 14 ; CJCE, 13 octobre 2005, *Klein*, précité, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 183, note MUIR WATT H., points 21-22 ; CJUE, 7 décembre 2010, *Pammer*, aff. jtes C-585/08 et C-144/09, *Rec.* p. I-12527, *JCP G.*, 2011, n° 5 p. 226, note D'AVOUT L. ; *RDC*, 2011, p. 567, note TREPPOZ E. ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 429, note CACHARD O., points 36-45.

65 S'en référant notamment à la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et à la Convention de New York du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises : CJUE, 25 février 2010, *Car Trim*, aff. C-381/08, *Rec.* p. I-1255, *D.*, 2010, p. 1837, note AZZI T. ; *RDC*, 2010, p. 976, note TREPPOZ E.

matériel soient décisifs de cette interprétation⁶⁶. C'était affirmer l'autonomie du règlement Bruxelles I par rapport au droit matériel. Au-delà, l'arrêt *Kainz* affirme l'autonomie de ce même règlement par rapport aux règlements européens adoptés en matière de conflits de lois.

Au cas d'espèce, la Cour met alors à l'œuvre le principe d'autonomie et d'interprétation fonctionnelle qu'elle énonce. Les objectifs poursuivis par les articles 5 § 3 du règlement Bruxelles I et 5 du règlement Rome II ne peuvent en effet être rapprochés. L'article 5 du règlement Rome II opère une conciliation entre prévisibilité juridique du point de vue du fabricant, et protection de la victime appréhendée comme une partie faible⁶⁷. Poursuivant des objectifs économiques de régulation du marché européen⁶⁸, il désigne en principe la loi de la résidence habituelle commune des parties ; et, à défaut, prévoit trois rattachements subsidiaires et formulés en cascade, à la condition qu'ils coïncident avec le lieu de commercialisation du produit et sous réserve de prévisibilité pour le fabricant : la résidence de la victime, le lieu d'acquisition du produit, et enfin le lieu du dommage. Ces finalités économiques sont en revanche étrangères au for délictuel européen. Celui-ci « ne tend précisément pas à offrir à la partie la plus faible une protection renforcée⁶⁹ » (point 31). Il est fondé sur une recherche de proximité participant de « l'organisation utile du procès », notamment dans la perspective de l'accès à la preuve (point 27). La responsabilité du fait des produits défectueux ne se prête donc pas à une interprétation du règlement Bruxelles I à la lumière du règlement Rome II.

La Cour aurait pu argumenter *a minima*, et se contenter d'en référer à sa jurisprudence antérieure avant d'en préciser les contours. En effet, elle avait déjà jugé qu'en matière de responsabilité du fait des produits défectueux le lieu de réalisation du dommage se situe dans l'État « où le dommage initial est survenu du fait de l'utilisation normale du produit aux fins auxquelles il est destiné », tandis que le lieu du fait générateur correspondait à « celui où s'est réalisé le fait ayant endommagé le produit lui-même⁷⁰ ». Il était donc acquis que ni le dommage ni le lieu du fait générateur n'étaient localisables au lieu de mise en circulation du produit défectueux, et restait seulement à préciser que, « en principe », le fait générateur de responsabilité « survient sur le lieu où le produit en cause est fabriqué » (points 26 et 33).

Pour écarter en l'espèce l'interprétation croisée des règlements, la Cour aurait encore pu, et avant même de s'attacher à opposer l'esprit des textes, en comparer la lettre, profondément différente. En effet, c'est en cas d'identité de lettre que la contrainte de cohérence peut sembler imposer l'identité d'inter-

66 CJCE, 23 avril 2009, *Falco*, aff. C-533/07, *Rec. p.* I-3327, *RDC*, 2009, p. 1558, note TREPPOZ E., point 20.

67 Voir l'exposé des motifs sous l'article 4 de la proposition de 2003, COM(2003) 427 final.

68 SYMEONIDES S., « Tort Conflicts and Rome II: A View from Across », in *Festschrift für E. Jayme*, p. 935 ; MUIR WATT H., « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, tome 307, p. 256.

69 Cf. déjà CJUE, 25 octobre 2012, *Folien Fischer*, aff. C-133/11, ECLI:EU:C:2012:664, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 501, note MUIR WATT H., point 46.

70 CJCE, 16 juillet 2009, *Zuid Chemie*, aff. C-189/08, *Rec. p.* I-6917, *D.*, 2009, p. 2384, obs. BOLLEÉ S., *Europe*, 2009, n° 386, obs. IDOT L., points 32 et 27.

prétation. Le silence gardé sur cette circonstance invite à penser que l'autonomie des branches du droit international privé conserve toute sa pertinence dans l'hypothèse où la lettre des textes serait identique. Toutefois, la portée concrète de la formule de principe est, à la lumière de l'ensemble de la jurisprudence, particulièrement difficile à anticiper, et il peut être regretté que, sur une question d'aussi grande importance, la publication de la décision n'ait pas été accompagnée de celle des conclusions de l'Avocat général.

En premier lieu, sans doute convient-il de ne pas interpréter l'arrêt *Kainz*, *a maxima*, comme emportant une condamnation générale et absolue de l'interprétation croisée des règlements. En effet, l'interprétation fonctionnelle de la Convention de 1968, puis du règlement Bruxelles I, n'a jamais empêché que les règles de compétence juridictionnelle soient occasionnellement interprétées à la lumière des règles de conflits de lois. Ainsi, l'article 10 de la Convention de Rome, définissant le domaine de la *lex contractus*, a été visé dans l'affaire *Arcado*⁷¹ pour justifier que l'action en rupture abusive d'un contrat d'agence commerciale relève de la notion de « matière contractuelle » au sens de l'article 5 § 1 de la Convention de 1968. Techniquement, l'argument était certainement surabondant, appuyant une solution déjà justifiable dans les seuls termes du conflit de juridictions ; mais il participait d'une recherche de cohérence, avant même l'adoption des règlements Rome I et II.

Aujourd'hui, les règlements Rome I et II sont probablement amenés à exercer une influence plus forte encore sur l'interprétation du règlement Bruxelles I, comme l'illustre déjà l'affaire *Pammer*⁷², où la Cour nourrit son interprétation du règlement Bruxelles I de références au règlement Rome I, tout en soulignant expressément la concordance des objectifs poursuivis par les règles protectrices du consommateur dans les deux branches du droit des conflits. À cet égard, l'arrêt *Kainz* ne peut être lu comme un radical revirement de jurisprudence : il n'emporte pas condamnation de toute prise en compte des règles de conflit de lois lors de l'interprétation des règles de conflit de juridictions, mais se borne à ériger la concordance des objectifs en condition de l'alignement des solutions.

En second lieu, il convient également de ne pas interpréter l'arrêt *Kainz a minima*. L'affirmation de l'autonomie des branches du droit des conflits est, en l'espèce, uniquement opposée à l'importation mécanique de considérations de conflit de lois dans le domaine des conflits de juridictions. Même si la lettre des considérants 7 semble impliquer une transposition, en sens inverse, des solutions de conflits de juridictions dans le domaine des conflits de lois, le principe posé par l'arrêt *Kainz* devrait conserver toute sa pertinence. La jurisprudence antérieure invite toutefois à la nuance.

La notion « lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail », critère de rattachement retenu par le règlement Bruxelles I comme par la Convention de Rome et le règlement Rome I, était certainement la plus apte à démontrer l'indépendance des branches du droit international privé. En effet, les deux

71 CJCE, 8 mars 2008, *Arcado*, précité, point 15.

72 CJCE, 7 décembre 2010, *Pammer*, précité, points 39-43, 74, et 84.

règles sont imprégnées d'un objectif de protection de la partie faible. Mais alors que la règle de compétence juridictionnelle a pour fonction de renforcer l'accès du travailleur à une juridiction proche du centre de ses intérêts, la règle de conflit de lois pouvait inviter à rechercher la loi substantiellement la plus protectrice de ses intérêts. Voilà qui pouvait conduire à interpréter et concrétiser différemment les deux règles de rattachement, en dépit de l'identité de leur formulation. Pourtant, précisant l'interprétation de la clause d'exception en matière de conflit de lois, la Cour a exclu toute recherche casuistique de la loi substantiellement plus protectrice des droits du salarié⁷³, alors qu'elle venait, par deux fois, de juger que l'interprétation du rattachement retenue pour les besoins du conflit de juridictions doit être transposée pour les besoins de la Convention de Rome⁷⁴. Même si la transposition n'était pas mécanique et découlait d'une démonstration de la concordance des objectifs poursuivis par les règles de conflit et de compétence, il demeure permis de se demander si, en dépit du fonctionnalisme de l'interprétation affiché par la Cour, la solution ne dépend pas en réalité de l'identité, ou de l'absence d'identité terminologique des règles en question. À tout le moins, il peut être observé que l'analyse des objectifs des règles n'est pas le facteur le plus puissant de variation de l'interprétation, lorsqu'il s'agit d'interpréter les rattachements.

En matière de qualification préalable, les variations des solutions de conflits de lois et de juridictions sont envisageables. D'abord, transposer mécaniquement le résultat d'une première opération de qualification pour les besoins de la seconde reviendrait à nier le fonctionnalisme de la qualification, si ce n'est l'existence même de cette seconde opération. Ensuite, et surtout, la qualification préalable, opération de classement, est directement tributaire du système qui la rend nécessaire. Si bien, que même en cas de transposition des notions et de leurs définitions, une variation du résultat de la qualification demeure possible⁷⁵.

Les champs d'application respectifs des différents règlements pourraient marginalement constituer un premier facteur de variation de ce résultat. Dans l'arrêt *Martin Peters*⁷⁶, par exemple, la Cour consacrait une qualification contractuelle de l'action d'une association contre l'un de ses membres, qualification impossible dans le cadre de la Convention de Rome comme du règlement Rome I, la question étant exclue de leur champ d'application⁷⁷. La méthode

73 CJUE, 12 septembre 2013, *Schlecker*, précité.

74 CJUE, 15 mars 2011, *Koelzsch* précité ; et CJUE, 15 décembre 2011, *Voogseerd*, précité.

75 ANCEL B., *Rep. Dr. int.*, voir « Qualification », spéc. n° 2-4, et n° 8-9, opposant subsumption et qualification. La première, reposant sur un syllogisme, permet le rassemblement sous un concept commun à une pluralité de règles. Elle fournit un premier indice, mais peut être remise en cause par la seconde, fonctionnelle et nécessaire à l'application d'une règle prise isolément. Seule la seconde mérite le terme de « qualification *stricto sensu* ».

76 CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters*, aff. 34/82, *Rec.* p. 987, *JDI*, 1983, p. 834, obs. HUET A., *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 667, note GAUDEMET-TALLON H., *Eur. L. Rev.*, 1983, p. 262, obs. HARTLEY T. C.

77 Règlement Rome I précité, article 1 § 2 sous f). L'Avocat général Mancini défendait dans cette affaire l'idée selon laquelle un doute quant à la qualification avait justifié l'exclusion expresse du champ d'application de la Convention de Rome, ce qui rendait envisageable la qualification contractuelle sous la Convention de Bruxelles.

de qualification étant fonctionnelle, le résultat de l'opération de classement est tributaire de l'analyse des rattachements associés aux catégories. Aussi, la différence des rattachements conflictuels peut constituer un deuxième facteur de variation marginale du résultat de la qualification. Par exemple, les arrêts *Besix*⁷⁸ et *Falco*⁷⁹ ont démontré que l'obligation contractuelle de ne pas faire, laquelle est susceptible de s'exécuter en tout lieu, peut tenir en échec le rattachement au lieu d'exécution de l'obligation contractuelle, litigieuse ou caractéristique, sur lequel repose la règle contractuelle de compétence juridictionnelle, et justifier une disqualification. Cette disqualification est inenvisageable dans le domaine du conflit de lois, où la nature de l'obligation, positive ou négative, est sans incidence sur le rattachement du contrat et, partant, sur la qualification.

La différence de conception des systèmes de catégories et sous-catégories de conflits de lois et de juridictions constitue le troisième facteur de variation du résultat de l'opération de classement, certainement plus important. L'article 5 § 1 du règlement Bruxelles I repose, par exemple, sur une classification tripartite des contrats, lesquels peuvent être de « vente de marchandises », de « fourniture de services », comme ils peuvent être innomés. Cette classification tripartite avait justifié que la Cour en affranchisse l'interprétation de l'influence du droit matériel de l'Union, lequel repose sur une classification bipartite, les contrats relevant soit de la libre circulation des marchandises, soit de la libre prestation de services⁸⁰. Elle supposera encore que l'interprétation de l'article 4 du règlement Rome I, lequel distingue une multitude de contrats spéciaux, soit affranchie de l'influence du règlement Bruxelles I⁸¹.

Au-delà du système de l'article 5 § 1 lui-même, le système du règlement Bruxelles I dans son ensemble se dresse certainement comme un obstacle à la transposition mécanique des qualifications de conflit de juridictions dans le domaine du conflit de lois. Comme il est encore rappelé dans l'arrêt *Kainz* (points 21-22), l'article 5 du règlement Bruxelles I est interprété comme une dérogation à la règle générale, sur laquelle repose tout entier le règlement, et qui confère compétence aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le défendeur est domicilié. Si cette dialectique du principe et de l'exception justifie en l'espèce une interprétation stricte du rattachement délictuel, elle justifie par ailleurs une interprétation restrictive de la notion de « matière contractuelle⁸² ». Dans le règlement Bruxelles I, la compétence générale attribuée au for du défendeur justifie que nombre d'actions ne reçoivent aucune qualification spéciale. En matière de conflit de lois, cette dispense de qualification

78 CJCE, 19 février 2002, *Besix*, aff. C-256/00, *Rec. p. I-1699*, *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 588, note GAUDEMET-TALLON H.

79 CJCE, 23 avril 2009, *Falco*, précité.

80 *Ibid.*

81 Dans le même sens, cf. POCAR F., « Quelques réflexions sur le choix des sous-catégories et des éléments de rattachement dans les textes de référence », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé*, précité, spéc. p. 72.

82 CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, aff. C-26/91, *Rec. p. I-3967*, *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 705, note GAUDEMET-TALLON H., *JDI*, 1993, p. 469, note BISCHOFF J.-M., *Eur. L. Rev.*, 1993, p. 506, note HARTLEY T. C.

n'est pas envisageable, et la nécessité de qualifier se fait traditionnellement sentir avec davantage d'intensité.

De manière tout à fait paradoxale⁸³, il peut également être observé que les catégories contractuelles et délictuelles sont plus hermétiques dans le règlement Bruxelles I, où elles sont mutuellement exclusives⁸⁴, que dans les règlements Rome I et II. Ces derniers contiennent de nombreuses passerelles permettant, quelle que soit la nature juridique des questions, de les soumettre de toute manière à la loi applicable au contrat. Le contentieux de la période précontractuelle contribue à l'illustrer. Le Parlement européen entendait transposer à l'article 12 du règlement Rome II la qualification délictuelle du contentieux précontractuel retenue dans l'arrêt *Tacconi*⁸⁵, tout en le soumettant par principe à la loi du contrat projeté. La logique dispersive de qualification sur laquelle repose l'article 5 du règlement Bruxelles I semble ici s'effacer, au profit d'une logique de conciliation, de coordination et d'articulation des lois⁸⁶, lesquelles ne sont pas placées sur un pied d'égalité, la loi du contrat étant logiquement favorisée pour des raisons tenant à la sécurité juridique. Sans véritablement imposer le résultat de la qualification par transposition⁸⁷, cet article 12 modifie le système de catégories et la conception même de l'opération de qualification. Il confirme que si l'objectif de cohérence peut justifier l'interprétation croisée des règlements, il ne peut imposer ni la stricte unité de raisonnement, ni la stricte unité des résultats.

Aussi souhaitable que puisse être la cohérence des instruments européens, l'affirmation de l'autonomie des branches du droit international privé sur laquelle repose l'arrêt *Kainz* semble ainsi de prudente méthode, et devrait être généralisée.

Jean-Sébastien QUÉGUINER

2. Délimitation entre « matière contractuelle » et « matière délictuelle » dans l'Espace judiciaire européen (l'affaire Brogsitter)

83 Notamment parce que, pour un même litige, le souci de cohérence rend peut-être plus essentiel de garantir une compétence juridictionnelle unique que l'application d'une loi unique.

84 CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, aff. 189/87, *Rec.* p. 5565, *JDI*, 1989, p. 457, obs. HUET A. ; *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 117, note GAUDEMET-FALLON H., *Eur. L. Rev.*, 1989, p. 172, note HARTLEY T. C.. L'arrêt *Brogsitter* (sur lequel, voir *infra*. note SANCHEZ S.) constitue peut-être un assouplissement.

85 CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, aff. C-334/00, *Rec.* p. I-7357, *JDI*, 2003, p. 668, note HUET A., *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 669, note RÉMY-CORLAY P.

86 Cf. notamment HAFTEL B., « Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I », précité, n° 18 et s. ; BOLLE S., « À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.*, 2008, p. 2161.

87 La qualification délictuelle était, dans l'affaire *Tacconi*, tributaire du contexte de l'espèce. Si bien que le problème de la qualification demeure à résoudre pour les besoins des règlements Rome I et II. La conclusion d'un avant-contrat, par exemple, justifiera la qualification contractuelle. Cf. FRANCQ S., « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence – De la cohérence terminologique à la cohérence systémique – En passant par la théorie générale », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé*, précité, p. 35, spéc. p. 43-44.

L'arrêt *Brogstetter*⁸⁸ intervient dans le contexte d'un contrat conclu entre M. Brogstetter, résidant en Allemagne, M. Fräßdorf et une société dont il est le seul associé, les deux personnes physiques étant domiciliées en France au moment de la conclusion du contrat, bien que M. Fräßdorf ait changé son domicile en Suisse par la suite. L'objet du contrat portait sur le développement des mouvements d'horlogerie pour des montres de luxe. La demande présentée par M. Brogstetter était fondée sur le fait de la commercialisation d'autres mouvements d'horlogerie par M. Fräßdorf. M. Brogstetter soutint que le contrat comprenait une clause d'exclusivité, si bien qu'il demandait la cessation de ces activités et l'octroi de dommages-intérêts en vertu des règles du droit allemand en matière de concurrence déloyale et de responsabilité délictuelle. La question préjudicielle porte précisément sur la qualification de cette dernière prétention.

La Cour de justice affirme en premier lieu (point 18) le caractère autonome de l'interprétation et de la délimitation des matières contractuelle et délictuelle, indépendamment de la qualification de la relation juridique litigieuse par la loi nationale, reprenant ainsi un critère solidement établi dans la jurisprudence de la Cour de justice⁸⁹. La Cour de justice rappelle aussi l'efficacité de la jurisprudence antérieure à propos de la Convention de Bruxelles de 1968⁹⁰. Finalement, elle réaffirme le caractère résiduel ou la délimitation négative de la matière délictuelle, qui comprend n'importe quelle réclamation de responsabilité civile, pourvu qu'elle ne se rattache pas à la matière contractuelle (point 20)⁹¹.

Le point 22 permet de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour de justice, indépendamment du fait que le contrat ait été effectivement conclu, l'existence d'un engagement assumé par les parties est une condition indispensable pour que l'action puisse relever de la qualification de « matière contrac-

88 CJUE, 13 mars 2014, *Brogstetter*, aff. C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, note HAFTEL B., *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 863 ; KEBIR M., *Dalloz actualité*, 25 mars 2014, NOURISSAT C., *Procédures*, 2014, comm., p. 141; IDOT L., *Europe*, 2014, comm., p. 241, MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST A., *RTD Com.*, 2014, p. 446, LAAZOUZI M., *RDC*, 2014, p. 691, WENDENBURG A. et SCHNEIDER M., *NJW*, 2014, n° 23, p. 1635, DORNIS T. W., *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2014, n° 6, p. 352, SUJECKI B., *EuZW*, 2014, n° 10, p. 384.

89 CJCE, 22 mars 1983, *Peters*, précité, point 10 ; CJCE, 8 mars 1988, *Arcado*, précité, point 11 ; CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, précité, point 16 ; CJCE, 17 juin, 1992, *Handte*, précité, point 10 ; CJCE, 27 octobre, 1998, *Réunion Européenne*, aff. C-51/1997, *Rec. p. I-6511*, point 15 ; CJCE 17 septembre 2002, *Tacconi*, précité, point 15 ; CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Henkel*, précité, point 35 ; CJCE, 5 février 2004, *Frahuil*, aff. C-265/2002, *Rec. p. I-1543*, point 22 ; CJUE, 18 juillet 2013, *ÖFAB*, aff. C-147/12, ECLI:EU:C:2013:490, point 27 ; CJUE, 23 octobre 2014, *flyLAL*, aff. C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319, point 24 ; CJUE, 28 janvier 2015, *Kolassa*, aff. C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, point 37.

90 CJUE, 18 juillet 2013, *ÖFAB*, précité, point 28 ; CJUE, 12 septembre 2013, *Sunico*, aff. C-49/12, ECLI:EU:C:2013:545, point 32 ; CJUE, 23 octobre 2014, *flyLAL*, précité, point 25 ; CJUE, 28 janvier 2015, *Kolassa*, précité, point 21.

91 CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, précité, points 17 et 18 ; CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, précité, point 21 ; CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Henkel*, précité, point 36 ; CJUE, 18 juillet 2013, *ÖFAB*, précité, point 32 ; CJUE, 28 janvier 2015, *Kolassa*, précité, point 44. Le caractère résiduel de la matière délictuelle fait référence au caractère négatif de sa détermination par rapport à la matière contractuelle, mais cela ne veut pas dire que, en cas de doute, une qualification contractuelle soit préférable (CJCE, 27 octobre 1998, *Réunion Européenne*, précité, point 23). Par contre, le fait d'écarter une qualification contractuelle ne comporte pas nécessairement qu'il existe une demande de responsabilité délictuelle (CJCE, 26 mars 1992, *Reichert*, aff. C-261/90, *Rec. p. I-2149*).

tuelle⁹² ». L'absence d'un engagement assumé entre les parties a ainsi impliqué, par exemple, la qualification délictuelle des demandes relatives à la responsabilité par rapport à un cautionnement non souscrit par le défendeur⁹³, ou bien de demandes relatives à un transport dont le transporteur réel ne figure pas sur le connaissance émis qui fonde la demande⁹⁴, à un prospectus de base contenant une offre publique de souscription face à l'acquéreur final⁹⁵. Cette même qualification fut appliquée à une société pour n'avoir pas assumé la dette d'une autre société vis-à-vis un tiers⁹⁶, aux actes des membres du conseil d'administration et des actionnaires violant les obligations sociétaires⁹⁷, à une action syndicale collective⁹⁸, ou à une action préventive relative à des clauses contractuelles abusives⁹⁹. La même qualification délictuelle s'applique encore aux demandes de responsabilité civile relatives aux préjudices subis à cause de la violation des règles juridiques en matière de propriété industrielle ou intellectuelle¹⁰⁰, du droit de la concurrence¹⁰¹ ou des règles régissant la fraude fiscale¹⁰².

L'application rigide de ce principe a mené la Cour de justice à qualifier de « matière délictuelle » la responsabilité précontractuelle pendant les pourparlers d'une négociation contractuelle¹⁰³. En l'absence de contrat, une telle qualification semble cohérente par rapport à la qualification européenne de cette question qui se déduit des articles 1 § 2 sous i) du règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome I) et 12 du règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)¹⁰⁴.

L'existence d'un contrat, ou au moins d'un engagement librement convenu, est donc une condition inéluctable pour que le litige puisse être qualifié comme appartenant à la matière contractuelle, mais cette condition ne suffit pas (point 23). Une action délictuelle reste toujours possible entre deux parties engagées par un contrat. La Cour de justice trouve la clé de la qualification dans la source de l'obligation qui fonde la demande, prenant en considération la

92 CJCE, 17 juin, 1992, *Handte*, précité, point 15 ; CJUE, 17 octobre 2013, *OTP Bank*, aff. C-519/12, ECLI:EU:C:2013:674, point 23.

