

Droit international privé

Patrick Courbe, Professeur à l'Université de Rouen
Hélène Chanteloup, Maître de conférences à l'Université de Rouen

L'essentiel

Depuis quelques années, les conflits de juridictions occupent le devant de la scène jurisprudentielle en droit international privé. En 2004, ce sont les questions de reconnaissance internationale, avec le rejet des répudiations musulmanes, qui retiennent particulièrement l'attention. L'entrée en vigueur, le 1er mars 2005, du règlement communautaire n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 sur le contentieux familial, dit « *règlement Bruxelles II bis* », devrait accentuer encore la tendance.

I - Les conflits de lois

A - Théorie générale

La jurisprudence de droit international privé, commentée au Recueil Dalloz depuis 1977 par Bernard Audit - dans des sommaires qui constituent des modèles - révèle la persistance de difficultés propres à l'établissement du contenu de la loi étrangère (1). Elle montre aussi l'adhésion des magistrats à la théorie des lois de police (2).

1 - Preuve de la loi étrangère

La Cour de cassation revient régulièrement sur la charge de la preuve de la loi étrangère. C'est vrai qu'il subsiste des zones d'ombre dans les solutions qu'elle a récemment établies. L'occasion est donnée à la première Chambre civile de rappeler certains principes, le 16 novembre 2004, à propos de l'établissement de la filiation nécessaire à l'acquisition de la nationalité française. Une femme née en 1972 au Bénin saisit le Tribunal de grande instance de Nanterre d'une action déclaratoire de nationalité. Elle se dit française en raison de l'effet collectif de la réintégration par déclaration souscrite en 1982 par son père. Mais celui-ci ne l'ayant reconnue qu'en 1992, le tribunal a ordonné avant dire droit une consultation pour connaître le contenu de la loi béninoise, applicable en vertu de la règle de conflit française (art. 311-14 c. civ.). Au vu de la consultation, il décide que selon le droit béninois la filiation a été établie dès la naissance, de sorte que la demanderesse est française. Pour infirmer le jugement, la cour d'appel retient que le contenu de la consultation n'est pas catégorique : donc, faute de preuve de la teneur de la loi étrangère, elle décide de recourir à la loi française. Il en résulte que la filiation paternelle n'a été valablement établie que par la reconnaissance de 1992, donc après la réintégration du père dans la nationalité française. Elle en déduit que l'effet collectif attaché à la déclaration de réintégration du père ne peut lui profiter.

Cet arrêt est cassé pour violation de l'article 3 du code civil, parce qu'il appartenait à la cour d'appel « *de rechercher, y compris avec la coopération des parties, la solution donnée à la question litigieuse par le droit béninois et qu'elle n'établissait pas l'impossibilité d'obtenir les éléments dont elle avait besoin* ». On saisit tout l'intérêt du litige en rappelant que l'acquisition de la nationalité française par une personne a effet, sur ses enfants mineurs, à condition que la filiation soit établie avant cette acquisition (V., P. Lagarde, *La nationalité française*, 3e éd., Dalloz, 1997, n° 127). Or, la lecture du moyen de cassation annexé à l'arrêt commenté révèle qu'une discussion avait eu lieu devant la cour d'appel au sujet de la preuve

de la paternité naturelle en droit béninois. La demanderesse soutenait, attestation d'un notaire béninois et certificat de coutume à l'appui, qu'au regard de la coutume du Dahomey la filiation paternelle était établie dès sa naissance parce que son acte de naissance portait le nom de son père, et que celui-ci l'avait traitée comme son enfant. Dans ces conditions, il est clair que la cour d'appel ne pouvait se contenter de relever certaines hésitations dans le contenu de la consultation examinée, pour en déduire le défaut de preuve de la loi étrangère, alors même que d'autres éléments produits aux débats paraissaient plus catégoriques. Elle devait rechercher le contenu de la loi étrangère, avec l'aide des parties, sauf démonstration de l'impossibilité d'y parvenir.

Office du juge. Il est désormais constant en jurisprudence que la preuve de la teneur de la loi étrangère incombe au juge lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits (Cass. 1re civ., 22 oct. 2002, Rev. crit. DIP 2003, p. 86, 3e esp., note H. Muir Watt ; 24 nov. 1998, D. 1999, Jur. p. 337, note M. Menjucq ; M.-N. Jobard-Bachellier, La répartition des tâches entre juge et parties dans l'établissement du contenu de la loi étrangère. Bilan de la jurisprudence de la Cour de cassation, Gaz. Pal., 25-26 juin 2003, p. 1625). L'arrêt le plus récent déclarait que « *l'application de la loi étrangère ainsi désignée impose au juge français d'en rechercher la teneur* ». Le plus ancien affirmait « *qu'il incombe au juge qui applique une loi étrangère de rechercher la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif en vigueur dans l'Etat concerné* ». C'est une formule très proche que l'on trouve dans l'arrêt commenté, qui déclare : il appartenait à la cour d'appel de rechercher « *la solution donnée à la question litigieuse par le droit béninois* ».

La corrélation est désormais bien établie en droit positif entre