93 CJCE, 5 février 2004, *Frahuil*, précité.

94 CJCE, 27 octobre, 1998, *Réunion Européenne*, précité.

95 CJUE, 28 janvier 2015, *Kolassa*, précité, note d'AVOUT L., D., 2 avril 2015, n° 13, p. 2-7.

96 CJUE, 17 octobre 2013, *OTP Bank*, précité.

97 CJUE, 18 juillet 2013, *ÖFAB*, précité.

98 CJCE, 5 février 2004, *Torline*, aff. C-18/02, *Rec. p. I-1417*.

99 CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Henkel*, précité.

100 CJUE, 3 octobre 2013, *Pinckney*, aff. C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635.

101 CJUE, 23 octobre 2014, *flyLAL*, précité.

102 CJUE, 12 septembre 2013, *Sunico*, précité.

103 CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, précité.

104 Néanmoins, il faut souligner que l'article 12 du règlement Rome II prévoit, en premier lieu, l'application de la loi du contrat hypothétique. On peut bien se demander, quoiqu'il s'agisse d'une matière délictuelle, si le chef de compétence plus logique dans ce cas ne serait pas aussi celui prévu « en matière contractuelle » dans l'article 5 § 1 du règlement (UE) n° 44/2001 (article 7 § 1 du règlement (UE) n° 1215/2012) ; voir dans ce sens AFFERNI G., *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, n° 1, p. 96-109 ; FRANZINA P., « La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo », *Rivista di diritto internazionale*, 2003, n° 3, p. 714-745. Cette possibilité semble tout de même écartée par la jurisprudence de la CJUE.

nature de la relation juridique et l'objet du litige, quelle que soit la qualification de l'action selon le droit national concerné.

Si la responsabilité dérive d'une obligation librement convenue entre les parties, le litige sera compris dans la matière contractuelle. Au contraire, si la responsabilité répond à la violation d'une obligation légale de source non contractuelle ou d'un simple fait qui provoque un préjudice (dans le sens de l'article 1382 du Code civil français ou du paragraphe 823.2 du BGB), le litige relèvera de la matière délictuelle¹⁰⁵.

L'arrêt *Brogstetter* insiste sur ce point et le développe : la qualification contractuelle exige que le préjudice dérive d'un comportement qui manque à une obligation contractuelle, compte tenu de l'objet du contrat. Le caractère illicite du comportement dérive *a priori* (*aus Prinzip*) de la violation d'une obligation contractuelle « si l'interprétation du contrat qui lie le défendeur au demandeur apparaît indispensable pour établir le caractère licite ou, au contraire, illicite du comportement reproché au premier par le second » (points 24 et 25). Ce critère semble ambigu, voire confus. On présume la matière contractuelle si l'interprétation du contrat devient indispensable pour déterminer le caractère illicite du comportement ; au contraire, si le comportement peut être qualifié sans interpréter le contrat, il s'agirait d'une matière délictuelle. La Cour de justice insiste finalement (points 26 à 29) sur le fait que la qualification de l'action, indépendamment de la nature attribuée par le droit national, dépend de la source ou cause de l'obligation ou, plutôt, du comportement illicite qui provoque le préjudice.

Le critère de la Cour de justice paraît clair à première vue¹⁰⁶, mais en réalité n'arrive pas à constituer une interprétation autonome, en marge de la qualification nationale. Il semblerait qu'il s'agisse d'une qualification substantielle et non procédurale. En cela, l'approche européenne serait plus proche des systèmes continentaux et plus éloignée de la *common law*. En droit anglais, le droit privé vise plutôt à qualifier les actions que les droits ou les obligations¹⁰⁷. En fait, le droit anglais fait recours fréquemment à des remèdes non contractuels (*restitution*), qui visent à corriger ou compléter un droit contractuel souvent étroit (réclamation des intérêts moratoires, restitution du paiement en cas de contrats nuls, choix indistinct d'actions contractuelles ou délictuelles en matière de contrats de travail, etc.). Une telle qualification procédurale ne suit pas toujours la logique d'une qualification substantielle. Apparemment, la Cour de justice ne

¹⁰⁵ CJUE, 19 avril 2012, *Wintersteiger*, aff. C-523/10, ECLI:EU:C:2010:220 ; CJUE, 17 octobre 2013, *OTP Bank*, précité.

¹⁰⁶ Voir dans ce sens WENDENBURG A. et SCHNEIDER M., « Vertraglicher Gerichstand bei Ansprüchen aus Delikt ? », *NJW*, n° 23, 2014, p. 1635.

¹⁰⁷ En effet, l'histoire montre que le droit anglais des contrats s'émancipe assez tard des remèdes délictuels (*write of debt, action of trespass*). Ces actions étaient en réalité des instruments « en matière délictuelle » pour l'indemnisation des préjudices provoqués par un fait illicite (l'inexécution du contrat) une fois que le créancier avait accompli son obligation, qui cohabitaient avec des actions purement réelles en matière de biens (*action of detinue*). Le droit des contrats anglais acquiert définitivement sa carte d'identité procédurale à partir du XIV^e siècle à travers l'*action of covenant*, et surtout à partir du XVI^e siècle avec l'*action of assumpsit* (voir IBBETSON D., *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, 1999, p. 21-24).

se sert pas d'une qualification procédurale, mais elle remonte vers la source ou la cause de l'obligation ou du comportement illicite qui provoque un préjudice.

En effet, la Cour de justice utilise une formule qui appelle l'interprétation « indispensable » du contrat afin de déterminer le caractère illicite du comportement qui produit le préjudice, comme une preuve, au moins un indice, de la qualification contractuelle. La présomption est loin d'être claire. Le contrat est une source directe d'obligations ; en tant qu'instrument juridique, le contrat tient « lieu de loi aux parties ». Mais le contrat peut être aussi considéré comme un fait par des règles juridiques hors du droit des contrats, par exemple pour déterminer l'existence ou la portée d'un acte de concurrence déloyale ou afin de déterminer l'action délictuelle fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies ; comme la question s'est posée devant la Cour de cassation française dans l'affaire *Guerlain*¹⁰⁸. Néanmoins, dans les deux cas l'interprétation de l'objet, du contenu et de la portée du contrat peut être indispensable pour déterminer le caractère illicite d'un comportement, mais ne touche pas la qualification de la cause ou la source de l'obligation, qui est dans un cas conventionnelle et dans l'autre délictuelle¹⁰⁹.

Le sens attribué par la Cour de justice à « l'interprétation du contrat » n'est pas clair non plus. Au sens strict, l'interprétation peut être référée aux clauses du contrat, mais au sens large l'interprétation du contrat appelle aussi les obligations implicites, c'est-à-dire, l'intégration du contrat et, finalement, le droit des contrats, plutôt que le contrat.

De plus, l'interprétation du contrat n'est pas une question de fait, mais de droit, dont la portée dépend finalement de la loi nationale qui gouverne le contrat (article 12 § 1 sous a) du règlement Rome I¹⁰). Dans tout ordre juridique le contrat oblige, en plus des conventions entre les parties, à toutes les obligations impératives établies dans la loi qui gouverne le contrat et aussi à certaines obligations imposées par les lois de police de l'État du for et de celui où le contrat doit être exécuté (article 9 du règlement Rome I¹¹). Il s'agit d'obligations contractuelles qui ne découlent pas du contrat, mais du droit des contrats, et qui n'exigent pas, nécessairement, une interprétation du contrat au sens strict¹¹². De même, il arrive que les obligations contractuelles se déterminent hors du contrat, en raison des usages commerciaux, l'équité ou la bonne foi, dont le spectre est bien plus large dans les systèmes continentaux par rapport à la *common law*. Il est certain que ces obligations contractuelles, dont l'origine est *a priori* hors du contrat, peuvent être placées de nouveau dans le contrat si elles ne sont considérées que comme des obligations implicites. En tout cas, néanmoins, il est tout à fait impossible de déterminer la présence et la portée de

108 Cass. com., 25 mars 2014, *Rev. crit. DIP*, 2014, n° 4, p. 823 et note BOSKOVIC O., p. 835-831 ; note JAULT-SESEKE F., *D.*, 2014, p. 1 250.

109 Voir dans ce sens note de HAFTEL B., *Rev. crit. DIP*, 2014, n° 4, p. 867-875.

110 *Ibid.*, p. 872-875.

111 AFFERNI G., note, *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, n° 1, p. 108.

112 Voir DORNIS T. W., « Von Kalfelis zu Brogssitter – Künftig enge Grenzen der Annexkompetenz in europäisches Vertrags- und Deliktgerichtsstand », *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, n° 6, 2014, p. 352-354.

ces obligations (intégration ou interprétation du contrat au sens large) si on ne fait pas référence à un système de droit national : celui qui gouverne le contrat.

Par conséquent, la détermination d'une obligation contractuelle ou de la source d'un comportement illicite ne peut pas être accueillie d'une manière abstraite à chaque fois qu'il faut interpréter un contrat et que cette interprétation, loin de constituer une simple question de fait étrangère à n'importe quel système juridique, doit s'opérer au moyen de règles de droit. Pour qualifier une obligation contractuelle, le contrat ne suffit pas : on a besoin du droit des contrats. Le manquement à une obligation légale (non conventionnelle) ou le simple fait de provoquer un préjudice entraîne un comportement illicite qui détermine la responsabilité civile. Quand cette obligation n'a pas été accordée expressément par les parties, la difficulté se pose de déterminer s'il s'agit d'une obligation légale liée au contrat (dont la source est le droit des contrats, les usages ou l'équité), d'un simple fait dommageable, ou d'une obligation légale étrangère au contrat et imposée dans des domaines différents, tel que la protection du marché, la lutte contre la fraude fiscale ou le respect de la concurrence déloyale.

On peut se demander, par exemple, si la réclamation des intérêts moratoires pour inexécution du contrat ou celle concernant la restitution du paiement en cas d'un contrat nul seront qualifiées comme questions « en matière contractuelle », si elles ne dérivent pas d'une obligation conventionnelle¹¹³. Pour arriver à déterminer si la source de ces obligations est contractuelle, la Cour de justice nous propose d'analyser la nature de la relation juridique et l'objet du litige (lié ou non à l'objet du contrat) et de déterminer cela sans considération de la qualification nationale. Selon plusieurs droits continentaux, la question exige d'interpréter le contrat et de déterminer l'existence des obligations implicites, ajustées par le droit du contrat : l'interprétation est nécessaire et aboutit à l'existence d'une obligation contractuelle. Mais si l'on procède avec une mentalité anglaise, la source de l'obligation n'est pas dans le contrat, car il s'agit de deux comportements contraires à des obligations légales qui sont imposées par le droit anglais en matière délictuelle, si bien que l'interprétation du contrat n'est pas nécessaire.

On peut se demander ainsi si la rupture brutale des relations commerciales sans aucun préavis donne lieu à une action contractuelle ou délictuelle. Selon le droit anglais (et la plupart des systèmes juridiques européens) il faudra interpréter le contrat afin de déterminer l'existence d'une obligation contractuelle implicite. Le droit anglais qualifierait la question comme contractuelle, interprétant le contrat et concluant que le préavis n'est pas en réalité un *implied-in-fact term*¹¹⁴. Des systèmes juridiques, tels l'allemand ou l'espagnol, ont également

113 Voir sur ces questions, SÁNCHEZ LORENZO S., *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, p. 139-141 et les doutes de la doctrine anglaise elle-même (MORSE C. G. J., « Chapter 30: Conflict of Laws », *Chitty on Contracts* (édition Beale, H.G.), 30^e édition, vol. I, Londres, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2008, p. 1990-1991; STONE P., *EU Private International Law*, 2^e édition, Cheltenham, Elgar European Law, 2010, p. 333-335.

114 *Baird Textile Holdings Ltd. versus Mark & Spencer plc*, [2001] EWCA Civ 271.

besoin d'interpréter le contrat, mais ils arriveront peut-être à la conclusion de l'existence d'une obligation implicite imposée par le principe contractuel de la bonne foi. Par contre, même si la considération en France était purement délictuelle sur la base de l'article L 442-6-1, 5° du Code de commerce¹¹⁵, on peut tout de même compter avec une interprétation du contrat, surtout compte tenu du fait que les parties ont toujours l'option d'une action contractuelle¹¹⁶.

Peut-on concilier aisément le besoin d'interprétation d'un contrat et la réalisation de cette interprétation sans référence à un droit national ?

Pour la qualification d'une question comme contractuelle, le besoin d'interprétation et l'interprétation du contrat ne suffisent pas, surtout aux juridictions nationales. La Cour de justice peut essayer de qualifier la nature de la relation juridique à partir de critères substantiels autonomes. Dans certains cas, ces critères existent dans le droit européen, par exemple par rapport à la qualification contractuelle de la restitution du paiement en cas de nullité du contrat en raison de l'article 12 § 1 sous e) du règlement Rome I¹¹⁷, mais en général il s'agit d'une tâche difficile à défaut d'un droit des contrats proprement européen¹¹⁸. La possibilité alternative consiste à analyser le fondement juridique de l'action intentée (l'objet du litige et la *causa petendi*), afin de déterminer si l'action est fondée sur le droit contractuel (et non pas seulement sur une obligation conventionnelle) ou sur des règles juridiques appartenant à une autre branche de l'ordre juridique. À ce propos, la Cour de justice devrait prendre en considération les règles juridiques nationales qui soutiennent l'action, tel que la Cour de justice le fait dans l'affaire *Sunico*¹¹⁹.

De cette manière, selon la première approche, la Cour de justice aurait pu interpréter, dans l'affaire *Brogstetter*, que l'obligation d'exclusivité est une obligation implicite au contrat litigieux (dans le sens du paragraphe 157 BGB) ou bien une exigence des conditions de protection du marché et de la concurrence loyale (dans le sens du paragraphe 823.2 BGB et du droit allemand de la concurrence déloyale). Pour arriver à cette décision, la méthode de la Cour de justice est indiscernable, de même que les moyens des juridictions nationales pour arriver à une telle qualification abstraite (indépendante de l'action procédurale et de la *causa petendi*), en plus d'autonome (proprement européenne). Par contre, suivant la seconde approche, la Cour de justice peut analyser si une telle obligation trouve son fondement juridique dans le droit des contrats ou dans le droit de la concurrence déloyale invoquée par le demandeur (*causa petendi*) et

115 Cette qualification « française » n'est pas évidente dans le droit européen (voir Boskovic O., *op. cit.*, p. 827-830).

116 HAFTEL B., *op. cit.*, p. 875. En fait, la Cour de Cassation interprète le contrat (moyen 2) afin d'établir les données de la responsabilité délictuelle.

117 À cet égard, on peut rappeler la réserve faite par le Royaume-Uni par rapport à l'application de l'article 10 § 1 sous e) de la Convention de Rome.

118 Voir dans ce sens note de SUJECKI B., *EuZW*, n° 10, 2014, p. 384-385.

119 « Pour ce qui est du fondement juridique de la demande des Commissioners, l'action des Commissioners contre Sunico repose non pas sur la législation du Royaume-Uni relative à la TVA, mais sur la participation alléguée de Sunico à une association de malfaiteurs, ayant pour but la fraude qui relève du droit relatif à la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle de cet état membre » (CJUE, 12 septembre 2013, *Sunico*, précité, point 37).

s'appuyer sur l'objet du litige déterminé par l'action et par le droit national sur lequel celle-ci s'appuie. Évidemment, cette option n'évite point les conflits de qualifications si la loi applicable au contrat ne coïncide pas avec la loi applicable aux obligations non contractuelles.

La solution pourrait se trouver dans un équilibre moins rigide et plus flexible des deux approches (substantielle et procédurale) en raison des particularités de chaque cas. Cette flexibilité devrait aussi apaiser la rigueur d'une qualification purement formelle et exclusive qui aboutit en plus à une mosaïque ou dépeçage de la compétence judiciaire internationale. Il semble en effet peu efficace de séparer la compétence en matière contractuelle et délictuelle, fondée sur les mêmes faits, et d'abandonner les demandes à l'éventualité d'une connexité. En fait, l'affaire *Brogstetter* suscitait deux actions différentes, l'une en cessation de l'activité et l'autre en indemnisation des préjudices déjà subis, dont la qualification pourrait être diverse et aboutir à un morcellement de la compétence judiciaire internationale, tel qu'il a été ordonné par la Cour de justice dans l'affaire *Kalfelis* (points 19 et 20). De même, une qualification stricte pourrait impliquer de considérer comme contractuelle une réclamation de dommages-intérêts par inexécution du contrat et comme délictuelle la demande d'intérêts moratoires formulée dans le même cas. L'application du principe « l'accessoire suit le principal » servirait souvent à résoudre cette absurdité, favorisant la force attractive de la juridiction compétente en matière contractuelle, qui fournit finalement un chef de compétence plus prévisible pour les parties¹²⁰.

Encore une fois, il est démontré qu'on ne peut pas pratiquer la physique sans les mathématiques, et peut-être aussi inversement. Autrement dit, il est tout simplement impossible d'appliquer sans faille un droit procédural civil européen quand on ne dispose pas d'un droit civil européen.

Sixto SÁNCHEZ LORENZO

B. Débuts d'application du règlement Rome II

La loi applicable à la responsabilité non contractuelle devant les juges nationaux de l'Union européenne : exception, règle générale et clause échappatoire

L'application et l'interprétation du droit européen concernent les juridictions nationales autant que la Cour de justice de l'Union européenne. Dans certains cas particulièrement significatifs, les juges nationaux ne se servent pas de la question préjudicielle, si bien que la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas l'opportunité de se prononcer sur des questions juridiques très importantes. L'affaire *Gaynor Winrow v Ageas Insurance Ltd*¹²¹ est un bon exemple,

¹²⁰ L'Avocat général Darmon avait déjà exprimé cet avis à propos de l'affaire *Kalfelis* (points 25 à 30 des conclusions ; voir aussi note GAUDEMET-TALLON H., *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 120-123 ; FONT I SEGURA A., « La responsabilidad del porteador efectivo en el Convenio de Bruselas de 1968 », *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1999, p. 187 et 204-206 ; HAFTTEL B., *op. cit.*, p. 872 ; USUNIER L., « Torsions et contorsions des situations contractuelles en droit international privé », *RTD civ.*, 2014, p. 848.

¹²¹ *Gaynor Winrow v Ageas Insurance Ltd* [2014] EWHC 3164 (QB).

qui nous permettra de réfléchir sur la portée de la clause d'exception en matière d'obligations non contractuelles. Une réflexion sur cette clause dans le domaine contractuel a déjà été l'objet d'un traitement dans la chronique précédente¹²².

L'objet du litige présenté à la *High Court of Justice (Queen's Bench Division)* dans l'affaire *Gaynor Winrow v Ageas Insurance Ltd* était l'évaluation des dommages subis à cause d'un accident de voiture qui a eu lieu en Allemagne en 2009 et qui opposait d'un côté la personne lésée et, de l'autre, la personne responsable de l'accident autant que la compagnie d'assurances. Au moment de l'accident, la personne lésée, de nationalité britannique, résidait en Allemagne depuis plus de huit ans, étant l'épouse d'un soldat britannique affecté en Allemagne. La personne responsable de l'accident était une femme de nationalité britannique, résidant en Allemagne depuis deux ans, épouse aussi d'un autre soldat britannique affecté en Allemagne, qui conduisait la voiture où voyageait aussi la personne lésée. La compagnie d'assurances était établie au Royaume-Uni. L'accident est provoqué par une collision contre une autre voiture, conduite par un allemand, à cause d'une négligence de la conductrice.

Le juge Slade doit décider du droit applicable¹²³. La partie défenderesse invoque l'application de la loi allemande en vertu de l'article 4 § 1 du règlement (CE) n° 865/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles¹²⁴ (loi du pays où le dommage survient). Le demandeur invoque l'application de la loi anglaise, en tant que loi de la résidence habituelle commune des parties au moment de la survenance du dommage (article 4 § 2 du règlement Rome II) ou, en tout cas, en vertu de la clause échappatoire de l'article 4 § 3 du règlement, car elle présentait des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable.

Quant à l'application de l'article 4 § 2, le juge établit tout d'abord certaines données de fait : la partie lésée habitait en Allemagne depuis huit ans. Son époux avait été affecté là par l'armée britannique et le couple avait sans doute l'intention de retourner en Angleterre. Durant le séjour en Allemagne, ils vivaient dans une base de l'armée britannique, munie d'écoles britanniques, bien que le fils aîné soit resté en Angleterre afin d'y continuer ses études. La personne lésée travaillait dans une agence officielle britannique destinée à l'enseignement des enfants. En 2011, après l'accident, la famille est retournée en Angleterre, anticipant ainsi une décision qu'ils avaient prévue pour deux ans plus tard. De son côté, la personne responsable de l'accident résidait en Allemagne depuis presque deux ans, et elle est retournée au Royaume-Uni avec sa famille peu après l'accident.

La partie demanderesse soutenait que la personne responsable et la personne lésée résidaient en Angleterre au moment de l'accident, où se trouvait

122 Voir note d'AVOUT L., *ADUE*, 2013, p. 459-464.

123 Un juge français placé dans les mêmes circonstances aurait dû faire application de la Convention de La Haye de 1971 sur les accidents de la circulation routière : voir récemment Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 2014, pourvoi n° 13-11932, cassant un arrêt d'appel ayant appliqué le règlement n° 864/2007, alors que celui-ci prévoit la possible priorité de la Convention de La Haye.

124 OJ L 199, 31.7.2007, p. 40-49.

aussi l'administration centrale de la compagnie d'assurances (article 23 du règlement). Elle invoquait la doctrine anglaise qui fait référence à l'intention ou *animus manendi* comme condition de la résidence habituelle¹²⁵, étant donné que la résidence en Allemagne de la personne responsable et de la personne lésée (qui est le sujet mentionné au sens strict dans l'article 4 § 2) n'était pas volontaire. L'autre partie signale, d'abord, que l'établissement de la compagnie d'assurances n'est pas pertinent au titre de l'article 4 § 2 et soutient que la résidence de la partie responsable et de la partie lésée était toujours en Allemagne, car le fait que la résidence obéisse à des raisons professionnelles ne touche pas son caractère volontaire. Elle ajoute, en passant, que l'article 25 du règlement doit être pris en considération du fait que le Royaume-Uni est un système de droit non unifié ; ce qui fait, d'un côté, que la nationalité commune manque d'importance et, d'un autre côté, que la résidence commune au Royaume-Uni serait aussi insuffisante, si bien qu'il faudrait démontrer une résidence commune en Angleterre.

Le juge Slade établit en premier lieu que la résidence commune, dans le sens de l'article 4 § 2, est limitée à la partie responsable et à la partie lésée, sans que l'établissement de la compagnie d'assurances puisse être pris en considération, bien qu'il s'agisse d'un critère qu'on peut retenir par rapport à l'article 4 § 3. La référence à la doctrine anglaise ne sert pas à confondre le juge. En effet, les arguments de la demande quant à l'élément intentionnel rappelaient clairement la doctrine du domicile en droit anglais, qui n'a rien à voir avec la résidence habituelle. Le domicile est un point de rattachement très important en matière de famille et de successions, que la doctrine anglaise ne confond jamais avec la résidence habituelle, même très longue, car il exige une intention de ne pas retourner et un certain degré d'intégration personnelle¹²⁶. La résidence habituelle, tel que le juge anglais l'a bien compris, est plutôt une notion objective : la permanence et la stabilité sont les facteurs déterminants, et non pas la simple intention. À cet égard, le juge reprend la jurisprudence de la Cour de justice en matière familiale¹²⁷ afin de conclure que la résidence commune était clairement en Allemagne au moment du fait dommageable. Ce cas, sans doute, n'a rien à voir avec le *leading case* américain *Babcock v. Jackson*¹²⁸, icône de la *Conflict of Laws Revolution*.

Une fois écartée l'application de la loi anglaise comme loi de la résidence habituelle commune, la discussion sur l'application de la clause d'exception contenue dans l'article 4 § 3 du règlement s'avère plus intéressante. S'inspirant

125 DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, vol. I, 15^{ème} édition, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, 6-123, p. 177-178 ; CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private International Law*, 14^e édition, Oxford University Press, 2008, p. 186. Il faut remarquer que la doctrine correspond à une notion générale de résidence dans le droit international privé anglais et dans les conventions de la Conférence de la Haye, mais non à une notion autonome du droit européen qui, par contre, est avérée dans l'analyse concret du règlement Rome II dans l'œuvre de Dicey (vol. II, 34-041, p. 2168-2169) autant que de Cheshire (p. 789).

126 Par exemple, *In re Craignish* (1892) 3 Ch. 130 ; *IRC v Bullock* (1976), 1 W.L.R. 1178 ; *in Re Furse* (1980), 3 All E.R. 838 ; *Spence v. Spence* (1995) SLT 335 OH ; *Irvin v. Irvin* (2001), 1 F.L.R. 178.

127 CJUE, 22 décembre 2010, *Mercredi c/ Chaffe*, aff. C-497/10 PPU, *Rec. p.* I-14309.

128 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963).

de la liste de rattachements et des critères de la première édition de l'œuvre de A. Dickinson¹²⁹, la partie demanderesse invoque l'article 4 § 3 du règlement afin de justifier l'application de la loi anglaise en tant que loi qui présente des liens manifestement plus étroits (*proper law of the tort*). Un premier argument en ce sens s'appuie sur le fait que la plupart des préjudices sont indirects ou *consequential loss* et se sont produits au Royaume-Uni. Il s'agirait d'une circonstance importante à la lumière de l'estimation des dommages dans le sens de l'article 15 sous c) et du considérant 33 du règlement. À ce propos, la partie demanderesse remarque que l'objet du litige n'est pas la détermination de la responsabilité, acceptée par les parties, mais l'estimation des préjudices, si bien que cet objet conditionne la détermination de la loi qui présente les liens les plus étroits par rapport précisément à l'objet du litige. La demanderesse invoque aussi d'autres liens en faveur de la loi anglaise, tels que la nationalité commune des parties, l'immatriculation de la voiture et le lieu où se trouvent le siège et l'administration centrale de la compagnie d'assurances.

Le défendeur, pour sa part, invoque le caractère exceptionnel de la clause d'exception et le risque d'imprévisibilité qui dérive d'une application mécanique de l'exception. En même temps, il allègue le besoin de ne pas confondre la portée du principe de proximité dans les règles de compétence judiciaire (*forum non conveniens*) et dans les règles sur le droit applicable. Il signale que le considérant 33 du règlement n'affecte pas la détermination de la loi applicable, mais seulement la prise en compte des dommages subis en raison des traitements médicaux reçus dans un autre État, quelle que soit la loi applicable. Il nie aussi la possibilité de lier la clause d'exception à l'objet du litige, car cette pratique produirait une insécurité insupportable, permettant une sorte de *law shopping*. Les liens les plus étroits doivent être référés au « fait dommageable » et non pas à l'objet du litige. Étant donné que les préjudices sont personnels, il semble impossible de trouver un lien plus étroit que celui du lieu de l'accident, et il n'est pas question de considérer la durée ou la proportion des préjudices subis dans des lieux postérieurs. Le défendeur estime aussi que la coïncidence du fait dommageable et de la résidence des parties au moment de l'accident implique clairement la localisation du centre de gravité du fait dommageable et du dommage en Allemagne.

Le juge Slade éclaircit en premier lieu l'autonomie de l'article 4 § 3 par rapport aux articles 4 § 1 et 4 § 2 du règlement : le lieu du fait dommageable et la résidence habituelle commune au moment de l'accident sont des facteurs à considérer afin d'interpréter la clause d'exception, mais il faut aussi prendre en considération d'autres liens, tel que la résidence habituelle commune au moment où les dommages indirects ou *consequential losses* se sont produits. Le juge considère que la loi applicable doit être déterminée pour régir entièrement la responsabilité non contractuelle et que n'est pas acceptable le dépeçage entre la loi applicable à la responsabilité et celle applicable à l'estimation des

¹²⁹ *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, 2008, 4.87, p. 342.

préjudices. Néanmoins, le juge Slade affirme que l'estimation de la valeur des rattachements peut varier en raison du moment où l'action est intentée et par rapport au moment où le fait dommageable s'est produit (point 46). Bien que l'article 15 (domaine d'application) et le considérant 33 du règlement n'affectent pas le sens de l'article 4, il reste toujours possible de considérer un préjudice continu (soins médicaux au Royaume-Uni et pertes de gain dans cet État). En plus, il soutient une notion large des circonstances qui déterminent les liens du fait dommageable avec une certaine loi : ces liens ne se limitent pas aux circonstances de l'accident, mais aussi aux circonstances relatives aux conséquences de l'accident et des dommages subis. La prévisibilité de la loi applicable n'est pas une valeur figée et immuable, si bien que cette prévisibilité au moment du litige doit également être prise en considération. Par conséquent, la résidence habituelle au moment de la présentation de la demande peut être considérée comme un facteur important.

De plus, le juge considère que la nationalité commune est un facteur significatif et ne trouve point d'obstacles à cet égard dans l'article 25 du règlement : l'article 4 § 3 peut parfaitement indiquer l'application de la loi du Royaume-Uni en termes abstraits, et c'est après que l'article 25 sera appliqué pour déterminer l'application du droit anglais (point 55).

Finalement, le juge Slade affirme que le lieu d'immatriculation, le lieu de présentation de la demande et le lieu d'établissement de la compagnie d'assurances¹³⁰ n'ont pas une importance significative.

Au vu de tous les liens mentionnés et de leur portée, le juge estime cependant qu'on ne peut concrétiser un lien manifestement plus étroit avec la loi anglaise et qu'il faut par conséquent appliquer la loi allemande indiquée par les articles 4 § 1 et 4 § 2 du règlement.

La décision du juge Slade doit être saluée en termes généraux. Elle montre clairement une sensibilité européenne et se place très loin du *parochialism*. La fixation de la résidence habituelle en Allemagne semble correcte, bien que les arguments puissent être nuancés. Prime en l'espèce une interprétation autonome de la notion, éloignée de la considération du domicile ou de la résidence habituelle dans le droit international privé anglais. Il est vrai que le fait d'écarter l'élément intentionnel d'une manière absolue pose des doutes. L'affaire *Mercredi c/ Chaffe*, entre autres décisions de la Cour de justice¹³¹ en application du règlement Bruxelles II, n'est pas tout à fait déterminante. En effet, l'élément intentionnel ne peut pas avoir la même portée quand il s'agit de déterminer la résidence d'un mineur, dont la volonté de changer de résidence n'existe point, que dans le cas de deux adultes. Sans doute, la permanence et la stabilité seront toujours les facteurs essentiels, mais il est possible que l'intention soit aussi d'une certaine manière considérée quand il s'agit de déterminer la résidence

¹³⁰ Par contre, on estime que la portée de l'assurance d'un véhicule au lieu de l'accident pourrait activer la clause d'exception contre l'application de la loi de la résidence habituelle commune (voir JUNKER A., « Das Internationale Privatrecht der Straßenverkehrsunfälle nach der Rom II-Verordnung », *Juristen Zeitung*, 2008, p. 169 et 175).

¹³¹ CJCE, 2 avril 2009, A., aff. C-523/07, *Rec.* p. I-2805.

habituelle en matière de contrats ou d'obligations non contractuelles. Le cas d'espèce n'était pas douteux, étant donné que le changement de résidence était fondé sur des raisons de travail ; ce changement, sans maintien d'une demeure en Angleterre et s'étendant sur une période prolongée, permettait de conclure que la résidence était en Allemagne. Autrement dit, un déplacement professionnel moins prolongé et plus circonstanciel aurait pu indiquer la subsistance de la résidence dans le pays d'origine. En tout cas, il faudra attendre la jurisprudence de la Cour de justice pour délimiter plus clairement la notion de résidence habituelle dans le contexte du règlement Rome II, qui devra se rapporter plutôt à la prévisibilité et moins au fait de l'intégration sociale qui domine la même notion en matière de famille¹³².

N'est pas non plus critiquable une interprétation large des circonstances à prendre en considération par rapport à la clause d'exception de l'article 4 § 3. La nature même de la clause d'exception ne permet pas d'élaborer une liste fermée de circonstances, mais elle doit permettre une mise en œuvre flexible à la lumière de la particularité d'un cas. De même, il faut accepter que les liens plus étroits ne soient pas déterminés par rapport à l'objet du litige, mais par rapport au fait dommageable, compris dans un sens large, et que la loi applicable doive couvrir tous les aspects de son domaine d'application conformément à l'article 15 du règlement.

Néanmoins, la relativité temporelle des circonstances à prendre en considération et, donc, la relativité temporelle de la prévisibilité mérite une analyse plus nuancée. L'origine de la clause d'exception elle-même se trouve dans une garantie de prévisibilité. « Dans une optique d'équité dans les rapports privés, le déclenchement de la clause d'exception devrait être précisément relié aux attentes communes des parties, etc. », disait-on dans la dernière chronique¹³³. L'application de la loi où l'accident est survenu répond, en principe, aux mêmes exigences de prévisibilité. D'habitude, les gens accordent leur conduite au lieu où ils sont en train d'agir et peuvent compter sur l'application des lois qui déterminent la responsabilité en cet endroit. Cependant, le lieu de l'accident semble parfois trop casuel et aléatoire, donc imprévisible¹³⁴, et c'est pour éviter la rigidité du rattachement que les clauses d'exception ou les théories de la *Conflict's Revolution* sont nées. La règle de la résidence habituelle commune répond aussi à ces exigences de prévisibilité, et c'est pour cela que l'élément de permanence devient important. La relativité temporelle dans l'appréciation des liens risque d'affaiblir la prévisibilité. La prévisibilité de la loi applicable doit être considérée au moment où le fait dommageable se produit. Pour la partie responsable, la prévisibilité se détermine au moment où il agit ou provoque le fait qui cause le préjudice. Pour la partie lésée, ce moment est plutôt le moment où il subit le préjudice direct. Si l'on admet qu'un changement de résidence postérieur ou que les préjudices indirects ou continués subis dans un autre lieu peuvent changer

132 Voir GALLANT E., note sur CJCE, 2 avril 2009, A., *Rev. crit. DIP*, 2009, n° 4, p. 802-813.

133 Voir D'AVOUT L., *op. cit.*, p. 463.

134 Voir BRIÈRE C., « Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », *Journal Clunet*, 2008, n° 1, p. 31 et 54.

la « prévisibilité » des parties, cela signifie laisser à la volonté des parties elles-mêmes, et donc à l'imprévu, le jeu de la clause d'exception¹³⁵. Entre ces deux éventualités, on peut se demander quel est le moment préférable pour apprécier la prévisibilité. En fait, une conception classique peut bénéficier au responsable et elle se fonde sur une approche de la responsabilité fondée sur l'idée de culpabilité. Mais, en réalité, la tendance du règlement est en accord avec la tendance du droit matériel en matière de responsabilité non contractuelle vers l'objectivité, tel que démontre le choix de la *lex loci damni* dans l'article 4 § 1. Selon cette perspective, la prévisibilité par rapport à la conduite ou fait qui cause le dommage est une valeur relative qui se déplace vers l'objectivité du dommage et, donc, vers le moment où le dommage est produit (considérant 16 du règlement). Mais il s'agirait du dommage direct retenu dans l'article 4 § 1. Dans le cas d'espèce, l'accident (la conduite) et le dommage direct coïncident en Allemagne. On ne trouve pas de raison suffisante pour placer les attentes communes des parties hors de cet État.

Il est possible, tout de même, que cette relativité puisse se fonder sur des raisons procédurales, mais la portée de la clause d'exception est substantielle. Si les parties se trouvent plus à l'aise en appliquant la loi anglaise, en raison de sa nouvelle résidence ou d'autres circonstances, le règlement permet toujours un choix de cette loi, même tacite (article 14).

La considération de l'importance de la loi nationale commune mérite aussi un bref commentaire. Elle semble étrange, à première vue, étant donné le mépris que le droit anglais a toujours montré envers ce rattachement, même en matière de famille. Par contre, il faut reconnaître que l'interprétation de l'article 25 peut être soutenue. La règle vise à désigner la loi matérielle applicable quand la loi étatique applicable renvoie à un système non unifié. Le système de renvoi direct de l'article 25 sert particulièrement à déterminer la loi applicable quand on utilise des rattachements territoriaux, tels que la résidence habituelle ou le lieu de l'accident. Mais en réalité cela ne devrait pas empêcher la considération de la nationalité commune dans un État non unifié afin de déterminer la loi applicable, ce qui est la question posée à propos de l'article 4 § 3. Finalement, c'est la valeur de la nationalité comme rattachement significatif qui doit être critiquée, mais non le jeu de l'article 25.

On devrait ajouter, finalement, que les arguments à propos du cas d'espèce n'auraient pas été les mêmes si la juridiction et les rattachements à l'Angleterre avaient été placés en Autriche, Belgique, Croatie, Espagne, France, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Slovaquie ou Slovénie, qui font partie de la Convention de La Haye du 4 mai de 1971 sur la loi applicable aux accidents de circulation routière, dont l'application est garantie par l'article 28 § 1 du règlement Rome II. Bien que la règle générale de l'article 3 de la Convention détermine l'application de la loi allemande où l'accident est survenu, si l'accident n'avait impliqué qu'un seul véhicule, la responsabilité du conducteur à l'endroit d'une personne lésée qui voyageait comme

135 Voir dans ce sens HUBER P., *Rome II Regulation*, Munich, Sellier, 2011, p. 71-72.

passager aurait pu se déterminer selon la loi du pays d'immatriculation du véhicule, pourvu que la résidence du passager (article 4 sous a) n'ait pas été dans le pays où l'accident est survenu. À défaut de clause d'exception, la détermination de la résidence aurait été cruciale. Le fait que celle-ci se trouvait au pays du lieu de l'accident aurait conduit à appliquer aussi la loi allemande. En tout cas, si l'on cherche une vraie uniformisation de solutions dans l'Union européenne, on comprend les opinions favorables à la dénonciation de cette Convention par les États européens cités.

Sixto SÁNCHEZ LORENZO

C. *Litispendance et compétence exclusive*

En droit international privé européen, les conflits de procédures sont réglés de manière mécanique, par application d'une règle de priorité chronologique destinée à prévenir le prononcé de décisions incompatibles dans l'Union européenne¹³⁶. Anticipant l'autorité négative de chose jugée, l'application de la règle de litispendance, qui oblige le juge second saisi à surseoir à statuer le temps que le juge premier saisi se prononce sur sa propre compétence, est conditionnée à la réunion de la triple identité de parties, de cause et d'objet des litiges. Anticipant l'efficacité substantielle des décisions à intervenir, la règle de connexité permet au juge saisi en second de surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge premier saisi, et organise plus soûplement une coordination des procédures. Toutefois, loin de lutter contre le *forum shopping*, l'application systématique de la règle de priorité a pu sembler l'alimenter, favorisant une « course à la première saisine¹³⁷ » qui peut être gagnée de mauvaise foi¹³⁸.

L'actualité en matière de résolution des conflits de procédures mérite d'être soulignée qui démontre la possibilité de renforcer la lutte contre le *forum shopping* abusif, sans pour autant recourir à la théorie de l'abus de droit et aux complications casuistiques qu'elle implique, en réduisant rationnellement le champ d'application de la règle de priorité chronologique. Et puisque les problèmes posés par les conflits de procédures sont fondamentalement cavaliers, relevant tout autant d'une réflexion sur l'exercice de la compétence directe que d'une anticipation de la reconnaissance des décisions à intervenir, il n'est pas étonnant que cette réduction ait pu être justifiée sous ces deux aspects.

L'article 31 du règlement Bruxelles I *bis*¹³⁹ l'illustre parfaitement, lequel, lorsque le juge premier saisi l'est en violation d'une clause attributive de com-

136 Voir, sous l'empire de la Convention de 1968, CJCE, 8 décembre 1987, *Gubisch*, aff. 144/86, *JDI*, 1988, p. 537, obs. HUET A., *Rev. crit. DIP* 1988, p. 374, note GAUDEMET-TALLON H., précisant (point 8) que la réglementation des procédures parallèles « vise à exclure, dans toute la mesure du possible, dès le départ [...] la non-reconnaissance d'une décision en raison de son incompatibilité avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'état requis ».

137 NIBOYET M.-L., « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, p. 937.

138 Ce qui conduit la doctrine à envisager le recours à la théorie de l'abus de droit. Par exemple, GAUDEMET-TALLON H., « De l'abus de droit en droit international privé », in *Mélanges Audit*, p. 383 ; USUNIER L., « Le Règlement Bruxelles I *bis* et la théorie de l'abus de droit », in GUINCHARD E. (dir.), *Le nouveau Règlement Bruxelles I bis*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 449.

139 Règlement (UE) n° 1215/2012 précité.

pétence, renverse la si décriée jurisprudence *Gasser*¹⁴⁰, pour donner enfin au juge désigné par la clause la compétence prioritaire pour l'appréciation de sa compétence. Cette nouvelle solution, exception à la règle de priorité chronologique inspirée de la pratique de l'arbitrage international et déjà consacrée par la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux clauses d'élection de *for*¹⁴¹, rend mieux compte de la particularité des clauses de règlement des litiges dont elle renforce l'efficacité, tout en marquant une avancée majeure dans la lutte contre l'abus de *forum shopping*.

L'arrêt *Irmengard*¹⁴² l'illustre encore, lequel, tout en procédant d'une réflexion sur la nature de la règle de compétence exclusive et en participant de la lutte contre le *forum shopping* abusif, précise le lien unissant la résolution des conflits de procédures et la reconnaissance, et en déduit, pour la première fois expressément, que la compétence exclusive évince la règle de priorité chronologique.

En l'espèce, deux sœurs étaient copropriétaires d'un immeuble sis à Munich, la quote-part minoritaire étant grevée d'un droit réel de préemption, publié de longue date au registre foncier et constitué au profit de l'indivisaire majoritaire. L'indivisaire minoritaire décidait de vendre ses parts à une société de droit allemand, dont l'un des dirigeants était son fils, domicilié en Italie. Le droit de préemption n'avait pas été purgé, et la venderesse se réservait une faculté de rétractation enfermée dans un délai contractuel. Lorsque l'indivisaire majoritaire entendit exercer son droit de préemption, les deux sœurs passèrent un nouvel acte de vente notarié, au prix convenu au premier contrat, le transfert de propriété ne devant être inscrit au registre foncier qu'une fois purgé le droit de rétractation tiré du premier contrat. Après paiement du prix, mais avant l'expiration du délai de rétractation fixé au premier contrat, et donc avant l'inscription au registre foncier du transfert de propriété opéré par le second, l'indivisaire venderesse manifesta sa volonté de se rétracter.

La société de droit allemand saisissait immédiatement le *Tribunale ordinario di Milano*, au lieu du domicile du fils de la venderesse, d'une action intentée conjointement contre les deux sœurs et visant à faire constater l'invalidité de l'exercice du droit de préemption de l'indivisaire majoritaire¹⁴³, tout en faisant constater la validité de ce premier contrat. En réponse, l'indivisaire majoritaire assignait sa sœur devant le *Landgericht München*, afin de la contraindre à autoriser l'inscription au registre foncier du transfert de propriété à son profit, faisant valoir, au soutien de son action, à laquelle la société n'était pas partie, que le droit de rétractation tiré du premier contrat ne lui était pas opposable.

140 CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, aff. C-116/02, *Rec. p.* I-14693, *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 444, note MUIR WATT H., *JDI*, 2004, p. 641, obs. HUET A., *The Cambridge Law Journal*, 2004, p. 312, obs. FENTIMAN R. Adde HARTLEY T. C., « Choice-of-court Agreements, lis pendens, Human Rights and the Realities of International Business. Reflections on the Gasser case », in *Mélanges Lagarde*, p. 383.

141 Sur laquelle, voir D'AVOUT L., *supra*, et les références.

142 CJUE, 3 avril 2014, *Irmengard*, aff. C-438/12, *ECLI:EU:C:2014:212*, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 704, note D'AVOUT L., *JDI*, 2015, comm. 11, note NIOCHE M.

143 En raison de la non acceptation par celle-ci de l'intégralité des conditions du premier contrat, en particulier du droit de rétractation de la venderesse.

Alors qu'il tenait une compétence exclusive sur la question dont il était saisi, en vertu de l'article 22 du règlement Bruxelles I¹⁴⁴, le tribunal allemand décidait de surseoir à statuer en application de l'article 27 du règlement en raison de l'antériorité de la saisine du tribunal italien. Sur appel de la demanderesse qui souhaitait que les juridictions allemandes se prononcent sans attendre, le tribunal supérieur de Munich adressa à la Cour de justice huit questions préjudicielles portant sur l'interprétation des articles 22, 27 et 28 du règlement. Pour la première fois, la Cour devait donc trancher la question de savoir si le juge saisi en second, et compétent sur le fondement d'une règle de compétence exclusive, devait, en vertu de la règle de litispendance, surseoir à statuer au profit de la juridiction première saisie ; ou, à l'inverse et en vertu de la règle de compétence exclusive, refuser de surseoir à statuer, exercer sa compétence et se prononcer sur le fond sans attendre¹⁴⁵.

Suivant les conclusions de son Avocat général, la Cour décide de ne répondre qu'à deux questions, évinçant celles dont la résolution ne lui paraissait pas nécessaire en l'espèce (points 61-66)¹⁴⁶. Au premier temps de son raisonnement (points 32 et suivants), répondant à la troisième question préjudicielle par laquelle la juridiction allemande interrogeait la compétence de la juridiction italienne, elle dit pour droit qu'une action, telle que celle intentée en l'espèce devant la juridiction italienne, relève de la matière réelle immobilière, visée par l'article 22 du règlement, et donc de la compétence exclusive du *forum rei*, soit en l'espèce du tribunal allemand. Attachée à l'espèce, cette précision par laquelle la Cour intervient pour qualifier l'action introduite en Italie, et arbitrant *in concreto* la concurrence des juridictions allemande et italienne¹⁴⁷, constituait pour la Cour une étape préalable à l'exposé d'un raisonnement dont la portée est considérable.

Au second temps de son raisonnement (points 48 et suivants), la Cour répond à la quatrième question préjudicielle et dit pour droit que, avant de surseoir à statuer en application de l'article 27 du règlement, la juridiction saisie en second lieu est tenue d'examiner si, en raison d'une méconnaissance de la compétence exclusive prévue à l'article 22 § 1 de ce règlement, une décision éventuelle au fond de la juridiction saisie en premier lieu ne serait pas reconnue dans les autres États membres, conformément à l'article 35 § 1 dudit règlement.

Jusqu'à l'arrêt *Irmengard*, la Cour, qui n'avait pas été saisie de la question, ne s'était prononcée que par abstention. Dans l'arrêt *Overseas*¹⁴⁸, elle avait étendu

144 Règlement (CE) n° 44/2001 précité.

145 Sur cette question, non résolue par les textes, cf. GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 2010, 4^e édition, n° 338 à 338-2.

146 Sur ces questions, cf. la riche analyse à titre subsidiaire de l'Avocat général Jääskinen (conclusions présentées le 30 janvier 2014 sous l'affaire *Irmengard*, ECLI:EU:C:2014:43).

147 Au cas d'espèce, si le résultat de la qualification de cette action ne surprend guère, la méthode de qualification retenue peut retenir l'attention. Sur cette question, et souhaitant par ailleurs que la fonction d'arbitrage concret des compétences concurrentes soit plus clairement assumée par la Cour de justice, voir D'AVOUT L., note précitée.

148 CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance*, aff. C-351/89, *Rec. p. I-3317, D.*, 1991, p. 212, *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 64, note GAUDEMET-TALLON H., *JDI*, 1993, p. 493, obs. HUET A., *Yearbook of European Law*, 1991, p. 521, obs BRIGGS A., *European Law Review*, 1992, p. 75, obs. HARTLEY T. C.

aux situations de litispendance la prohibition du contrôle de la compétence étrangère, posée par principe par les règles de reconnaissance de la Convention de Bruxelles de 1968¹⁴⁹, et figurant aujourd'hui à l'article 35 § 3 du règlement Bruxelles I¹⁵⁰. Puisque la prohibition du contrôle de la compétence étrangère au stade de la reconnaissance est posée sous réserve des règles de compétence exclusive, la Cour réservait toutefois « l'hypothèse où le juge saisi en second lieu disposerait d'une compétence exclusive prévue par la convention¹⁵¹ ». Mais la portée de cette réserve ne pouvait qu'être douteuse. En effet, si un auteur avait dès l'origine de la Convention de Bruxelles envisagé que le juge saisi en second doit immédiatement exercer sa compétence tirée d'une règle de compétence exclusive, sans surseoir à statuer au profit du premier juge¹⁵², la lettre même du texte ne semblait pas le permettre¹⁵³.

Par la suite, l'arrêt *Gasser*, prononcé alors que la lettre de la règle de litispendance avait été réformée¹⁵⁴ et donnait toute sa force à la réserve *Overseas*, semblait tout à la fois réaffirmer la réserve¹⁵⁵ et s'en affranchir à propos de la compétence exclusive tirée d'une clause attributive de juridiction. En l'espèce, la question était de savoir si le juge saisi en second, désigné par une clause attributive de juridiction, pouvait refuser de surseoir à statuer en faveur du juge saisi en premier et en violation de cette clause. Immédiatement après avoir rappelé la réserve formulée dans l'arrêt *Overseas*, la Cour confirmait la priorité donnée au premier juge pour se prononcer sur sa compétence, qu'elle justifiait par un motif de tournure très générale¹⁵⁶ de nature à faire douter du maintien

149 Cf. article 28 § 1 de la Convention de 1968.

150 La règle est conservée par le règlement Bruxelles I *bis* précité, article 45 § 3.

151 CJCE, 27 juin 1991, *Overseas*, précité, point 2 du dispositif.

152 Voir Droz G., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun : étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Dalloz, 1972, n° 311-314, dont l'argument est tiré d'une lecture *a contrario* de l'article 23 de la Convention, correspondant à l'article 29 du règlement Bruxelles I, et 31 du règlement Bruxelles I *bis* (« Lorsque les demandes relèvent de la compétence exclusive de plusieurs juridictions, le dessaisissement a lieu en faveur de la juridiction première saisie »).

153 Dans sa rédaction originale, le texte de l'article 21 de la Convention prévoyait que « lorsque les demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États contractants différents, la juridiction saisie en second lieu doit, même d'office, se dessaisir en faveur du tribunal premier saisi. La juridiction qui devrait se dessaisir peut surseoir à statuer si la compétence de l'autre juridiction est contestée. »

154 À la suite de l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise à la Convention de Bruxelles de 1968 (Convention du 26 mai 1989), le texte de l'article 21 était ainsi rédigé : « Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie ». Cette précision nouvelle permettait de penser que le juge investi d'une compétence exclusive n'était pas tenu de surseoir puisque, par hypothèse, la compétence du tribunal premier saisi ne pouvait être établie.

155 CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, précité, points 44-45.

156 *Ibid.*, point 48 : « le juge saisi en second lieu n'est, en aucun cas, mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier. En effet, cette compétence est déterminée directement par les règles de la convention de Bruxelles, qui sont communes aux deux juges et qui peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacun d'entre eux. »

de la réserve¹⁵⁷, qu'elle formulait pourtant de nouveau dans son arrêt *Cartier*¹⁵⁸. Quelques semaines avant de prononcer l'arrêt *Irmengard*, la Cour jugeait en effet que, sous réserve de l'hypothèse où le juge saisi en second est investi d'une compétence exclusive, la compétence du juge premier saisi doit être considérée comme établie dès lors qu'il ne l'a pas déclinée et qu'aucune partie ne l'a contestée *in limine litis*.

Dans l'arrêt *Irmengard*, la Cour saisit l'occasion qui lui est enfin donnée de reprendre à son compte un argument déjà formulé par la Commission à l'occasion de l'affaire *Gasser*¹⁵⁹ et qui inspirait certainement la formulation de la question préjudicielle : puisque la décision du juge premier saisi, en violation de la règle de compétence exclusive, serait insusceptible d'être reconnue en raison de l'article 35 § 1 du règlement, il n'est pas utile, et il serait même contraire à l'objectif de bonne administration de la justice (point 58), que le second juge sursoie à statuer dans l'attente de la décision du premier. En situation de litispendance, une prise en compte anticipée de la règle de reconnaissance justifie ainsi que le second juge saisi soit « tenu d'examiner » la compétence du premier, et, en cas de violation d'une règle de compétence exclusive, qu'il ne soit « plus en droit de surseoir à statuer » (point 56) et doive immédiatement exercer sa compétence exclusive pour se prononcer sur le fond du litige. Même si le règlement impose à ce premier juge de relever d'office son incompétence en pareille situation¹⁶⁰, le second requérant ne doit pas souffrir du délai de prononcé de cette décision d'incompétence¹⁶¹. La solution prive ainsi d'effet les tentatives dilatoires de contournement de la compétence exclusive et se justifie par la raison d'être de la compétence exclusive, d'une part, comme par la raison d'être de la règle de résolution des conflits de procédures, d'autre part, ce qui conduit à interroger la portée de la décision à deux égards.

La solution est en premier lieu justifiée par la fonction des règles de compétence exclusive lesquelles, alors que la règle litispendance vise à régler la concurrence de fors également compétents¹⁶², ont pour objet et pour effet de rendre

157 Par exemple, FENTIMAN R., in MAGNUS et MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd édition, Munich, Sellier, 2012, Introduction to Arts, p. 27-30, qui jugeait très vraisemblable que l'article 22 déroge à l'article 27 (n° 5), mais doutait néanmoins de la portée de la réserve *Overseas* à la suite de *Gasser* (n° 57).

158 CJUE, 27 février 2014, *Cartier*, aff. C-1/13, ECLI:EU:C:2014:108, *JDI*, 2014, p. 900, note Rooz D., *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 694, note MUIR WATT H., point 26.

159 CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, précité, points 36-37 : la Commission établissait une distinction entre la compétence du juge désigné par la clause attributive, dont la violation n'est pas justificative d'un refus de reconnaissance, et les compétences exclusives de l'article 22, seules ces dernières étant ainsi de nature à justifier l'éviction de la règle de priorité.

160 Article 25 du règlement Bruxelles I, précité ; article 27 du règlement Bruxelles I *bis*, précité.

161 En ce sens, il peut être regretté que la proposition initiale de la Commission à l'occasion de la refonte du règlement (14 décembre 2012, COM(2010) 748 final, article 29 § 2) n'ait pas été retenue, qui prévoyait qu'en toute hypothèse le juge premier saisi devait se prononcer sur sa compétence dans un délai maximum de six mois.

162 Cf. par exemple, MOTULSKY H., *Rép. int. Dalloz*, 1^{re} édition, v° « Procédure civile et commerciale », n° 182, « la notion même de litispendance exige des compétences concurrentes ».

impossible la moindre concurrence des fors¹⁶³. Aussi peut-il sembler naturel¹⁶⁴ que la règle de compétence exclusive évince la règle de litispendance¹⁶⁵ et sa mécanique chronologique. Ne pouvant souffrir la concurrence, le juge investi d'une compétence exclusive n'a donc pas à vérifier la réunion des conditions matérielles posées au jeu de la règle chronologique, la triple identité, de parties, de cause et d'objet (décision, point 62 ; et conclusions, point 20). Voilà qui justifiait que la Cour de justice ne réponde pas aux deux premières questions préjudicielles portant sur l'identification de ces critères. En l'espèce, la Cour aurait pu être tentée de relever l'absence d'identité de cause comme de parties¹⁶⁶, ce qui aurait suffi à écarter l'obligation de surseoir à statuer. Il est heureux qu'elle ne se soit pas aventurée sur cette voie, qui aurait implicitement affaibli la règle de compétence exclusive en faisant primer la règle de litispendance.

Voilà également qui dispensait la Cour de répondre aux sixième et septième questions préjudicielles qui interrogeaient l'office du juge saisi en second lieu, l'une demandant s'il devait préalablement démontrer que la règle de litispendance était inapplicable au cas d'espèce avant d'appliquer la règle de connexité ; l'autre demandant des précisions quant aux critères que ce juge peut prendre en compte dans l'exercice du pouvoir d'appréciation que lui confie la règle de connexité. Pour la Cour, puisque la règle de litispendance ne peut s'appliquer « lorsque la juridiction saisie en second lieu dispose d'une compétence exclusive, comme tel est le cas dans l'affaire au principal, les dispositions des articles 27 et 28 de ce règlement ne sont pas susceptibles d'entrer en concurrence » (point 65).

La formulation peut toutefois étonner, parce que si la réalisation d'un chef de compétence exclusive exclut toute situation de litispendance, ce qui justifie l'absence de réponse à la sixième question, elle n'exclut pas toute situation de connexité. Aussi, l'absence de réponse à la septième question interroge. Il peut en effet arriver, dans un litige complexe, qu'une portion seulement de ce litige relève de la compétence exclusive du juge second saisi. La question pourrait être posée de savoir si ce second juge disposerait, en vertu de la règle de connexité, de la faculté de surseoir à statuer ; ou si, à l'inverse et en vertu cette fois de la règle de compétence exclusive, il serait contraint d'exercer immédiatement sa compétence. C'est la seconde branche de cette alternative que suggère la formulation du point 65 de la décision, qui implique que l'éviction de la règle de litis-

163 Sous la seule réserve de l'hypothèse, sur laquelle la solution *Irmengard* est sans influence, visée par l'article 29 du règlement Bruxelles I (article 31 du règlement Bruxelles I *bis*), cité *supra*. Cette hypothèse est de réalisation pratique nécessairement rare car elle suppose l'ubiquité du rattachement exclusif. Elle peut toutefois être envisagée en raison de la pluralité de conceptions du lieu du siège social consacrée par les règlements.

164 *Contra*, justifiant l'application de la règle de litispendance même lorsque le juge second saisi est investi d'une compétence exclusive : GOTHOT P. et HOLLEAUX D., *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, 1985, Paris, Jupiter, n° 219-220 ; HUET A., note sous *Gasser*, *JDI*, 2004, p. 642.

165 Ce constat constituant le point de départ de l'analyse de l'Avocat général JÄÄSKINEN (conclusions précitées, point 20), est également fait par la Cour elle-même (points 62-64).

166 *Cf.* la convaincante démonstration de l'Avocat général JÄÄSKINEN (conclusions précitées, points 46-73).

pendance par la règle de compétence exclusive vaudrait également en matière de connexité. Il pourrait être regretté que la Cour n'ait pas abordé l'espèce sous l'angle de la connexité, ce qu'elle aurait pu faire en raison de l'absence d'identité de cause comme de parties. Il faut cependant observer que, à la supposer applicable, la règle de connexité, n'offrant au second juge qu'une simple faculté de surseoir à statuer, entre moins frontalement en conflit avec la raison d'être de la compétence exclusive que la règle de litispendance¹⁶⁷. Le silence gardé sur ce point s'explique donc à la fois par le manque d'enjeu attaché à la question du conflit potentiel entre la règle de compétence exclusive et la règle de connexité, et par la volonté de la Cour de saisir l'opportunité de préciser enfin la portée de la réserve *Overseas*, tout en explicitant le lien unissant conflits de procédures et reconnaissance des décisions.

En second lieu, la solution est en effet justifiée par le lien qui unit les questions de reconnaissance et de résolution des conflits de procédures lorsqu'il est question pour un juge de se dessaisir ou de surseoir à statuer au profit d'un juge étranger. Dans la tradition civiliste, le jeu de la règle de litispendance, conditionné à la réunion des conditions de l'autorité de la chose jugée, est également fréquemment conditionné à un pronostic de reconnaissance anticipé, qu'il soit prévu par le législateur¹⁶⁸ ou mis en œuvre par la jurisprudence¹⁶⁹. Dans la tradition de *Common Law*, un tel pronostic est parfois expressément posé en condition du déclinatoire au profit du juge étranger que vise l'exception de *forum non conveniens*, comme en droit américain¹⁷⁰. Le plus souvent un tel critère n'est toutefois pas expressément retenu. D'une part, cela tient sans aucun doute à l'origine historique de la doctrine du *forum non conveniens*, qui a pour fonction essentielle de contribuer à l'affinement casuistique des règles de compétence directe¹⁷¹, la résolution des conflits de procédures étant alors abordée comme un problème de détermination de la compétence directe¹⁷², reposant sur la recherche du *natural forum*¹⁷³. D'autre part, cela tient vraisemblablement à la difficulté de procéder à un tel test de reconnaissance par anticipation, l'identification des motifs d'une décision non encore rendue pouvant

167 Voir par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 21 septembre 2005, n° 03-20.102, *JCP G*, 2006, p. II.10043, note MARTEL D., où la Cour de cassation française, supposant la règle de connexité applicable, rejette néanmoins l'exception de connexité et assure l'efficacité de la compétence exclusive du juge second saisi.

168 Voir par exemple, article 9 § 1 de la Loi fédérale de droit international privé (Suisse) : « Lorsqu'une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, le tribunal suisse suspend la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse ».

169 Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1974, *Miniera di Fragne*, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 491, note HOLLEAUX D. ; *GADIP*, n° 54. *Adde*, HOLLEAUX D., « La litispendance », *TCFDIP*, 1971-1973, p. 203 ; et GAUDEMET-TALLON H., « La litispendance dans la jurisprudence française », in *Mélanges Holleaux*, p. 121.

170 Voir par exemple la décision de la Cour Suprême américaine *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (330 U.S. 501 [1947], spéc. 508), érigeant le critère de l'efficacité sur le territoire américain de la décision étrangère à intervenir en condition du déclinatoire au profit du juge étranger.

171 VON MEHREN A. T., « Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law », *RCADI*, 2002, vol. 295, p. 9, spéc. p. 341-370.

172 COLLINS L. et *alii* (eds.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 14^e édition, § 12-36.

173 Ainsi, il n'apparaît pas dans l'arrêt fondateur de la doctrine anglaise contemporaine du *forum non conveniens* et inspirant la plupart des systèmes de *Common Law*: *Spiliada Mar. Corp. v. Cansulex Ltd.*, 1 A.C. 460 (H.L. 1987).

relever de la divination. Constaté immédiatement qu'un juge étranger a été saisi en violation d'une règle de compétence échappe cependant à la critique. Aussi, lorsque le pronostic de reconnaissance anticipé n'est pas expressément posé en condition du déclinatoire, la violation d'une règle de compétence exclusive justifie l'exercice immédiat de la compétence du for, fût-il saisi en second, puisqu'il n'est pas envisageable pour le juge tenant une compétence exclusive de considérer que le for étranger est la *natural forum* du litige. Il doit en être de même pour toute règle de compétence dont la violation justifie un refus de reconnaissance, et la motivation de l'arrêt *Irmengard*, tirée de l'article 35 § 1 du règlement, permet de l'anticiper.

En effet, le pronostic de reconnaissance ici retenu devra encore valoir lorsque le for premier saisi l'aura été en violation d'une règle protectrice d'une partie faible : consommateur, assuré ou travailleur¹⁷⁴. Encore convient-il d'observer que les parties faibles peuvent toujours renoncer tacitement au bénéfice de la protection offerte par le règlement en comparaisant devant un juge incompétent tout en s'abstenant de contester la compétence et en plaçant au fond. La compétence du juge premier saisi serait ici acquise par l'effet de l'article 24 du règlement, et ne pourrait plus être contestée par le for requis de la reconnaissance¹⁷⁵. Dans un tel contexte, l'éviction de la règle de priorité ne sera donc pas envisageable. En revanche, le juge second saisi devra refuser de surseoir à statuer dès lors que la partie faible aura contesté la compétence du juge premier saisi, ou encore lorsque le défendeur n'aura pas comparu devant le premier juge non compétent conformément au règlement¹⁷⁶, ou, enfin, lorsque le défendeur partie faible aura comparu devant le juge incompétent sans contester sa compétence mais sans avoir été informé par ce juge des conséquences d'une comparution ou d'une non-comparution¹⁷⁷. Cette nouvelle réduction du champ de la règle de priorité, portée prévisible de l'arrêt *Irmengard*, témoignerait d'un considérable progrès dans la protection des parties faibles contre les harcèlements procéduraux dont elles font parfois l'objet¹⁷⁸, sans recourir à la théorie de l'abus de droit¹⁷⁹.

Jean-Sébastien QUÉGUINER

D. La procédure de saisie européenne des avoirs bancaires

174 Le règlement Bruxelles I *bis* (article 45 § 1) élargit la liste des exceptions à la prohibition du contrôle de la compétence du juge étranger, qui sous l'empire du règlement Bruxelles I ne visait pas la règle protectrice du travailleur. Cette extension élargit d'autant la portée prévisible de la décision sous commentaire.

175 CJUE, 20 mai 2010, *ČPP Insurance Group*, aff. C-111/09, *Rec. p. I-4545, Rev. crit. DIP*, 2010, p. 575, note PATAUT E.

176 Article 26 § 1 du règlement Bruxelles I précité ; article 28 § 1 du règlement Bruxelles I *bis* précité.

177 Cette nouvelle obligation imposée au juge par l'article 28 § 2 du règlement Bruxelles I *bis* est un progrès en matière de protection des parties faibles comparativement à la simple possibilité que lui réservait la jurisprudence sous l'empire du règlement Bruxelles I (cf. CJUE, 20 mai 2010, *ČPP Vienna Insurance Group*, précité, point 32).

178 Comme l'illustre l'affaire *Turner* (CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, aff. C-159/02, *Rec. p. I-3565, Rev. crit. DIP*, 2004, p. 654, note MUIR WATT H., *ICLQ*, 2004, p. 1030, note KRUGER T.).

179 À cet égard, il peut être regretté que la proposition d'écarter la règle de priorité chronologique lorsque le juge premier saisi l'est d'une action négatoire (cf. réponse de la France au livre vert du 21 avril 2009 (COM(2009) 175 final) n'ait pas été retenue à l'occasion de la refonte du règlement Bruxelles I.

S'il était un objet à partir duquel il était plausible que le législateur européen investisse le champ du droit de l'exécution forcée en matière civile, ce devait bien être les avoirs bancaires. Pour les individus comme pour les personnes morales, les comptes en banque constituent le réceptacle ordinaire des revenus d'importance significative. Supports d'une trésorerie ou d'une épargne, mobile et mobilisable, gérée par des tiers professionnels, ils sont légitimement convoités par les créanciers impayés. Avec le règlement (UE) n° 655/2014 du 15 mai 2014¹⁸⁰, destiné à entrer en vigueur en janvier 2017, le législateur institue une procédure optionnelle de saisie de la monnaie scripturale permettant aux acteurs de l'exécution forcée d'agir dans un cadre européen harmonisé, faisant disparaître les frontières administratives et aménageant les divers droits nationaux dans l'intérêt conjoint de l'efficacité de l'exécution et de l'équité envers le débiteur. L'indisponibilité du solde d'un compte bancaire pourra, en certaines circonstances, être proclamée depuis l'étranger et être alors facilement rendue opposable au banquier chargé de la faire respecter. Dans ce règlement de procédure civile aux apparences très classiques, beaucoup d'éléments sont connus, qui semblent avoir été repris et aménagés des dispositifs préexistants du droit européen de la coopération judiciaire. Il en va ainsi des nombreux formulaires multilingues facilitant l'entraide transfrontière, dont la confection est renvoyée à des règlements d'exécution. Il va de même des définitions uniformes (par exemple, celle du caractère transfrontière des situations éligibles à la procédure) ; des normes minimales de procédure encourageant à l'emploi des nouvelles technologies de communication et des modalités de circulation et de notification des actes dans l'Espace européen. En ce dernier domaine, le formalisme ne se maintient que lorsqu'il est indispensable à la sauvegarde des droits de la défense ou de l'ordre public ; sinon, il disparaît suivant l'exemple de la déclaration de force exécutoire chassée des textes européens depuis une dizaine d'années. Le champ d'application matériel de la procédure uniforme apparaît, quant à lui, un peu trop mécaniquement repris des autres règlements¹⁸¹. Plus spécifiquement, on notera que le règlement nouveau est l'occasion de prolonger et d'affermir la localisation géographique des comptes bancaires et actifs scripturaux déjà diversement pratiquée dans la législation européenne : l'« État membre dans lequel le compte bancaire est tenu » est celui indiqué par le numéro IBAN ; à défaut, celui correspondant au lieu de l'établissement teneur de compte (administration centrale de la banque ou succursale)¹⁸².

La saisie européenne des avoirs bancaires a été dotée, pour l'instant, d'un champ d'application relativement limité : les instruments financiers sont provisoirement exclus ; peuvent être saisies les sommes d'argent inscrites dans les

180 Règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, *JOUE* n° L 189, 27 juin 2014, p. 59. Pour un premier commentaire en langue française, voir GUINCHARD E., *RTDE*, 2014, p. 922.

181 On aurait pu imaginer, en particulier, une articulation plus fine du règlement « saisie conservatoire » avec l'arbitrage.

182 Règlement (UE) n° 655/2014, article 4 § 4, qui contaminera bientôt le règlement « Insolvabilité » refondu.

comptes ouverts au nom des personnes privées et autres dépôts restituables en argent ; elles le seront à l'initiative d'un créancier domicilié dans un État membre (restriction d'un autre temps...), si ce créancier est titulaire d'une créance monétaire.

Selon les vœux du règlement qui l'institue, cette nouvelle procédure uniforme remplira deux fonctions distinctes ou deux séries d'utilités (article 5 du règlement). La première utilité apparaît dans le champ conservatoire, entendu strictement et rapporté à l'activité juridictionnelle contentieuse. Avant tout procès ou durant celui-ci, le créancier craignant la dissipation des avoirs de son débiteur pourra requérir la mesure de saisie auprès des autorités d'un État membre de l'Union compétentes pour statuer sur le litige de fond ; cette saisie devant préserver l'exécution forcée éventuelle des droits substantiels litigieux. La seconde fonction est plus large, qui sert de simple prélude à l'exécution forcée définitive de titres exécutoires déjà obtenus. En application du règlement, il sera en effet permis au créancier muni d'un titre exécutoire de droit national de solliciter sa mise à exécution provisionnelle à l'étranger en forme de saisie conservatoire. Le législateur européen a appréhendé les deux fonctions précitées au moyen d'une procédure dont l'armature est unitaire. Mais les conditions de déclenchement, et les garanties corrélativement instaurées dans l'intérêt du débiteur, ne sont pas toujours les mêmes. Il est probable que le succès de la procédure nouvelle soit assuré pour l'exécution transfrontière des titres préexistants, en sorte de complément au dispositif de reconnaissance et d'exécution du règlement (CE) n° 44/2001, dit Bruxelles I. Si cela était exact, l'intitulé du règlement nouveau serait imprécis et possiblement trompeur pour les destinataires peu avertis ; puisque ce n'est pas dans le champ du conservatoire précontentieux que le règlement serait amené à produire ses effets principaux.

L'utilité de la saisie européenne de comptes bancaires, employée à fins conservatoires ou d'exécution, se comprend compte tenu du contexte législatif européen. Comme le rappellent les considérants liminaires du règlement nouveau¹⁸³, il est important de ménager un effet de surprise lors de l'accomplissement de la saisie, faute de quoi risquent d'être dissipés les fonds objet de la mesure. Or, si le règlement Bruxelles I, fixant le droit commun en matière civile et commerciale, permet bien la reconnaissance des mesures injonctives étrangères, c'est à la condition que celles-ci aient été notifiées au débiteur avant mise à exécution. Cette solution, issue de la jurisprudence *Denilauer* de la Cour de justice, est désormais consolidée dans le règlement Bruxelles I refondu¹⁸⁴ : les décisions ordonnant une mesure de contrainte provisoire qui n'ont pas été signifiées au défendeur avant l'exécution ne comptent pas au rang des décisions reconnues et susceptibles d'être mises directement à exécution selon les voies européennes simplifiées. Au titre de l'exécution forcée directe des décisions et autres titres exécutoires nationaux (actes authentiques et transaction), le règlement Bruxelles I refondu prévoit nouvellement une notification en préalable à l'exécution forcée

¹⁸³ *Ibid.*, considérant 15, que prend en charge l'article 11 du règlement.

¹⁸⁴ Article 2 sous a) du règlement (UE) n° 1215/2012 ; *adde* sur la jurisprudence antérieure, GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 4^e édition, n° 367.

définitive¹⁸⁵ ; en revanche, il laisse subsister la possibilité de requérir des mesures conservatoires de l'autorité locale du pays requis (article 40). Conçu en vue d'élargir les possibilités, le règlement « Saisie de compte bancaires » offrira une voie d'action unilatérale et secrète auprès des autorités de l'État membre d'origine du titre exécutoire, déclenchant ensuite l'exécution forcée quasi-automatique dans les autres États membres¹⁸⁶. Lorsque les banques auprès desquelles les comptes sont ouverts sont inconnues du créancier poursuivant l'exécution d'un titre, le règlement contraint les États membres à instaurer des procédures de transparence. Ainsi le créancier, supposant que son débiteur détient des comptes dans un ou plusieurs autres États membres, pourra-t-il déclencher une procédure d'entraide auprès du juge européen compétent, permettant à ce dernier d'obtenir l'information utile à l'accomplissement de la saisie transfrontière. Cette procédure nouvelle, instituée par l'article 14 du règlement, n'est ouverte de droit que lorsque le requérant bénéficie d'un titre exécutoire. Dans le ou les États requis, la procédure peut notamment aboutir : par mise en œuvre d'une obligation déclarative spéciale des banques sollicitées à cette fin ; par l'exercice d'un droit d'accès direct des autorités publiques aux données bancaires ; ou par l'effet d'une injonction de transparence adressée à la personne du débiteur accompagnée d'un ordre de ne pas disposer des actifs. En connaissant seulement les pays d'implantation patrimoniale de son débiteur, un créancier poursuivant pourra désormais faire en sorte qu'un juge statuant depuis l'étranger prenne connaissance de la consistance des actifs bancaires et ordonne leur indisponibilité ; ce qui constitue une innovation remarquable en matière civile. Cette mesure, soumise à un formalisme assez lourd, n'est aucunement indépendante de la procédure de saisie elle-même. Son déclenchement s'accompagne de garde-fous. En particulier, la juridiction saisie n'est pas tenue d'agir et doit apprécier le bien-fondé de la demande en termes de risques de défaut de recouvrement de la créance (article 7, dont les termes sont repris à l'article 14). Une garantie peut être le cas échéant exigée du créancier poursuivant, pour prévenir des recours abusifs et servir d'assiette à la responsabilité éventuelle du créancier à l'égard de son débiteur (article 12). Lorsque sont remplies les conditions de la demande de transparence, une entraide transfrontière devra avoir obligatoirement lieu, l'autorité nationale compétente du pays d'exécution envisagé étant tenue de répondre au juge européen requérant dans les meilleurs délais. Une fois identifiés les comptes pertinents, le juge de l'État d'origine peut rendre l'ordonnance de saisie en remplissant le formulaire prescrit par le règlement. Cette ordonnance est alors remise, après traduction éventuelle dans le pays d'origine, aux autorités d'exécution du pays étranger de localisa-

185 Selon l'article 43 § 3 du règlement (UE) n° 1215/2012, l'exigence de notification préalable ne s'applique pas aux mesures conservatoires figurant dans la décision reconnue. Mais celle-ci, pour être précisément digne de reconnaissance transfrontière, aura été rendue à l'issue d'une procédure contradictoire ; ce qui prive la mesure conservatoire de son effet de surprise (voir encore article 2 sous a) et article 45 § 1 sous b) du règlement).

186 Cette possibilité est à notre connaissance inédite dans le droit de la coopération judiciaire civile : elle n'existait pas avec les règlements « Titre exécutoire européen » de 2004, « Injonction de payer européenne » ou « Petites procédures » qui donnent simplement le droit de solliciter des mesures locales d'exécution. Ces règlements maintiennent le principe selon lequel « les procédures d'exécution sont régies par la loi de l'État membre d'exécution » ; ils assimilent les titres exécutoires étrangers certifiés à des titres exécutoires locaux.

tion du compte (par exemple des huissiers de justice). Ces dernières autorités doivent acheminer l'ordonnance vers le ou les banquiers destinataires de la saisie, tenus de bloquer immédiatement les fonds disponibles. Les fonds saisis dans les comptes visés doivent être déclarés par le teneur de compte dans un délai bref (trois jours ouvrables après mise en œuvre de l'ordonnance de saisie)¹⁸⁷. Dans un bref délai de même durée, la juridiction d'origine ou le créancier notifie selon des règles spécifiques l'ordonnance au débiteur, qui peut alors former divers recours au pays d'origine de l'ordonnance ou au pays requis de l'exécution¹⁸⁸.

Dans l'autre hypothèse, d'une saisie des comptes bancaires requise pour la conservation d'un droit de créance litigieux, la procédure est la même, mais ses modalités sont plus restrictives. D'abord, il ne peut être requis du juge qu'il déclenche le mécanisme de transparence lorsque l'identité des banquiers teneurs de compte est inconnue. La procédure précitée de l'article 14 n'est en effet disponible, faute de titre exécutoire antérieurement obtenu, que si le créancier peut démontrer qu'il bénéficie déjà d'un tel titre (décision de justice, acte authentique ou transaction) et que le risque de péril dans le recouvrement de la créance commande la saisie dès avant l'obtention de la force exécutoire ; le juge ayant un pouvoir d'appréciation accru. Ceci signifie que, dans l'hypothèse ordinaire du créancier envisageant de demander en justice la mise à exécution de ses droits, celui-ci ne pourra bénéficier de la procédure nouvelle de saisie conservatoire que s'il connaît l'identité du teneur de compte¹⁸⁹. Dans cette hypothèse, qui n'est pas la plus fréquente, une double preuve devra être apportée au juge requis de la saisie : relativement au risque de recouvrement, relativement au bien-fondé de la demande de fond. Une garantie financière est obligatoirement constituée dans le pays du juge requis, sauf dispense exceptionnelle (ce qui est l'inverse des règles applicables à la saisie à fins d'exécution). Les délais d'obtention de l'ordonnance de saisie, après contrôles effectués par la juridiction saisie, sont plus longs : dix jours ouvrables au lieu de cinq dans l'hypothèse « titre exécutoire » (article 18). Par ailleurs, la procédure conservatoire est subordonnée à l'introduction diligente de l'instance au fond (article 11). Au cas où la saisie conservatoire aurait été judiciairement ordonnée, puis mise en œuvre, le créancier requérant est exposé au risque d'une responsabilité engagée par le débiteur saisi, en cas de manquement formel aux obligations posées par le règlement ou aux règles supplémentaires éventuellement plus strictes édictées par le droit du pays d'exécution ; lesquelles règles peuvent être rigoureuses en cas d'insuccès des demandes de fond¹⁹⁰. Lorsque le procès est d'ores et déjà introduit, il n'est pas certain qu'une saisie conservatoire de compte bancaire soit en toutes circonstances plus attractive que la demande, dans les pays qui l'autorisent, d'une injonction de ne pas disposer des biens adressée sous astreinte à la personne du débiteur. Reste l'hypothèse des mesures

187 Le règlement prescrit ainsi les mesures attendues du professionnel ; mais il se garde de définir les conditions de sa responsabilité, renvoyées au droit de l'État membre d'exécution.

188 Article 28, 33 s.

189 Cette contrainte apparaît, en termes formels, à l'article 8 sous d) du règlement.

190 Il y a en la matière une règle de conflit très explicite et protectrice du défendeur à la mesure d'exécution (article 13 § 4) : « Le droit applicable à la responsabilité du créancier est le droit de l'État membre d'exécution. »

conservatoires sollicitées avant tout procès ; mais le créancier n'a alors que peu d'intérêt à solliciter les mesures hors du pays où les comptes sont tenus, sauf à la rigueur s'il connaît l'existence d'une pluralité de comptes détenus dans divers pays et qu'il souhaite les immobiliser tous, en bénéficiant de l'effet de surprise inhérent au caractère unilatéral et secret de la procédure.

La procédure nouvelle est entièrement facultative ; elle ne sera mise en œuvre que si le créancier la juge comparativement avantageuse. Plus attractive dans sa fonction exécutoire que dans sa fonction strictement conservatoire, la procédure de saisie européenne des comptes bancaires s'illustre par un souci d'assez grande protection du débiteur et des tiers à la saisie. Ceci se traduit, par exemple, par une discipline des diverses demandes conservatoires (interdiction des demandes parallèles de saisie ayant une même finalité¹⁹¹) et, surtout, par un refus de toute centralisation du droit applicable et des recours juridictionnels dans le pays d'émission de l'ordonnance de saisie. Tout au contraire, et alors même que les formalités de déclaration de la force exécutoire sont supprimées (ce qui est désormais classique depuis le programme de Tampere et, plus encore, depuis la refonte du règlement Bruxelles I), de larges voies de recours sont maintenues dans le pays d'exécution qui peuvent être facultativement déclenchées par le débiteur, s'il le juge plus commode qu'une action au pays d'origine, en cas d'irrégularité formelle¹⁹² ou substantielle de l'ordonnance de saisie ou d'atteinte manifeste à l'ordre public. Par ailleurs, d'importants domaines, non unifiés par l'effet de la législation européenne nouvelle, sont soumis à la loi du pays d'exécution : les responsabilités des divers intervenants (créancier, banquier saisi, etc.), les frais d'exécution susceptibles d'être exigés des parties concernées, la saisissabilité des comptes joints ou administrés, les montants insaisissables inscrits dans les comptes ordinaires, le rang de l'ordonnance de saisie en cas de droit concurrents¹⁹³. Les observateurs attentifs¹⁹⁴ ont fait remarquer que ces pans de souveraineté résiduelle des États membres requis de l'exécution peuvent être source d'inefficacité des saisies : y aura-t-il demain en Europe des paradis anti-saisie, constitués d'États membres soucieux de la localisation des banques sur leur territoire et désireux d'épargner à ces derniers les risques d'une trop grande transparence ou d'une responsabilité trop facilement engagée ?

L'uniformité partielle de la procédure régionale mise en place peut effectivement prêter le flanc à la critique, dans toute la mesure du laxisme ou de l'inadéquation des règles nationales subsidiairement applicables. Cependant,

191 Article 16.

192 Le soussigné doit confesser ici son hésitation à la lecture de l'article 34 § 1 sous b), iv du règlement : s'agit-il d'une voie de recours autonome au for requis ou d'un simple reflet du recours exercé au pays d'origine ? Les considérants 32 et suivants ne paraissent pas répondre à la difficulté. Il serait tentant de voir dans ce texte une simple reprise des causes de recours et non une référence à un recours exercé ailleurs (référence dont on ne comprendrait pas, sinon, qu'elle soit limitée à certaines des lettres de l'article 33 § 1 et qu'elle ne les couvre pas toutes).

193 Article 13 précité, 26, 30-32, 42 s.

194 Spécialement GUINCHARD E., précité, qui avait souligné la difficulté en amont (voir *RTDE*, 2011, p. 871).

et à la différence notable du règlement « titre exécutoire » de 2004, la présente procédure est plus acceptable car elle ne centralise pas tous les recours dans le pays d'origine et laisse, tout à l'inverse, une large place aux contestations dans le pays d'exécution. La confiance mutuelle se conçoit désormais, sur fond de rapprochement partiel des procédures civiles dans l'intérêt des plaideurs, en la forme d'une coopération égalitaire et discursive des juges européens, non pas d'une soumission inconditionnelle des juges requis d'exécuter au point de vue unilatéral d'un juge dit d'origine. Le droit de la coopération judiciaire en matière civile se réorganise désormais selon ce schéma qui devrait aboutir à interpréter restrictivement les procédures dérogatoires et à supprimer celles d'entre elles devenues inutiles (ce qui est le cas, du point de vue du soussigné, du règlement (CE) n° 805/2004 dit « titre exécutoire » depuis la réforme du règlement Bruxelles I ; les jugements rendus par défaut devant réintégrer le champ des contrôles équilibrés du droit commun européen)¹⁹⁵.

Après trois plans quinquennaux qui se sont succédé depuis l'appel de Tampere, l'heure est désormais à la rationalisation de l'acquis. On peut donc croire que le proche avenir ne verra pas éclore des procédures uniformes nouvelles, telle l'opportune saisie européenne des avoirs bancaires ici rapportée, mais plutôt des propositions de refonte pensées dans un souci de rationalisation de l'existant en prélude à une codification future du droit de la coopération judiciaire civile.

Louis D'AVOUT

¹⁹⁵ Voir du soussigné, à paraître, « L'efficacité internationale des jugements après la refonte du règlement Bruxelles I », *International Journal of Procedural Law*, Intersentia 2015.

E. Procédures d'insolvabilité¹⁹⁶

Le règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁹⁷ revêt une importance pratique croissante, s'agissant de la restructuration d'entreprises en difficultés¹⁹⁸. Le point de rattachement décisif de la compétence internationale pour ouvrir une procédure d'insolvabilité, ainsi que de la loi applicable, est « le centre des intérêts principaux du débiteur¹⁹⁹ ». Celui-ci est aussi appelé « COMI », d'après le terme anglais « Center of Main Interest²⁰⁰ ». Trois questions problématiques concernant le COMI ont été tranchées par la Cour de justice de l'Union européenne en 2014 : 1. La première question concerne la distinction entre le centre des intérêts principaux (article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000)²⁰¹ et la notion d'établissement (article 3 § 2 du règlement (CE) n° 1346/2000)²⁰² d'une société débitrice, qui opère en tant que société-filiale dans un groupe de sociétés (arrêt *Burgo Group*²⁰³). L'établissement, comme point de rattachement pour une procédure d'insolvabilité secondaire, peut-il être situé dans le pays où se trouve le siège social ? 2. Par ailleurs, la Cour a précisé le champ d'application géographique/international²⁰⁴ du règlement (CE) n° 1346/2000 dans l'arrêt *Schmid*²⁰⁵ concernant une action révocatoire exercée à l'encontre d'une personne résidant hors de l'Union européenne (en Suisse). 3. Finalement, la Cour de justice s'est prononcée sur la portée de la compétence internationale dans l'article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000. Outre les procédures collectives en tant que telles, la *vis attractiva concursus* englobe aussi la compétence internationale pour certaines « actions connexes²⁰⁶ » poursuivies par le syndic, comme par exemple des actions révocatoires²⁰⁷. En 2014, la Cour s'est prononcée sur la « connexité » de deux autres actions dans les arrêts *H.*²⁰⁸ et *Nickel et Goeldner*²⁰⁹.

196 Je remercie Laura Nasse et Wiltrud Hillmann, Université de Heidelberg, pour avoir contribué à la rédaction de ce manuscrit.

197 Voir sur les procédures d'insolvabilité en droit international privé AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, Paris, Economica, 7ème édition, 2013, n° 1090.

198 WELLER M.-P., « Brennpunkte des Insolvenzkonfliktsrechts », *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, 2011, p. 513.

199 Article 3 § 1 et article 4 du règlement (CE) n° 1346/2000.

200 Cf. WELLER M.-P., « Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England », *ZGR*, 2008, p. 835.

201 Cf. sur la notion de « centre des intérêts principaux » : AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, op. cit., n° 1110.

202 Cf. sur la notion d'« établissement » : AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, 7^e édition, 2013, n° 1111.

203 CJUE, 4 septembre 2014, *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA et Jérôme Theetten*, agissant en qualité de liquidateur d'Illochroma SA, aff. C-327/13, ECLI:EU:C:2014:2158.

204 Cf. aussi : AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, op. cit., n° 1107.

205 CJUE, 16 janvier 2014, *Ralph Schmid c/ Lilly Hertel*, aff. C-328/12, ECLI:EU:C:2014:6.

206 Cf. sur les actions connexes aussi : AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, op. cit., n° 1112.

207 CJCE, 12 février 2009, *Seagon c/ Deko Marty Belgium*, aff. C-339/07, *Rec.* p. 1-767.

208 CJUE, 4 décembre 2014, *H. c/ H.K.*, aff. C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410.

209 CJUE, 4 septembre 2014, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c/ Kintra UAB*, aff. C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145.

1. L'arrêt *Burgo Group* (aff. C-327/13)

1. L'arrêt de la Cour du 4 septembre 2014 dans l'affaire *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA*²¹⁰ concerne la notion du centre des intérêts principaux d'une société-filiale insolvable. En matière d'insolvabilité de groupes de sociétés transfrontaliers²¹¹, se pose le problème de la coordination des différentes procédures collectives, puisque chaque société du groupe est une débitrice indépendante avec une propre procédure d'insolvabilité²¹². Pour faciliter la coordination entre les différentes procédures collectives sur les biens des sociétés du groupe, la pratique essaie souvent de concentrer la totalité des procédures dans un seul pays, normalement dans le pays où réside la société-mère²¹³.

2. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur le territoire de la société-mère concernant les biens d'une société-filiale nécessite que le juge décidant sur l'ouverture localise le centre des intérêts principaux de la société-filiale dans le même pays que celui de la société-mère²¹⁴. Une telle coïncidence est possible si on localise le « centre des intérêts principaux du débiteur » pour les personnes morales avec la Cour²¹⁵ au pays de leur siège réel²¹⁶. Le siège réel d'une société correspond à son centre d'administration, c'est-à-dire à l'endroit où opèrent les gérants (*head office*)²¹⁷. Dans des groupes de sociétés gérés centralement, les centres d'administration des sociétés-filiales se trouvent donc typiquement dans les locaux du *headquarter* du groupe, c'est-à-dire au lieu où se trouve le centre d'administration de la société-mère.

3. Une fois qu'une procédure principale est ouverte dans un État membre, elle doit en vertu de l'article 16 du règlement (CE) n° 1346/2000 être reconnue dans tous les autres États membres sans que ceux-ci aient la possibilité de la mettre en cause²¹⁸ ; une révision au fond de la décision d'ouverture est inadmissible²¹⁹.

4. L'arrêt *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA* concerne une telle hypothèse²²⁰. En 2008, le tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing a ouvert en France

210 CJUE, 4 septembre 2014, *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA et Jérôme Theetten, agissant en qualité de liquidateur d'Illochroma SA*, précité ; cf. aussi : MANSEL H.-P., THORN K. et WAGNER R., « Europäisches Kollisionsrecht 2014 », *IPRax*, 2015, p. 1, 28.

211 Cf. WELLER M.-P., « Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen », *ZHR*, 2005, p. 570.

212 CJUE, 15 décembre 2011, *Rastelli Davide*, aff. C-191/10, *Rec.* p. I-13209.

213 Cf. WELLER M.-P., « Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht », *IPRax*, 2004, p. 412.

214 Cf. WELLER M.-P., « Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen », *ZHR*, 2005, p. 570.

215 CJUE, 20 octobre 2011, *Interedil*, aff. C-396/09, *Rec.* p. I-9915.

216 Cf. sur la notion de « siège » en droit international des sociétés : AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 1044 et n° 1054 et suivants.

217 WELLER M.-P., « Brennpunkte des Insolvenz kollisionsrechts », *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, 2011, p. 513.

218 Cf. sur la reconnaissance immédiate des procédures collectives dans l'ensemble de l'Espace judiciaire européen : AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 1115.

219 Cf. CJUE, 4 septembre 2014, *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA et Jérôme Theetten, agissant en qualité de liquidateur d'Illochroma SA*., précité, point 27.

220 Pourtant, le gouvernement belge a invoqué « que la procédure principale ouverte en France l'a été à tort, le centre des intérêts principaux d'Illochroma se trouvant en Belgique ». Cf. CJUE, 4 septembre 2014, *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA et Jérôme Theetten, agissant en qualité de liquidateur d'Illochroma SA*., précité, point 24.

des procédures de redressement judiciaire à l'encontre de toutes les sociétés du groupe Illochroma y compris la société-filiale Illochroma SA enregistrée à Bruxelles²²¹. Burgo Group SpA est une société italienne. Elle est créancière de la société-filiale belge Illochroma SA et lui demande de payer le prix pour la livraison de marchandises. Comme le paiement avait été refusé pour cause de tardiveté par le syndic de la procédure principale en France, Burgo Group a demandé au tribunal de commerce de Bruxelles d'ouvrir sur la base de l'article 3 § 2 du règlement (CE) n° 1346/2000 une procédure secondaire²²² sur les biens d'Illochroma SA en Belgique. En effet, Illochroma SA dispose de deux sites d'exploitation avec des immeubles et du personnel en Belgique²²³. On pourrait donc supposer que serait accomplie au cas d'espèce la condition d'« établissement²²⁴ », nécessaire selon l'article 3 § 2 du règlement (CE) n° 1346/2000 pour ouvrir une procédure collective.

5. Or le problème se posait de savoir, si la notion d'« établissement » pouvait, pour des sociétés et personnes morales, coïncider avec leur siège social (le siège statutaire). En pratique, le centre des intérêts principaux d'une société débitrice est généralement situé à son siège social. C'est pourquoi l'article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000 présume que le centre des intérêts principaux est localisé au « lieu du siège statutaire ». Par conséquent, l'hypothèse typique serait d'ouvrir au lieu du siège social/siège statutaire la procédure d'insolvabilité principale et non la procédure secondaire²²⁵.

Pourtant, la Cour rappelle premièrement le libellé de la définition d'« établissement » dans l'article 2 sous h) du règlement (CE) n° 1346/2000. Cette définition est indépendante du siège statutaire de la société débitrice : « Elle n'exclut donc pas [...] qu'un établissement [...] puisse se trouver dans l'État membre où cette société a ledit siège²²⁶. »

De plus, la Cour discute l'objectif des procédures d'insolvabilité secondaires. Celles-ci veulent protéger les créanciers par la voie d'un changement de la *lex concursus*. Selon l'article 28 du règlement (CE) n° 1346/2000, la loi applicable à la procédure secondaire est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure secondaire est ouverte. Ainsi, les biens se trouvant sur le territoire de la procédure secondaire ne sont plus régis par la *lex concursus* de l'État dans lequel la procédure principale a été ouverte, mais plutôt par la *lex concursus* du lieu de la procédure secondaire²²⁷. Est, de cette façon, protégée la confiance

221 CJUE, 4 septembre 2014, *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA et Jérôme Theetten*, agissant en qualité de liquidateur d'Illochroma SA., précité, point 11.

222 Cf. sur les procédures secondaires : AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, précité, n° 1111.

223 CJUE, 4 septembre 2014, *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA et Jérôme Theetten*, agissant en qualité de liquidateur d'Illochroma SA., précité, point 15.

224 L'article 2 sous h) du règlement (CE) n° 1346/2000 définit la notion d'« établissement » comme « tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ».

225 Cf. aussi : CJUE, 4 septembre 2014, *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA et Jérôme Theetten*, agissant en qualité de liquidateur d'Illochroma SA., précité, point 23.

226 *Ibid.*, point 32.

227 Cf. WELLER M.-P., « Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen », *ZHR*, 2005, p. 570.

légitime des créanciers qui ont établi une relation commerciale avec le débiteur dans l'État de son siège statutaire et qui attendent de pouvoir bénéficier de certains droits préférentiels selon les règles en vigueur dans ledit État membre (où à la fois l'établissement au sens de l'article 3 § 2 du règlement (CE) n° 1346/2000 est situé)²²⁸. Sur la base de ces motifs, la Cour a dit pour droit : « L'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, doit être interprété en ce sens que, dans le cadre de la mise en liquidation d'une société dans un État membre autre que celui dans lequel elle a son siège social, cette société peut également faire l'objet d'une procédure secondaire d'insolvabilité dans l'autre État membre, où elle a son siège social et où elle est dotée d'une personnalité juridique²²⁹. »

Par cette interprétation, la Cour de justice rectifie opportunément, dans l'intérêt des créanciers de la société-filiale, les conséquences néfastes du *forum shopping* consistant à globaliser au pays du siège de la société-mère les différentes procédures d'insolvabilité du groupe.

2. L'arrêt Schmid

L'arrêt *Ralph Schmid c/ Lilly Hertel* concerne la compétence internationale de l'État membre du centre des intérêts principaux du débiteur pour une action révocatoire fondée sur l'insolvabilité du débiteur contre un défendeur ayant son domicile dans un État tiers²³⁰.

Ralph Schmid agit comme syndic dans la procédure d'insolvabilité ouverte sur le patrimoine et les biens d'Aletta Zimmermann, la débitrice. Celle-ci a son centre des intérêts principaux, au sens de l'article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000, en Allemagne, où une procédure collective est ouverte sur ses biens. M. Schmid assigne Lilly Hertel (la défenderesse), résidant en Suisse, et lui demande par voie d'action révocatoire de restituer une somme de 8 000 euros à la débitrice.

Un problème de compétence internationale se pose, puisque M. Schmid poursuit l'action révocatoire non pas au domicile de la défenderesse en Suisse mais plutôt en Allemagne au lieu où la procédure collective se déroule²³¹. La première instance (*Landgericht Münster*) et la deuxième instance (*Oberlandesgericht Hamm*) ont rejeté cette action, faute de compétence internationale des tribunaux allemands. Par contre, le *Bundesgerichtshof*, sur recours en révision,

²²⁸ CJUE, 4 septembre 2014, *Burgo Group SpA c/ Illochroma SA et Jérôme Theetten*, agissant en qualité de liquidateur d'Illochroma SA., précité, point 37.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ Cf. aussi : MANSEL H.-P., THORN K. et WAGNER R., « Europäisches Kollisionsrecht 2014 », *IPRax*, 2015, p. 1, 26 ; BINKMANN M., *LMK*, 2014, 356291 ; IDOT L., « Champ d'application – procédures d'insolvabilité », *Europe*, 2015, n° 3, comm. 143 ; JAULT-SESEKE F. et ROBINE D., « L'application du règlement « insolvabilité » dans les relations avec un État tiers », *D.*, 2014, n° 15, p. 915 ; MÉLIN F., « Champ d'application de l'espace du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité », *JCP G.*, 2014, n° 8, p. 253 ; VALLENS J.-L., « Actions en nullité : la CJUE étend la compétence du tribunal au-delà des frontières de l'Union européenne », *Revue des procédures collectives*, 2014, n° 4, étude 16, p. 1 ; D. BUREAU, *Rev. crit. DIP* 2014.670 ; L. D'AVOUT, *D.* 2014.1979.

²³¹ Cf. sur l'applicabilité internationale du règlement (CE) n° 1346/2000 : AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 1107.

a rappelé que le champ d'application matériel de l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 englobe aussi des « actions connexes²³² ».

Le problème se pose notamment quant au champ d'application territorial : l'élément d'extranéité, éventuelle condition préalable de l'application du règlement (CE) n° 1346/2000, doit-il se rapporter à un autre État membre ou suffit-il un (seul) rapport à un État tiers ? Ainsi, le *Bundesgerichtshof* a posé une question préjudicielle à la Cour, afin de savoir si les juridictions allemandes sont « compétentes pour connaître d'une action révocatoire au titre de l'insolvabilité contre un défendeur n'ayant pas son domicile [...] sur le territoire d'un État membre²³³ ».

La Cour discute plusieurs aspects. Premièrement, elle rappelle par référence à l'arrêt *Seagon*²³⁴ que l'article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000 « attribue aux juridictions de l'État membre compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité également une compétence internationale pour connaître des actions qui dérivent directement de cette procédure et qui s'y insèrent étroitement²³⁵ ».

Deuxièmement, la Cour s'interroge sur le problème de l'applicabilité du règlement (CE) n° 1346/2000, si « le seul élément d'extranéité que comporte la situation en cause concerne le rapport entre un État membre et un État tiers²³⁶ ». L'alternative serait la détermination de la compétence internationale en appliquant le droit national de l'État membre en question. La Cour discute (1) le libellé (2) l'objectif du règlement (3) la sécurité juridique et, finalement, la question de la reconnaissance d'une décision concernant une action connexe (4) : 1. la Cour constate premièrement que le libellé du règlement (CE) n° 1346/2000 ne se borne pas aux situations présentant des liens de rattachement à plusieurs États membres²³⁷. Effectivement, ni l'article 1 (champ d'application) ni la liste des procédures d'insolvabilité nommée dans l'annexe A du règlement (CE) n° 1346/2000 contiennent une telle restriction spatiale. Ainsi, la Cour de justice argumente en parallèle avec le champ d'application internationale de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I, qui – depuis longtemps – sont étendus aux États tiers²³⁸. 2. De plus, l'objectif du règlement (CE) n° 1346/2000, ressortissant surtout du considérant 4, vise à éviter un

232 *Bundesgerichtshof*, ordonnance de renvoi du 21 juin 2012, présentée le 11 juillet 2012, IX ZR 2/12 point 3, *IPRspr.*, 2012, Nr. 308b, p. 717-723.

233 CJUE, 16 janvier 2014, *Ralph Schmid c/ Lilly Hertel*, précité, point 16.

234 CJUE, 12 février 2009, *Seagon c/ Deko Marty Belgium*, précité.

235 CJUE, 16 janvier 2014, *Ralph Schmid c/ Lilly Hertel*, précité, point 30.

236 *Ibid.*, point 19.

237 *Ibid.*, points 20 et suivants.

238 Voir CJCE, 13 juillet 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA c/ Universal General Insurance Company (UGIC)*, aff. C-396/09, *Rec.* p. I-5925, point 61, concernant le champ d'application géographique/international de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Voir aussi CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu c/ Jackson*, aff. C-281/02, *Rec.* p. I-1383 : « La convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [...] s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un État non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre État contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant. »

forum shopping par les parties, c'est-à-dire le déplacement des biens d'un État à un autre en vue d'améliorer la situation juridique. Cet objectif englobe « non pas uniquement les relations entre les États membres, mais, par nature [...] toute situation transfrontalière²³⁹. » 3. Selon la Cour, la compétence judiciaire en matière de faillites ainsi que celle pour les actions connexes doit être prévisible et ainsi promouvoir la sécurité juridique, une des idées directrices du droit²⁴⁰. L'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 se sert pour cela du critère de rattachement du centre des intérêts principaux du débiteur. Un tiers qui participe avec le débiteur à un acte susceptible d'être annulé dans le cadre d'une (future) procédure d'insolvabilité peut tenir compte du centre des intérêts principaux du débiteur et donc anticiper la juridiction compétente qui décidera sur une (potentielle) action révocatoire. 4. La Cour discute finalement un contre-argument : les juridictions d'un État tiers ne seraient nullement tenues de reconnaître ou d'exécuter une décision rendue par une juridiction qui n'est pas compétente du point de vue de l'État tiers²⁴¹. Pourtant, l'inopposabilité du règlement (CE) n° 1346/2000 vis-à-vis des États tiers n'empêche pas l'application de la règle de compétence dans l'article 3 du règlement : premièrement, il est parfois possible de faire reconnaître et exécuter une telle décision sur le fondement d'une éventuelle convention bilatérale et, deuxièmement, la décision est toujours susceptible d'être exécutée dans les autres États membres de l'Union.

Sur la base de ces motifs, la Cour statue que « les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel s'est ouverte la procédure d'insolvabilité sont compétentes pour connaître d'une action révocatoire fondée sur l'insolvabilité contre un défendeur n'ayant pas son domicile sur le territoire d'un État membre²⁴². »

Cette jurisprudence est convaincante²⁴³ puisqu'elle permet de concentrer tous les contentieux « connexes » de l'insolvabilité dans l'État de la procédure collective principale. Ceci renforce le principe d'universalité, principe qui est soutenu par l'intérêt à l'égal traitement de tous les créanciers (par *conditio creditorum*) réunis devant une seule juridiction.

3. L'arrêt H et l'arrêt Nickel et Goeldner

Les arrêts *H*²⁴⁴ et *Nickel et Goeldner*²⁴⁵ concernent la relation entre le règlement (CE) n° 1346/2000 d'un côté et la Convention de Lugano II et le règlement (CE) n° 44/2001 (Bruxelles I) de l'autre côté.

1. Le problème de délimitation se pose surtout pour la compétence internationale au titre des actions dites « connexes » avec les procédures collectives.

239 CJUE, 16 janvier 2014, *Ralph Schmid c/ Lilly Hertel*, précité, point 25.

240 *Ibid.*, points 33 et suivants.

241 *Ibid.*, points 36 et suivants.

242 *Ibid.*, voir le dispositif.

243 Pour un avis différent : VALLENS J.-L., *Revue des procédures collectives*, 2014, n° 4, étude 16.

244 CJUE, 4 décembre 2014, *H c/ H.K.*, précité, *Rev. crit. DIP* 2015.462, note BUREAU D.

245 CJUE, 4 septembre 2014, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c/ Kintra UAB*, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 207, note LEGROS C.

Selon les arrêts *Seagon*²⁴⁶ et *F-Tex*²⁴⁷, reprenant l'ancienne jurisprudence *Gourdain c/ Nadler*²⁴⁸, une action est « connexe » si elle se rattache à une procédure collective, dérive directement de cette dernière et s'insère étroitement dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire. En effet, il convient surtout de savoir si une action connexe est fonctionnellement similaire aux actions révocatoires (actions pauliennes)²⁴⁹. Pour ces dernières, la Cour a décidé qu'elles entrent dans le champ d'application de l'article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000²⁵⁰.

2. H est le curateur à la faillite sur les biens d'une *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH, c'est-à-dire une SARL allemande) enregistrée à Offenbach en Allemagne. Sur le fondement de l'article 64 de la loi concernant les sociétés à responsabilité limitée allemandes (§ 64 GmbHG), H demande au gérant de la SARL de rembourser à la société débitrice les paiements effectués après la survenance de l'insolvabilité de ladite société. Le gérant est domicilié en Suisse. Pourtant, le curateur a soulevé l'action en remboursement de paiements devant les tribunaux allemands. Ceux-ci se demandent « si le litige entre dans le champ d'application matériel de l'article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000. »²⁵¹

Pour identifier le domaine dont relève une action, la Cour distingue si l'action est fondée sur les règles communes du droit civil et commercial ou plutôt sur les règles spécifiques aux procédures d'insolvabilité²⁵². La Cour précise qu'il n'est pas nécessaire que l'action requière dans toutes les hypothèses théoriques une ouverture formelle d'une procédure d'insolvabilité ; il suffit plutôt qu'elle se rapporte à l'insolvabilité matérielle du débiteur, comme c'est le cas avec § 64 GmbHG²⁵³.

Vu ces considérations, il faut donc qualifier l'action fondée sur § 64 GmbHG comme une action qui dérive directement de la procédure d'insolvabilité²⁵⁴ puisqu'elle poursuit un objectif qui figure parmi les principes de base du droit de l'insolvabilité : elle vise à préserver l'actif distribuable d'une personne morale en état d'insolvabilité matérielle dans l'intérêt de la totalité des créanciers²⁵⁵.

Pourtant, le champ d'application de l'article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000 nécessite que l'action en remboursement soit effectivement introduite dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, comme c'était le cas dans l'affaire au principal²⁵⁶. Par contre, si ladite action est introduite en dehors d'une procédure collective, elle « est susceptible d'entrer dans le champ d'appli-

246 CJCE, 12 février 2009, *Seagon c/ Deko Marty Belgium*, précité.

247 CJUE, 19 avril 2012, *F-Tex SLA c/ Lietuvos-Anglijos UAB « Jadecloud-Vilma »*, précité.

248 CJCE, 22 février 1979, *Gourdain c/ Nadler*, aff. 133/78, Rec. p. 733.

249 CJUE, 4 décembre 2014, *H c/ H.K.*, précité, point 24.

250 CJCE, 12 février 2009, *Seagon c/ Deko Marty Belgium*, précité.

251 CJUE, 4 décembre 2014, *H c/ H.K.*, précité, point 10.

252 *Ibid.*, point 21.

253 *Ibid.*, points 22 et suivants.

254 *Ibid.*, point 26.

255 *Ibid.*, point 16.

256 *Ibid.*, point 20.

cation de la convention de Lugano II ou, le cas échéant, de celui du règlement (CE) n° 44/2001²⁵⁷ ».

Sur la base de ces raisonnements, la Cour a décidé : « L'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, doit être interprété en ce sens que les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel a été ouverte une procédure d'insolvabilité portant sur le patrimoine d'une société sont compétentes, sur le fondement de cette disposition, pour connaître d'une action, telle que celle en cause au principal, du curateur à la faillite de cette société dirigée contre le gérant de ladite société et tendant au remboursement de paiements effectués après la survenance de l'insolvabilité de la même société ou après la constatation du surendettement de celle-ci. L'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1346/2000 doit être interprété en ce sens que les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel a été ouverte une procédure d'insolvabilité portant sur le patrimoine d'une société sont compétentes pour connaître d'une action, telle que celle en cause au principal, du curateur à la faillite de cette société dirigée contre le gérant de ladite société et tendant au remboursement de paiements effectués après la survenance de l'insolvabilité de la même société ou après la constatation du surendettement de celle-ci, lorsque ce gérant a son domicile non pas dans un autre État membre, mais, comme c'est le cas dans l'affaire au principal, dans un État partie à la convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée le 30 octobre 2007, dont la conclusion a été approuvée au nom de la Communauté par la décision 2009/430/CE du Conseil, du 27 novembre 2008²⁵⁸ ».

Cette jurisprudence concerne des litiges très importants en pratique. Les actions en paiement du curateur à la faillite contre les gérants de la société débitrice tendant au remboursement de paiements effectués après la survenance de l'insolvabilité visent à protéger les créanciers. Elles jouent surtout dans les situations dans lesquelles les gérants essaient de se soustraire à la procédure collective en déménageant à l'étranger.

3. L'arrêt *Nickel & Goeldner c/ Kintra*²⁵⁹ concerne un litige pour lequel il faut déterminer s'il entre dans le champ d'application du règlement (CE) n° 1346/2000 ou plutôt du règlement (CE) n° 44/2001 respectivement de l'article 31 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route de 1956 (CMR)²⁶⁰.

Le syndic de la société insolvable Kintra, dont le siège statuaire est en Lituanie, demande le paiement d'une somme d'argent à Nickel & Goeldner, résidant en Allemagne²⁶¹. Kintra avait fourni des services de transport international de

²⁵⁷ *Ibid.*, point 25.

²⁵⁸ *Ibid.*, voir le dispositif.

²⁵⁹ CJUE, 4 septembre 2014, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c/ Kintra UAB*, précité. Cf. aussi MANSSEL H.-P., THORN K. et WAGNER R., « Europäisches Kollisionsrecht 2014 », *op. cit.*, p. 1, 27 ; CENTNER B., *LMK*, 2014, p. 364501.

²⁶⁰ CJUE, 4 septembre 2014, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c/ Kintra UAB*, précité, point 20.

²⁶¹ *Ibid.*, points 14 et 15.

marchandises au bénéfice de Nickel & Goeldner. L'action contractuelle en paiement n'est pas introduite en Allemagne, mais en Lituanie, au lieu de la procédure collective sur les biens de Kintra.

La Cour rappelle que les règlements (CE) n° 1346/2000 et n° 44/2001 « doivent être interprétés de façon à éviter tout chevauchement entre les règles de droit que ces textes énoncent et tout vide juridique²⁶². » Ainsi, une action n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000 relève du champ d'application du règlement (CE) n° 44/2001 et *vice versa*. Le critère décisif n'est pas, si l'action est soulevée à l'occasion d'une procédure collective mais plutôt de quel fondement elle dispose, c'est-à-dire si le droit qui sert de base à l'action trouve son origine dans le droit spécifique des procédures d'insolvabilité ou dans les règles communes du droit civil et commercial²⁶³.

Dans l'affaire au principal il s'agit d'une action en paiement d'une créance née d'un contrat de transport qui aurait pu être introduite – en dehors d'une procédure d'insolvabilité – par le créancier Kintra lui-même²⁶⁴. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne modifie pas cette nature contractuelle de la créance. Ainsi, cette action en paiement est qualifiée relevant du droit civil et commercial. Par ces motifs, la Cour a décidé de manière convaincante : « L'article 1^{er}, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens que relève de la notion de « matière civile et commerciale », au sens de cette disposition, l'action en paiement d'une créance fondée sur la fourniture de services de transport, exercée par le syndic d'une entreprise en faillite, désigné dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre, et dirigée contre le bénéficiaire de ces services, établi dans un autre État membre²⁶⁵. »

Comme le règlement (CE) n° 44/2001 était ainsi applicable au principal, la Cour devait finalement se prononcer sur la relation entre le règlement (CE) n° 44/2001 et la CMR²⁶⁶.

²⁶² *Ibid.*, point 21.

²⁶³ *Ibid.*, points 26 et 27.

²⁶⁴ *Ibid.*, points 28 et 29.

²⁶⁵ *Ibid.*, voir le dispositif 1.

²⁶⁶ *Ibid.*, voir le dispositif 2 : « L'article 71 du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que, dans l'hypothèse où un litige relève du champ d'application tant de ce règlement que de la convention relative au contrat de transport international de marchandises par route, signée à Genève le 19 mai 1956, telle que modifiée par le protocole signé à Genève le 5 juillet 1978, un État membre peut, conformément à l'article 71, paragraphe 1, dudit règlement, appliquer les règles en matière de compétence judiciaire prévues à l'article 31, paragraphe 1, de cette convention. »

4. Refonte du règlement d'insolvabilité

Le législateur européen tient compte de l'importance du règlement (CE) n° 346/2000 et le réforme²⁶⁷. Les quatre arrêts ci-dessus sont en harmonie avec la refonte du règlement d'insolvabilité. Entre autres, la notion de centre des intérêts principaux dans l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 est précisée pour éviter le *forum shopping*²⁶⁸. La nouvelle « période suspecte » de trois mois va (aussi) réduire les cas de *forum shopping* par des sociétés-filiales d'un groupe.

Deuxièmement, la jurisprudence en matière *Seagon* (et ainsi *H*) est reprise dans un nouvel article 6 du règlement (CE) n° 1346/2000 (refonte) qui précise les conditions pour soulever une action connexe dans l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte²⁶⁹.

Marc-Philippe WELLER

267 Position (UE) n° 7/2015 du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), adoptée par le Conseil le 12 mars 2015, *JOUE* n° C 141, 28 avril 2015, p. 1 et adopté par le Parlement européen le 20 mai 2015. Cf. aussi SCHMIDT J., « Das Prinzip 'eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz' und seine Durchbrechungen vor dem Hintergrund der aktuellen Reformen im europäischen und deutschen Recht », *KTS*, 2015, p. 19 et s.

268 Article 3 § 1 du règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), position n° 7/2015, *op. cit.* : « Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité (ci-après dénommée «procédure d'insolvabilité principale»). Le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire. Cette présomption ne s'applique que si le siège statutaire n'a pas été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour une personne physique exerçant une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu d'activité principal de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si le lieu d'activité principal de la personne physique n'a pas été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour toute autre personne physique, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être la résidence habituelle de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si la résidence habituelle n'a pas été transférée dans un autre État membre au cours des six mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. »

269 Article 6 § 1 du règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), position n° 7/2015, *op. cit.* : « 1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte en application de l'article 3 sont compétentes pour connaître de toute action qui découle directement de la procédure d'insolvabilité et y est étroitement liée, telles les actions révocatoires. »

III. STATUT PERSONNEL ET RELATIONS FAMILIALES

***A. Chevauchement du règlement Bruxelles II bis
et de la Convention de La Haye du 25 mai 1980 :
les deux notions clés d'« enlèvement »
et de « résidence habituelle » de l'enfant (aff. C-376/13, C c/ M)***

1. Introduction

Ce renvoi préjudiciel²⁷⁰ met en relief la difficile articulation entre le règlement Bruxelles II bis²⁷¹ et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement des enfants. L'hypothèse était celle où un des parents d'un enfant de bas âge déplace licitement ce dernier dans l'Union européenne, à la suite d'une décision lui accordant la garde de son enfant émanant d'un État partie à la Convention et membre de l'Union européenne, alors qu'un appel est pendant dans cet État. La question est alors de savoir si le non-respect par le parent d'un arrêt ultérieur infirmant le jugement de première instance et accordant la garde à l'autre parent fait relever la situation, en tant que prétendu « non-retour illicite », du champ d'application de la Convention de La Haye de 1980 et, à ce titre, de l'article 11 du règlement Bruxelles II bis. À cet égard, il importait notamment de déterminer si i) l'enfant avait perdu sa résidence habituelle dans le premier État au moment de l'arrêt infirmatif et ii) si, dans l'affirmative, le fait pour le parent, en l'espèce la mère, de ne pas respecter cet arrêt transforme le déplacement licite de l'enfant en non-retour illicite.

Disons d'emblée que, pour nous, la Cour, tout en affirmant n'interpréter que les dispositions du règlement, méconnaît la ligne de démarcation – certes très floue – entre les deux instruments et, ce faisant, se livre en réalité à une interprétation de certaines dispositions de la Convention de 1980. Par ailleurs, elle fournit une mauvaise interprétation des deux notions clés de « résidence habituelle » et de « non-retour illicite ». Est, en revanche, limpide et exemplaire la prise de position de l'Avocat général Szpunar allant sur ces deux points dans le sens contraire²⁷².

2. Les faits

Les parents sont respectivement français et britannique²⁷³ ; ils se sont mariés en France, où leur enfant est né. Quelques mois après la naissance de l'enfant la

270 CJUE, 9 octobre 2014.

271 Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relative à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JOUE* n° L 338, 23 décembre 2003, p. 1.

272 Dans le même sens, PIRRUNG J., « Steine statt Brot ? –Eilverfahren zur Frage des gewöhnlichen Aufenthalts eines vier - bis sechsjährigen Kindes », *IPRax*, 2015, p. 207.

273 Selon l'arrêt de la Cour la mère a (seulement) la nationalité britannique. Ceci est confirmé par le dossier national en dépit du fait que la mère, née en Angleterre, est le fruit de l'union entre deux parents de nationalité irlandaise. On aurait pu supposer qu'elle possédait la double nationalité irlandaise et britannique. En tout état de cause, les liens avec l'Irlande sont très étroits. En particulier, la mère et la sœur de la mère y habitent (le père étant décédé).

mère entame une procédure de divorce en France. Par la suite, les deux parties engagent de multiples procédures tant en France qu'en Irlande. Pour ce qui concerne le renvoi préjudiciel fait par la *Supreme Court* (Cour suprême) d'Irlande, les faits et les procédures pertinents se résument comme suit.

Le 2 avril 2012 le Tribunal de grande instance d'Angoulême prononce le divorce. Ce jugement, exécutoire par provision, fixe notamment la résidence habituelle de l'enfant chez la mère et autorise cette dernière à s'installer en Irlande ; la demande du père tendant à la suspension de l'exécution provisoire du jugement est rejetée le 5 juillet 2012. Une semaine plus tard, la mère s'installe en Irlande avec l'enfant.

Le 5 mars 2013, la Cour d'appel de Bordeaux infirme le jugement du 2 avril 2012 pour ce qui concerne les dispositions relatives à la résidence de l'enfant et au droit de visite ; l'arrêt fixe notamment la résidence habituelle de l'enfant au domicile du père²⁷⁴.

Le 31 mars 2013, le père saisit le juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance de Niort visant à ce que l'autorité parentale lui soit attribuée exclusivement. Le 10 juillet 2013 cette demande a été accueillie.

Le 18 décembre 2013 le père a demandé à la *High Court* en Irlande de déclarer exécutoire l'arrêt du 5 mars 2013 de la Cour d'appel de Bordeaux.

En attendant, le 29 mai 2013, le père a saisi la *High Court* en application de la Convention de La Haye de 1980 en vue de voir ordonner le retour de l'enfant en France au motif que la mère l'aurait retenu illicitement en Irlande. Afin de tomber sous le coup de la Convention, il fallait i) que l'enfant eût sa résidence habituelle en France immédiatement après son déplacement ou non-retour et ii) que le déplacement ou le non-retour soit illicite. En l'espèce, alors qu'il était constant que le déplacement de l'enfant avait été parfaitement licite, il s'agissait, selon le père, d'un non-retour devenu illicite à la suite de l'arrêt du 5 mars 2013. En première instance, la demande du père a été rejetée au motif que, le déplacement ayant été licite, l'enfant avait sa résidence habituelle en Irlande depuis le moment où sa mère l'avait emmené dans cet État membre avec l'intention de s'y établir²⁷⁵.

Le père ayant interjeté appel, la Cour suprême a sursis à statuer et a, pour l'essentiel, posé deux questions, l'une portant sur la notion de résidence habituelle et l'autre sur la notion de non-retour illicite²⁷⁶ afin de savoir si la situation relève de la Convention de 1980.

274 Le fait que les juges français aient fixé la résidence habituelle « légale » de l'enfant chez l'un ou l'autre parent n'a aucun rapport avec la question de savoir si l'enfant avait ou non sa résidence habituelle en Irlande au sens de la Convention de 1980 et du règlement. Voir sur ce point la prise de position de l'Avocat général Szpunar en l'espèce au point 81.

275 « The removal of H. from France [...] in July 2012, after the decision of one French court permitting her to do just that and of another refusing a stay, was lawful [...] That being so, there is nothing about the concept or definition of habitual residence that could prevent it from being changed. H.'s habitual residence was not...rendered conditional by the fact that the respondent had lodged an appeal [...] to hold otherwise would be to introduce a legal figment into what is essentially a factual question ». Jugement du 13 août 2013.

276 En fait, la juridiction de renvoi a posé trois questions, mais la Cour les a reformulées dans le sens indiqué dans le texte.

3. *Sur la recevabilité des questions préjudicielles compte tenu de l'absence de la compétence de la Cour pour interpréter la Convention de La Haye de 1980*

En réalité, tel qu'indiqué ci-dessus dans la partie introductive, la vraie question qui se posait était de savoir si la situation dont la juridiction de renvoi était saisie relevait du champ d'application de la Convention de 1980. Or, afin que tel puisse être le cas, il faut qu'il soit satisfait à un certain nombre de conditions, dont notamment, en vertu de l'article 3, point a) de cette même Convention, que i) il y ait eu un déplacement ou un non-retour intervenu en violation d'un droit de garde attribué par un État contractant et ii) que l'enfant ait eu sa résidence habituelle dans l'État en question immédiatement avant son déplacement ou son non-retour. Or, ces questions relèvent de la seule interprétation de la Convention et non du règlement Bruxelles II *bis*. À ce titre, on aurait pu imaginer que la Cour de justice juge que ces questions sont irrecevables et refuse d'y répondre.

Sur ce point, une question semblable avait été posée dans l'affaire *Mc. B.*²⁷⁷. Dans cette affaire, une juridiction irlandaise avait été saisie par le père naturel de trois enfants en vue d'obtenir une attestation constatant que le déplacement des enfants par leur mère était illicite. La *Supreme Court of Ireland* a posé une question portant sur le point de savoir si le droit irlandais, lequel ne reconnaissait pas un droit de garde automatique au père naturel d'un enfant, était conforme au règlement Bruxelles II *bis* interprété à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La recevabilité de la question préjudicielle a été contestée au motif que, en réalité, la question se posait en amont de l'application du règlement Bruxelles II *bis*, portant sur les seules dispositions de la Convention. C'est l'applicabilité de la Convention qui déclencherait l'application de l'article 11 du règlement, et non le contraire.

Toutefois, la Cour a rejeté ces arguments pour des raisons qui ne convainquent pas entièrement²⁷⁸. D'abord, elle se repose sur le principe de la pertinence des questions posées à titre préjudiciel, lié au fait que, en l'espèce, c'est le droit positif national pertinent qui partait du principe que, dans le cas d'un déplacement de l'Irlande vers un autre État membre, la question de savoir si ce déplacement était illégal devait être jugée à l'aune de l'article 2 du règlement, et non pas selon la Convention²⁷⁹. Par ailleurs, la Cour a cité à cet égard la primauté du règlement par rapport à la Convention²⁸⁰.

277 CJUE, 5 octobre 2010, *Mc. B.*, aff. C-400/10 PPU, *Rec.* p. I-8965.

278 *Ibid.*, points 30-38.

279 *Ibid.*, point 35.

280 *Ibid.*, point 36.

Or, pour ce qui concerne le motif tiré des termes du droit national, qui considérerait le règlement applicable en l'espèce, plutôt que la Convention²⁸¹, la Cour ne précise pas si, d'une part, l'on se trouvait dans une situation où un État membre avait volontairement étendu l'application du droit de l'Union à des situations internes²⁸² ou, d'autre part, si le point de départ du droit national était correct, à savoir que c'est le règlement, par opposition à la Convention, qui déterminait si un déplacement ou un non-retour était illicite dès lors qu'il s'agissait d'une situation intra-Union.

La distinction est loin d'être théorique et elle serait décisive si un juge confronté à une situation identique à celle à l'origine de l'affaire *Mc. B.* mais dont la loi, contrairement à la loi irlandaise, ne s'appliquait pas d'office, saisisait la Cour à titre préjudiciel. Dans une telle hypothèse, il ne ressort pas clairement de l'arrêt *Mc. B.* si une question portant sur l'interprétation du règlement serait recevable et la Cour serait obligée de trancher ce point.

Pour ce qui concerne le motif tiré de la primauté du droit de l'Union, nous ne voyons pas comment cette primauté pouvait être pertinente en l'espèce. En effet, l'article 11 du règlement ne remplace pas la Convention, même lorsqu'il s'agit d'une situation intracommunautaire. En revanche, elle la « complète et précise²⁸³ ». Ce que fait la Cour en réalité est de s'arroger la compétence pour interpréter la convention au motif que, i) le règlement emprunte des termes à la Convention et ii) si la Cour ne pouvait pas interpréter ces termes au sens de la Convention, l'interprétation uniforme du champ d'application matériel de l'article 11 serait mise en péril, en l'absence de la garantie que tous les juges des États membres interprètent la notion de « déplacement ou non-retour illicite » de la même manière. À notre sens, il aurait été préférable que la Cour soit plus franche quant à la vraie raison d'avoir accepté la question préjudicielle en l'espèce²⁸⁴.

Dans l'affaire *C. c/ M.*, la même question de recevabilité a été soulevée mais a été balayée par la Cour de manière encore plus péremptoire que dans l'arrêt *Mc. B.*, la Cour se contentant de déclarer dans des termes très vagues que « le règlement reprenant en certaines de ses dispositions les termes de la convention ou se référant à celle-ci, l'interprétation sollicitée est nécessaire à une applica-

281 L'article 15 de la Child Abduction and Enforcement of Custody Orders Act 1991 telle que modifiée par S. I. No. 112/2005 European Communities (Judgments in Matrimonial Matters and Matters of Parental Responsibility) Regulations 2005, dispose comme suit : The Court may, on an application made for the purposes of Article 15 of the Hague Convention by any person appearing to the Court to have an interest in the matter, make a declaration that the removal of any child from or his retention outside the State was: a) in the case of a removal to or retention in a Member State, a wrongful removal or retention in within Article 2 of the Council Regulation, or b) in any other case, wrongful within the meaning of Article 3 of the Hague Convention.

282 Dans cette hypothèse, la juridiction nationale pouvait interroger la Cour à titre préjudiciel en vertu de la jurisprudence *Dzodzi*.

283 CJUE, Gde chbr., 14 octobre 2014, avis 1/13, précité, point 77.

284 Dans sa prise de position dans la présente affaire *C. c/ M.*, l'Avocat général constate franchement que dans *Mc. B.* « la Cour a considéré qu'une question portant sur la convention de la Haye de 1980 était recevable ». Dans le même sens, PIRRUNG, *op. cit.* p. 210, « tatsächlich ging es im Kern um die Auslegung der Begriffe « gewöhnlicher Aufenthalt » und « rechtswidriges Zurückhalten », im HKÜ ».

tion uniforme du règlement et de ladite convention au sein de l'Union et n'apparaît pas dépourvue de pertinence pour la solution du litige au principal²⁸⁵ ».

Plus tard, la Cour qualifie la décision de rejet d'une demande de retour comme étant fondée soit sur l'article 11 du règlement²⁸⁶ soit sur la Convention de La Haye et l'article 11 du règlement²⁸⁷. Or, ces constatations sont fausses : l'article 11 du règlement ne confère aucune compétence au juge de l'État où l'enfant se trouve, cette compétence étant conférée uniquement par la Convention et, le cas échéant, par le droit national. Cet aspect a été clairement mis en relief par l'Avocat général qui a constaté à juste titre que « le texte de l'article 11, paragraphe 1 [...] fait immédiatement apparaître que cette disposition ne détermine pas directement la juridiction compétente pour examiner la question du retour de l'enfant [...] l'article 11 ne constitue pas une base juridique pour rendre une décision de retour²⁸⁸ ».

À notre sens, le raisonnement avancé par l'Avocat général, pour qui la question qui se posait était effectivement de savoir « si la Cour est compétente pour interpréter la convention de La Haye de 1980, telle que mentionné à l'article 11 [...] du règlement » est préférable²⁸⁹. Pour lui, l'élément critique qui permet à la Cour d'interpréter la Convention est la nécessité de garantir une application de celle-ci qui soit parallèle et cohérente avec le règlement, et de contribuer ainsi à une application cohérente de la Convention pour les situations intracommunautaires²⁹⁰. Nous trouvons cette approche plus souhaitable, notamment dans la mesure où elle est plus susceptible à mener à une interprétation cohérente avec l'intention des auteurs de la Convention²⁹¹.

4. Sur le fond

a. La notion de résidence habituelle

À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que la question de savoir si l'enfant n'était plus résident, le 5 mars 2013, en France, n'est pertinente qu'aux fins de déterminer si le non-retour de l'enfant après cette date relève de la Convention de 1980. En revanche, ce point n'a aucune pertinence pour savoir si la Cour d'appel de Bordeaux pouvait retenir sa compétence pour statuer en matière de responsabilité parentale. En effet, les juridictions françaises ayant été valablement saisies en vertu de l'article 8 et/ou 12 du règlement, il est évident que celles-ci retiennent leur compétence pour statuer en appel. Il est donc constant que, s'agissant de la demande du père du 18 décembre 2013 de déclarer exécu-

²⁸⁵ CJUE, 9 octobre 2014, *C. c/ M.*, aff. C-376/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:2268, point 58.

²⁸⁶ *Ibid.*, point 64.

²⁸⁷ *Ibid.*, point 67.

²⁸⁸ *Ibid.*, point 48.

²⁸⁹ Prise de position de l'Avocat général SZPUNER présentée le 24 septembre 2014 sous l'affaire *C. c/ M.*, point 52.

²⁹⁰ *Ibid.*, point 55. Voir aussi le point 78 de l'avis 1/13, précité, qui qualifie la relation entre la convention et l'article 11 du règlement comme constituant « un ensemble normatif indivisible qui s'applique aux procédures de retour des enfants illicitement déplacés au sein de l'Union ».

²⁹¹ En l'espèce, sur le fond, l'Avocat général, contrairement à la Cour, fonde son interprétation sur le rapport explicatif de la Convention.

toire l'arrêt du 5 mars, rien ne s'oppose (sous réserve de l'éventuelle application de l'article 23 du règlement) à la reconnaissance et à l'exécution en Irlande de l'arrêt en question.

La définition classique de la notion de résidence habituelle au sens de l'article 2 § 1 du règlement, se trouve dans l'arrêt *Mercredi*²⁹². Dans cette affaire, il s'agissait de la détermination de l'État membre de résidence habituelle d'une enfant de deux mois, cinq jours après le déplacement (licite) de cette dernière par sa mère du Royaume-Uni (où elle avait incontestablement, au moment du départ, sa résidence habituelle) vers la France. Le père ayant, en Angleterre, présenté des demandes en attribution de la responsabilité parentale, le juge de première instance a confirmé sa compétence, au titre de l'article 8 du règlement, basée sur la résidence habituelle de l'enfant, notamment au motif que, au moment de la saisine de la juridiction anglaise, la mère n'avait pas (encore) décidé de quitter l'Angleterre définitivement avec l'enfant (même s'il était devenu clair par la suite qu'elle n'y retournerait pas).

Saisie en appel, la *Court of Appeal* a interrogé la Cour de justice sur les critères à appliquer aux fins de déterminer la résidence habituelle de l'enfant. À cet égard, la Cour rappelle, à la lumière de la jurisprudence *A.*²⁹³, notamment que la notion « correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial²⁹⁴ » et qu'« outre la présence physique de l'enfant dans un État membre, d'autres facteurs supplémentaires doivent faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel²⁹⁵ ». À cet égard, compte surtout la volonté de l'intéressé, « d'y fixer [...] le centre permanent ou habituel de ses intérêts [...] la durée d'un séjour ne saurait servir que d'indice dans le cadre de l'évaluation de la stabilité de la résidence²⁹⁶ ». Pour ce qui concerne la problématique spécifique d'un enfant de très bas âge, voire un nourrisson, la Cour rappelle que l'environnement de l'enfant est un environnement familial, déterminé par la personne qui garde l'enfant et prend soin de lui. Plus spécifiquement, lorsqu'un nourrisson est effectivement gardé par sa mère, il y a lieu de vérifier l'intégration de la mère dans son environnement social et familial²⁹⁷.

Or, dans le cas d'espèce, si on applique les critères dégagés par la Cour dans l'arrêt *Mercredi*, on ne peut pas raisonnablement douter que l'enfant ait acquis la résidence habituelle en Irlande dès son arrivée dans cet État membre et en tout état de cause avant le 5 mars 2013. En effet, l'enfant était de bas âge (quatre

292 CJUE, 22 décembre 2010, *Mercredi c/ Chaffe*, précité.

293 CJCE, 2 avril 2009, *A.*, précité.

294 CJUE, 22 décembre 2010, *Mercredi c/ Chaffe*, précité, point 47.

295 *Ibid.*, point 49.

296 *Ibid.*, point 51.

297 *Ibid.*, points 52 à 55. Appliquant les critères dégagés par la Cour, la *Court of Appeal* dans *Mercredi v Chaffe* [2011] EWCA Civ 722 a conclu i) que le juge de première instance n'avait pas fait une erreur manifeste d'appréciation en concluant que l'enfant n'avait pas perdu sa résidence habituelle en Angleterre au moment de la saisine des juridictions anglaises mais que ii) au moment de l'exercice de cette compétence quelques mois plus tard, elle était devenue exorbitante au vu de l'intégration à ce moment-là de l'enfant en France ; le juge aurait dû dès lors céder sa compétence pour statuer en matière de responsabilité parentale aux juridictions françaises en application de l'article 15 du règlement.

ans au moment du départ de la France) et sa résidence habituelle dépendait donc de celle de sa mère. Celle-ci avait clairement l'intention de s'installer pour une durée indéterminée en Irlande, où vivaient notamment sa sœur et sa mère et rien ne s'opposait à ce qu'elle y fixe sa propre résidence habituelle.

Le seul doute concernant la résidence habituelle de l'enfant, H., tenait au fait que, à partir du déplacement jusqu'à la date de l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, le litige entre les parents portant sur la garde de l'enfant était toujours pendant devant les juridictions françaises, le père ayant interjeté appel contre le jugement fixant la résidence habituelle chez la mère. Néanmoins, le déplacement de l'enfant en Irlande, ayant été autorisé explicitement par l'ordonnance du 5 juillet 2012, était parfaitement licite. La question était donc de savoir si l'existence d'une procédure pendante en France s'opposait à la perte par l'enfant de la résidence habituelle en France. À cette question, la Cour ne donne pas une réponse claire. D'une part, elle se garde de statuer en ce sens que la procédure pendante constituerait un obstacle juridique à la perte de la résidence habituelle en France ; mais, d'autre part, elle considère que le caractère provisoire de la décision autorisant le déplacement militait contre le transfert de la résidence habituelle. Pour rééquilibrer les choses, elle constate *in fine* que le temps écoulé entre le déplacement et la décision de la Cour d'appel pourrait démontrer une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial depuis son déplacement²⁹⁸.

Donc, en clair, l'existence de la procédure en France devrait en principe s'opposer à l'acquisition par l'enfant d'une nouvelle résidence en Irlande, mais en raison de la longue durée de la procédure d'appel il était néanmoins possible pour les juridictions irlandaises de statuer autrement. Mis à part le caractère peu satisfaisant de cette réponse ambiguë, le raisonnement de la Cour ne convainc pas, et ce pour plusieurs raisons²⁹⁹.

D'abord, à strictement parler, la question pertinente n'était pas de savoir si l'enfant avait, le 5 mars 2013, acquis une résidence habituelle en Irlande mais plutôt de savoir s'il avait perdu celle qu'il avait en France. À la différence de l'affaire *Mercredi*, où la question de la résidence habituelle se posait parce que la juridiction saisie devait déterminer si c'est elle qui possédait la compétence générale en vertu de l'article 8 du règlement, en l'espèce la juridiction irlandaise devait résoudre une question différente, à savoir si, le 5 mars 2013, c'était toujours en France que l'enfant était résident. Il est vrai que, en l'espèce, cette défaillance méthodologique ne pouvait pas revêtir une importance capitale, compte tenu du fait qu'il était constant entre les parties que l'enfant avait sa résidence soit en France soit en Irlande. Mais il n'en reste pas moins que la perte de la résidence habituelle dans un pays ne présuppose pas nécessairement l'acquisition d'une nouvelle résidence habituelle dans un autre pays et on peut concevoir des situations où l'identification du critère approprié serait décisive.

298 CJUE, 9 octobre 2014, *C. c/ M.*, précité, points 55-57.

299 Voir, en revanche, les conclusions exemplaires de l'Avocat général SZPUNAR aux points 70 à 85, lequel conclut que, la résidence habituelle étant une notion factuelle, l'existence d'une procédure pendante était sans pertinence.

Par exemple, si, dans la présente affaire, la mère, tout en ayant quitté la France définitivement avec la ferme intention de ne plus y vivre mais hésitant entre l'Angleterre (le pays de sa naissance) et l'Irlande (l'État membre où elle avait de la famille) et passant du temps dans les deux pays avant d'arrêter son choix final, le père avait, en application de la Convention de 1980, saisi les juridictions irlandaises au motif que l'enfant y était présent au moment de la saisine, la juridiction saisie devait se demander non pas si l'enfant avait acquis une nouvelle résidence en Irlande ou au Royaume-Uni, mais plutôt s'il avait toujours sa résidence en France, au moment du prétendu non-retour illicite.

Ensuite, la Cour s'écarte de la méthodologie qu'elle s'est imposée, dans l'arrêt *Mercredi*, pour la détermination d'un enfant de bas âge. En effet, dans cet arrêt, au point 54, elle déclare que « l'environnement d'un enfant de bas âge est essentiellement un environnement familial, déterminé par la personne ou les personnes de référence avec lesquelles l'enfant vit, qui le gardent effectivement et prennent soin de lui ». Ce faisant, la Cour ne semble pas envisager une situation où la résidence habituelle de l'enfant pourrait être différente de celle des personnes ayant effectivement la garde de ce dernier. En résumé, lorsqu'il s'agit de déterminer la résidence habituelle de l'enfant, il s'agit d'abord de déterminer qui garde l'enfant effectivement et prend soin de lui. Cette constatation doit reposer sur des critères purement objectifs, la volonté d'un enfant de quatre ans n'étant pas considérée pertinente. Ensuite, il faut déterminer la résidence ou plutôt le centre d'intérêt de la ou des personne(s) de référence, celui-ci étant déterminé en application de critères tant objectifs que subjectifs, surtout la volonté de l'intéressé.

Cette méthodologie atteint vite ses limites, surtout si les personnes de référence n'habitent pas toutes dans le même pays (par exemple une garde/résidence alternée entre les deux parents qui, eux, vivent dans des pays différents) et elle doit de toute façon être infléchie au fur et à mesure que les enfants grandissent. Mais, en l'espèce, et gardant à l'esprit notamment le critère de proximité sous-tendant la notion de résidence habituelle³⁰⁰, il n'y avait pas le moindre doute que l'environnement familial de l'enfant était situé en Irlande, où habitaient non seulement la mère mais également les autres personnes de référence, telles que la grand-mère et la tante. Néanmoins, en l'espèce, la Cour attache de l'importance au fait que, au moment du déplacement, la mère « ne pouvait être certaine que le séjour [en Irlande] ne serait pas temporaire » (point 55 de l'arrêt). Sur ce point, la Cour introduit une distinction entre la résidence habituelle de la mère et celle de l'enfant qui est étrangère au raisonnement qu'elle avait adopté dans *Mercredi* dont on peut déduire que, si l'enfant vit principalement avec la mère, c'est cette dernière qui détermine la résidence habituelle de l'enfant. Or, en l'espèce, la mère était parfaitement capable de fixer sa propre résidence habituelle en Irlande, cette résidence n'étant nullement précaire et la mère elle-même ne pouvant pas, même dans le pire des cas, être obligée de rentrer en France. Partant du principe que la mère avait effec-

300 Critère dont l'importance est relevée par la Cour elle-même, au point 50 de l'arrêt.

tivement établi sa propre résidence habituelle en Irlande, on peut se demander comment, si l'on fait correctement application des critères *Mercredi*, l'enfant pouvait ne pas avoir lui-même sa résidence habituelle dans ce même pays.

Enfin, la Cour ne répond pas à l'argument selon lequel la résidence habituelle est une notion purement factuelle. Dans cette optique, un enfant pourrait acquérir une résidence habituelle dans un État membre même à la suite d'un déménagement illicite. Cet argument est corroboré par l'existence de l'article 10 du règlement, qui dispose que les juridictions de l'État membre où l'enfant avait sa résidence habituelle avant un déplacement ou un non-retour illicite gardent leur compétence, sous certaines conditions, même si l'enfant a entre-temps acquis une nouvelle résidence habituelle dans l'État membre vers lequel il a été enlevé. Or, cette disposition est clairement basée sur la prémisse que le caractère illicite du déplacement ne s'oppose nullement à l'acquisition d'une nouvelle résidence habituelle. Comme l'Avocat général le relève à juste titre, la résidence habituelle « est indépendante de toute question de savoir si elle est ou non établie de manière légale. Dans le cas contraire, l'article 10 [...] serait sans objet, étant donné que cette disposition permet d'acquérir une résidence habituelle en dépit d'un déplacement illicite. »³⁰¹ Or, s'il en est ainsi dans l'hypothèse d'un déplacement illicite, le même principe doit, à plus forte raison, valoir dans le cas d'un déplacement parfaitement licite où le seul élément d'incertitude est l'existence d'une procédure pendante.

En conclusion, le raisonnement de la Cour est très peu satisfaisant sur ce premier point et d'autant plus étonnant que la Cour disposait de la prise de position de l'Avocat général qui, lui, avait fourni une analyse impeccable.

En tout état de cause, par un arrêt du 6 février 2015, la *Supreme Court* confirme la décision du juge de première instance selon laquelle l'enfant n'avait plus sa résidence habituelle en France le 5 juin 2013. Il semblerait en effet que, dès lors que la procédure pendante ne constituait pas un obstacle formel à la perte de la résidence habituelle en France, cette Cour n'a vu aucune raison d'infirmier la constatation du juge de première instance, et ce malgré l'observation de la Cour de justice selon laquelle le fait que le jugement du Tribunal de grande instance était frappé d'appel « ne milite pas en faveur d'une constatation d'un transfert de la résidence habituelle de l'enfant³⁰² ».

b. La notion de « non-retour illicite »

La seconde question essentielle portait sur la notion d'enlèvement, en particulier l'aspect du non-retour illicite. Ainsi que signalé ci-dessus, la Cour interprète en réalité la Convention de 1980 ; mais le fait que l'article 11 ainsi que l'article 2 du règlement font référence à cette notion donne en quelque sorte un crochet, *supra*, pour que l'interprétation de la Convention soit attachée à une apparente interprétation du règlement.

³⁰¹ Prise de position de l'Avocat SZPUNAR précitée, point 80.

³⁰² CJUE, 9 octobre 2014, *C. c/ M.*, précité, point 55.

Sur le fond, compte tenu du fait que le déplacement de l'enfant en tant que tel était parfaitement licite, il pouvait être question tout au plus d'un non-retour illicite intervenu à la suite de l'arrêt du 5 juin 2013 de la Cour d'appel de Bordeaux (et ce seulement si la juridiction de renvoi devait parvenir à la conclusion que l'enfant n'avait pas, ce jour-là, perdu sa résidence habituelle en France). À cet égard, il est certes vrai qu'un déplacement licite peut se transformer en non-retour illicite si, par exemple, un père a déplacé ses enfants de l'État A vers l'État B pour les vacances scolaires autorisées et qu'il omet de les ramener vers l'État A après l'expiration de la période convenue. C'est d'ailleurs l'exemple mentionné au point 11 du rapport explicatif d'Elisa Pérez-Vera de la Convention de 1980 comme constituant un non-retour illicite. Un tel non-retour peut en effet être assimilé à un déplacement illicite car le parent qui refuse de retourner l'enfant viole ainsi une condition, déjà connue au moment du déplacement, condition à laquelle la licéité du déplacement était soumise. Mais, à notre sens, il est très peu probable que les auteurs de la Convention entendaient faire relever la situation d'espèce du champ d'application de celle-ci. En effet, même si le rapport explicatif n'est pas tout à fait concluant sur ce point, toujours est-il que ce document met l'accent sur le fait que, pour constituer un enlèvement, ce qui importe est que l'enfant ait été soustrait à l'environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait. Or, en l'espèce, au moment du soi-disant non-retour « illicite » (au plus tôt le 5 juin 2013), cela ne pouvait pas être le cas parce que l'enfant vivait depuis plus de sept mois en Irlande, où sa vie se déroulait.

Malgré les conclusions tout à fait convaincantes de l'Avocat général qui vont dans le sens préconisé ci-dessus³⁰³, la Cour a néanmoins jugé, sur la base d'une interprétation excessivement littérale de l'article 2 § 9 et § 11 du règlement, et avec une motivation plus que lapidaire³⁰⁴, que l'expression « droit de garde » recouvrant entre autres le droit de décider le lieu de résidence de l'enfant, le non-retour de l'enfant vers l'État A à la suite d'une décision judiciaire fixant la résidence habituelle de l'enfant constituait d'office un non-retour illicite au sens du règlement. À la différence de l'Avocat général, qui avait effectué son analyse à la lumière du libellé de la Convention et du rapport explicatif afférent à celui-ci (voir *supra*), la Cour interprète une expression qui trouve sa genèse dans une convention internationale sans aucune référence à celle-ci et encore moins à l'intention présumée des États contractants telle que témoignée par le rapport explicatif ou d'autres travaux préparatoires. En quelque sorte, la Cour met la charrue devant les bœufs. En effet, lorsque le législateur de l'Union « emprunte » ou insère, dans une législation de l'Union, des expressions figurant dans une convention internationale à laquelle l'Union n'est pas partie contractante, mais sans pour autant « absorber » la convention en droit de l'Union européenne, on pourrait raisonnablement partir du principe que l'intention du législateur était que ces expressions, en tant que partie intégrante de la législation de l'Union, soient interprétées à la lumière du sens souhaité par les États contractants. La

303 Prise de position de l'Avocat général SZPUNAR précitée, points 86 à 100.

304 CJUE, 9 octobre 2014, *C. e/M.*, précité, point 63.

Cour aurait dû, dès lors, se laisser guider par le rapport explicatif, même si elle n'était pas complètement liée par celui-ci.

Cette méthode d'interprétation quelque peu simpliste, laquelle mène à notre sens à une interprétation *contra legem* de l'article 2 § 11 du règlement, est d'autant plus regrettable que, ce faisant, la Cour projette ses idées erronées quant à l'interprétation du règlement sur la manière dont seront inéluctablement amenés les États membres à interpréter la Convention. En effet, étant donné que la Cour constate (selon nous, à tort), que le juge national était en l'espèce saisi en vertu de l'article 11 du règlement (par opposition à la Convention), il s'ensuit de l'arrêt que, dès lors que le juge d'un État membre est saisi d'un prétendu enlèvement intra-Union (c'est-à-dire que l'enfant a été déplacé d'un autre État membre) le juge doit appliquer les critères dégagés dans la présente affaire pour déterminer si le déplacement ou le non-retour est illicite. Si l'enfant a été déplacé d'un État contractant hors Union vers un État membre, il est certes loisible au juge national de cet État membre de ne pas appliquer ces critères mais, à notre sens, il est à peine concevable que les juridictions nationales appliquent des critères différents selon le lieu de provenance de l'enfant. Donc, en substance, les critères dégagés par la Cour se répercuteront sur l'interprétation de la Convention même lorsqu'une situation ne présente aucun lien de rattachement avec l'Union.

Un autre point qui aurait peut-être mérité une discussion était la relation entre la demande d'*exequatur* de l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux introduite par le père avec la demande de retour introduite en vertu de la Convention. Alors que, pour être exécuté en Irlande, l'arrêt nécessitait l'*exequatur* en vertu du chapitre III, section 2, du règlement, afin de fonder la constatation d'un non-retour illicite aux fins de la demande de retour, ce même arrêt devait tout simplement être reconnu.

À cet égard, il convient de noter que l'article 14 de la Convention donne la faculté au juge de l'État où l'enfant se trouve de tenir compte entre autres « des décisions judiciaires [...] reconnues formellement ou non dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant, sans avoir recours aux procédures spécifiques [...] pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables ». Cette disposition est au diapason avec l'article 21 du règlement, lequel prévoit notamment qu'un jugement rendu dans un État membre est reconnu sans la nécessité de recourir à aucune procédure et que, si la reconnaissance d'un tel jugement est soulevée de façon incidente, la juridiction saisie peut statuer en la matière. Toujours est-il que le défendeur peut opposer exactement les mêmes motifs de refus de reconnaissance du jugement étranger qu'il aurait pu soulever dans le cadre d'une procédure d'*exequatur* de ce même jugement³⁰⁵.

Si la *Supreme Court* n'avait pas tué le problème dans l'œuf en statuant en ce sens que l'enfant n'était plus résident en France le 13 mars 2013³⁰⁶, cette même juridiction n'aurait pas, à notre sens, été fondée à constater automatiquement

305 Règlement (UE) n° 2201/2003, précité, article 23.

306 Arrêt de la *Supreme Court* du 6 février 2015.

que l'on était en présence d'un non-retour illicite, sans donner à la mère la possibilité de s'opposer à la reconnaissance de l'arrêt de la Cour d'appel.

Enfin, même si les juridictions irlandaises ont constaté l'inapplicabilité de la Convention, toujours est-il que la demande d'*exequatur* de l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux reste pendante. Il n'est donc pas exclu que, dans quelques mois, les juridictions irlandaises accueillent la demande d'*exequatur* et, à ce titre, ordonnent le retour de l'enfant en France. Si un tel résultat est possible, au moins sur le plan théorique, l'on ne peut pas s'empêcher de penser qu'il ne pourrait pas être en conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, c'est ce résultat que semble souhaiter la Cour lorsqu'elle constate, au point 67, que dans l'hypothèse où la juridiction irlandaise devait constater que la résidence habituelle de l'enfant en Irlande « ne saurait constituer un élément dont [la mère] puisse se prévaloir pour [...] s'opposer à l'exécution de la décision rendue dans l'État membre d'origine ». Or, ce faisant, la Cour se prononce sur l'interprétation du chapitre III du règlement, alors qu'elle n'en était pas saisie et que cette question n'avait nullement été débattue. Cette prise de position est donc incompréhensible et constitue un autre vice d'un arrêt déjà insatisfaisant.

5. Conclusions

Ainsi que nous nous sommes efforcés de le démontrer, le raisonnement de la Cour est loin d'être satisfaisant. Nous ne pouvons que nous rallier au point de vue exprimé par le professeur Pirrung³⁰⁷, à savoir que l'affaire, qui soulevait des questions importantes, n'aurait pas dû se voir accorder un traitement prioritaire. S'il est vrai que le mécanisme PPU s'avère extrêmement utile dans des cas de réelle urgence, il présente néanmoins des inconvénients considérables, notamment les délais très courts pour préparer les mémoires écrits et l'audience, le fait que la possibilité de déposer des mémoires écrits est limitée aux seules parties, à la Commission et à l'État membre de la juridiction de renvoi. À cela s'ajoute le fait que l'affaire est d'office attribuée à une chambre à cinq juges même lorsque, sur le fond, la difficulté et la complexité des questions juridiques soulevées auraient mérité l'attention d'une Grande chambre d'au moins treize juges. En l'espèce, la situation n'était pas urgente, l'enfant résidant en Irlande, au moment de l'envoi de l'ordonnance de renvoi, depuis plus de deux ans. Si la Cour avait laissé l'affaire suivre un cours plus normal, elle aurait peut-être rendu un meilleur arrêt.

Michael WILDERSPIN

B. Règlement (UE) n° 606/2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile

Introduction

La présente contribution a pour objet d'analyser les éléments essentiels du règlement (UE) n° 606/2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures

307 PIRRUNG J., « Steine statt Brot », *op. cit.*, p. 210.

de protection en matière civile³⁰⁸, applicable depuis le 11 janvier 2015. Cet instrument a été adopté sur la base de l'article 81 TFUE. Il n'est donc pas applicable au Danemark³⁰⁹, mais le Royaume-Uni et l'Irlande ont exercé leur *opt-in* afin de participer au règlement³¹⁰.

L'objectif du règlement est de permettre la libre circulation de mesures de protection, adoptées dans un État membre, dans les autres États membres de l'Union européenne. Pour ce faire, le règlement prévoit la reconnaissance et la jouissance automatique de force exécutoire, sans la nécessité d'*exequatur*, dans les autres États membres des mesures relevant du champ d'application du règlement.

Le règlement ne s'applique pas aux mesures de protection en matière pénale, celles-ci étant régies par la directive 2011/99/UE relative à la décision de protection européenne ; mais il est considéré comme étant complémentaire à la directive 2012/29/UE en matière des droits des victimes de la criminalité. Il ne s'applique pas non plus aux mesures de protection relevant du champ d'application du règlement Bruxelles II *bis*. Selon l'exposé des motifs, le règlement a pour objectif de protéger surtout les victimes de la violence, en particulier la violence domestique, du harcèlement ou de la violence envers les enfants, en maintenant la protection dont ces victimes bénéficient dans un État membre lorsque celles-ci voyagent ou s'installent dans un autre État membre.

Disons d'emblée que, aussi louable cet objectif soit-il, nous avons des doutes sérieux quant à la valeur ajoutée de ce règlement. En effet, pour des situations dans lesquelles la victime voyage dans un autre État membre pour une courte durée, la procédure instaurée est beaucoup trop lourde pour être efficace et, lorsque la victime s'installe dans un autre État, il est beaucoup plus logique qu'elle demande de nouvelles mesures auprès des autorités de cet État membre, plus adaptées à sa nouvelle situation.

Le règlement constitue en effet un exemple d'approche plutôt idéologique selon laquelle la reconnaissance mutuelle des décisions étrangères est promue coûte que coûte, même dans des situations où il serait plus simple, plus efficace et probablement moins coûteux de demander de nouvelles mesures sur place.

Champ d'application du règlement

Le règlement s'applique, dans les affaires présentant un caractère transfrontière, aux mesures de protection en matière civile³¹¹.

La notion-clé de « mesure de protection » est définie à l'article 3 § 1 comme une décision prise afin de protéger une personne dont l'intégrité physique ou psychologique est susceptible d'être menacée et imposant à l'auteur de la violation l'interdiction de pénétrer dans un lieu, l'interdiction ou la réglementation des contacts ou l'interdiction d'approcher la personne protégée. Cette défini-

308 Règlement (UE) n° 606/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile, *JOUE* n° L 181, 29 juin 2013, p. 4.

309 Conformément au protocole n° 22 sur la position du Danemark.

310 Protocole n° 22 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande, considérant 40.

311 Règlement (UE) n° 606/2013 précité, article 2 § 1.

tion est complétée par le considérant 6 qui, lui, se réfère aux mesures prises pour protéger une personne lorsqu'il existe des motifs de croire que la vie, l'intégrité physique ou psychologique, la liberté personnelle, la sécurité ou l'intégrité sexuelle sont menacées. Ce même considérant cite comme exemples des mesures prises pour empêcher la violence fondée sur le genre ou commise par des proches.

Cette définition est donc particulièrement susceptible de s'appliquer aux mesures prises afin de protéger des enfants ou le partenaire victime de la violence ou du harcèlement domestique. Néanmoins, le règlement ne s'applique pas aux mesures relevant du champ d'application du règlement Bruxelles II *bis*³¹². Dès lors, une décision rendue dans l'État membre A accordant le droit de garde exclusif d'un enfant à son père et assortie de l'interdiction, pour la mère, d'avoir du contact personnel avec l'enfant relèverait plutôt du règlement Bruxelles II *bis* en tant que décision concernant le droit de garde et le droit de visite au sens de l'article 1 § 1 sous b) de ce règlement ; et ce, quel que soit le motif de l'interdiction, celle-ci faisant partie intégrante de la décision sur la garde. Ainsi, si par exemple l'enfant partait en vacances chez ses grands-parents dans l'État membre B, la méconnaissance par la mère de l'interdiction de contact imposée par les juridictions de l'État A ne pourrait pas être sanctionnée, sauf à exequaturer la décision d'interdiction ou, éventuellement, de demander des mesures provisoires au titre de l'article 20 du règlement. En revanche, une décision prise, par les juridictions de l'État membre A, interdisant à la mère d'avoir un contact avec le père afin de protéger ce dernier, ne relèverait pas à notre sens du règlement Bruxelles II *bis* mais tomberait sans aucun doute sous le coup du règlement (UE) n° 606/2013 et jouirait automatiquement de la force exécutoire dans les autres États membres³¹³. Le même principe s'appliquerait à une décision interdisant au nouveau partenaire de la mère d'entrer en contact avec l'enfant, une telle décision n'ayant rien à voir avec le droit de garde en tant que tel.

Le règlement ne s'applique que dans des cas transfrontières, à savoir lorsqu'une personne demande qu'une mesure ordonnée dans un État membre soit reconnue dans un autre³¹⁴. Par conséquent, au moment où la mesure est ordonnée dans l'État d'origine, ni la juridiction, ni les intéressés ne savent nécessairement que le règlement pourra être applicable. En effet, le premier moment où il peut s'appliquer est lorsque la personne protégée demande l'émission du

312 *Ibid.*, article 2 § 3.

313 À noter que pour ce qui concerne une mesure relevant à la fois du règlement (UE) n° 1215/2012 (Bruxelles I révisé) et du présent règlement (par exemple l'interdiction, ordonnée par une juridiction saisie d'une action civile de dommages-intérêts à laquelle une agression physique est à l'origine, adressée à la défenderesse de s'approcher de la demanderesse), le règlement (UE) n° 606/2013 l'emportera. Cette conclusion n'est nullement précisée dans le corps du règlement mais elle résulte tant de l'économie de celui-ci que de l'exposé des motifs accompagnant la proposition de la Commission (COM(2011) 276 final). En effet, le commentaire sur l'article 1^{er} s'efforce de clarifier l'articulation entre le règlement (UE) n° 606/2013 et les règlements Bruxelles I et Bruxelles II *bis* respectivement. Si ce commentaire est utile à cet égard, en revanche il ne donne pas une justification convaincante de cette différenciation de traitement, laquelle pourra mener à des résultats paradoxaux.

314 Règlement (UE) n° 606/2013 précité, article 2 § 2.

certificat prévu par l'article 5 en vue de faire reconnaître la mesure dans un autre État membre.

Il faut noter à ce titre également que, alors que la proposition de la Commission contenait une règle de compétence³¹⁵, cet aspect de la proposition n'a pas été repris dans le texte final qui, lui, ne contient aucune règle de ce type. On peut supposer à cet égard qu'en pratique une mesure de protection n'est prise que s'il y a un lien de proximité entre la juridiction ordonnant la décision et la personne protégée (résidence habituelle ou présence sur le territoire national), ce qui rend superflue la promulgation de règles harmonisées.

Reconnaissance et exécution dans l'État requis

Obtention du certificat visé à l'article 5. Le principe édicté par l'article 4 est simple, à savoir qu'une mesure de protection ordonnée dans un État membre est reconnue et jouit de la force exécutoire dans les autres États membres sans la nécessité de recourir à aucune procédure. Mais, un peu comme son homologue dans le règlement Bruxelles I révisé, cette disposition promet beaucoup alors que, le diable étant dans le détail, on est encore très loin de la situation où le bénéficiaire de la mesure peut, sur le seul fondement de celle-ci, en demander l'exécution immédiate dans tous les États membres.

En effet, la personne protégée souhaitant invoquer, dans un autre État membre, une mesure de protection doit, d'abord, obtenir certains documents auprès des autorités compétentes dans l'État d'origine et ensuite les fournir à l'autorité compétente de l'État requis³¹⁶.

Les documents concernés sont, i) une copie de la mesure, ii) un certificat et iii) si nécessaire une translittération ou une traduction du certificat³¹⁷. Le certificat, lequel joue un rôle primordial dans ce système de reconnaissance dont il s'agit, est prévu par l'article 5 et il est délivré en utilisant un formulaire-type établi par le règlement d'exécution (UE) n° 939/2014³¹⁸. Ce formulaire-type, disponible dans toutes les langues de l'Union, permet à l'autorité compétente de donner tous les renseignements utiles tels que l'identité de la personne protégée, celle de la personne visée par la mesure, le contenu essentiel de la mesure et, le cas échéant, l'endroit visé par une interdiction de s'approcher de la personne protégée. Pour ce qui concerne une éventuelle traduction, si la personne protégée en demande une, l'autorité d'émission de l'État d'origine la fournit en utilisant le formulaire-type. Or, en vertu de l'article 16, toute traduction doit être faite dans la langue officielle de l'État requis, à moins que cet État ait indiqué pouvoir accepter une autre langue. Un autre point à noter est que l'effet de la reconnaissance est limité à un an à partir de la délivrance du certificat et ce même

315 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 18 mai 2011 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile, COM(2011) 276 final, article 3, lequel accordait la compétence à l'État membre dans lequel l'intégrité physique et/ou psychologique ou bien la liberté de la personne est menacée.

316 Règlement (UE) n° 606/2013 précité, article 4.

317 *Ibid.*, article 4 § 2.

318 Règlement d'exécution (UE) n° 939/2014 de la Commission établissant les formulaires visés aux articles 5 et 14 du règlement (UE) n° 606/2013, *JOUE* n° L 263, 3 septembre 2014, p. 10.

si la mesure elle-même a une durée plus longue³¹⁹. Le règlement ne précise pas si, à l'expiration de cette période, l'intéressé peut obtenir un nouveau certificat afin de prolonger les effets de la mesure dans un ou plusieurs États membres. Néanmoins, le libellé de l'article 4 § 4 amène à penser que ce n'est pas le cas. En effet, cette disposition prévoit que c'est l'effet de la reconnaissance dans les autres États membres de la mesure – par opposition à la validité du certificat – qui est limité. Si cette interprétation est la bonne, le résultat n'est pas déraisonnable, car on pourrait s'attendre à ce que la personne protégée demande, au bout de cette période, une nouvelle mesure, dans l'autre État membre, plus adaptée aux nouvelles circonstances. Mais il aurait été souhaitable que ceci soit plus clair dans le texte.

Pour nous, les modalités de ce régime linguistique sont incohérentes et lacunaires. En effet, on peut déduire du libellé de l'article 16 qu'il est loisible à l'autorité de l'État requis de demander une traduction du certificat dans sa langue, quoique cette possibilité ne soit pas stipulée très précisément. Apparemment, c'est à la personne protégée de se renseigner sur le régime linguistique dans l'État requis, car c'est à lui de demander, auprès des autorités de l'État d'origine, la traduction du certificat (article 5 § 3). Pour illustrer le fonctionnement de ce régime et ses lacunes, prenons l'exemple suivant. Une femme belge, résidente en France, est bénéficiaire d'une mesure de protection prise dans cet État à l'encontre de son ex-mari, belge comme elle et résident en France. Ayant appris que le mari s'est réinstallé en Belgique, elle souhaite y faire reconnaître la mesure française. En vertu des articles 5 et 16 du règlement, il semble d'abord que c'est à elle de déterminer si les autorités belges acceptent le certificat en français (même si l'ex-mari habite en Flandre ou si son adresse est inconnue)³²⁰ et, le cas échéant, de demander la traduction auprès des autorités françaises. Ensuite, étant donné que le fait d'utiliser des formulaires multilingues devrait à une exception près permettre aux autorités de l'État requis de comprendre le contenu du certificat, on peut se demander quel est l'intérêt de le traduire. L'exception se réfère au point 10 du formulaire : la « description de la mesure de protection couverte par le certificat » qui doit être remplie de manière très détaillée afin que l'autorité saisie soit en mesure de savoir ce qu'elle doit exécuter. Enfin, le règlement ne précise pas sur qui (personne intéressée ou autorité de l'État d'origine) pèsent les coûts de traduction. On peut supposer que, en l'absence de précision sur cet aspect, il est loisible aux États membres de les faire supporter à la personne intéressée.

Protection de la personne à l'origine du risque lors de la délivrance du certificat. L'article 6 subordonne l'émission du certificat à certaines conditions visant à garantir le respect des droits de la défense. De manière générale, le certificat ne peut être délivré que si la mesure d'origine a été portée à la connaissance de la personne à l'origine du risque ; des dispositions spécifiques étant prévues

319 Règlement (UE) n° 606/2013 précité, article 4 § 4.

320 À l'heure actuelle, le 18 juin 2015, les autorités belges n'ont pas encore les informations, qu'elles auraient dû fournir en application de l'article 18 du règlement, au plus tard le 11 juillet 2014, qui permettraient à l'intéressée de se renseigner sur ces informations.

dans l'hypothèse de la mesure ayant été ordonnée par défaut de comparution ou à l'issue d'une procédure non-contradictoire. Par ailleurs, le certificat même doit être porté à la connaissance de cette personne par les soins de l'autorité de l'État d'origine. Les conséquences de l'impossibilité de joindre cette personne ne sont pas précisées mais, compte tenu du fait que les situations dans lesquelles son adresse n'est pas connue ou dans lesquelles il refuse d'accuser réception de la notification sont régies par le droit de l'État membre d'origine, on peut supposer que si ce droit précise que la personne visée est censée avoir reçu la notification dans une situation donnée, cette constatation lie les autorités de l'État requis. Mais ce n'est pas certain.

Procédure dans l'État requis et protection de la personne à l'origine du risque à ce stade. L'aspect le plus étonnant de ce règlement est l'absence de détail quant à la procédure à suivre dans l'État requis.

En effet, le règlement ne précise pas auprès de quelle entité dans l'État requis les documents doivent être déposés en vue d'y être exécutés. Elle ne précise pas non plus auprès de quelle entité la personne à l'origine du risque doit déposer une demande, en application de l'article 13, en vue de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure. À cela s'ajoute qu'aucun délai pour le dépôt d'une telle demande n'est stipulé. Ce dont on doit déduire que cette question est réglée par le droit national. L'article 18 permet dans une certaine mesure de combler ces lacunes en ce sens qu'il instaure, pour les États membres, l'obligation de communiquer à la Commission, au plus tard le 11 juillet 2014, certaines informations (dont les autorités compétentes et les langues acceptées). Néanmoins, ces informations, qui auraient dû figurer dans une annexe au règlement, ne sont même pas publiées au Journal officiel. Devant être mises à la disposition du public « par tout moyen approprié », elles sont en fait disponibles sur le site *e-justice* de la Commission. Le 18 juin 2015, six États membres, dont la Belgique, n'avaient pas communiqué ces informations. Il est donc impossible pour le règlement de fonctionner dans ces États membres. Par ailleurs, les informations fournies par certains États membres sont plus que lapidaires. À titre d'exemple, la République fédérale d'Allemagne a simplement répondu que les autorités compétentes sont *district courts* et la langue acceptée est *German*³²¹.

Conclusion

On a sans doute rarement vu un instrument « communautaire » aussi bâclé. À l'heure actuelle, aucune expérience pratique n'a été signalée mais nous doutons fort que, même à plus long terme, ce règlement apporte quelque valeur ajoutée que ce soit.

Michael WILDERSPIN

³²¹ En revanche, les informations fournies par certains autres États membres sont beaucoup plus compétes et utiles ; voir à titre d'exemple les informations fournies par la République française.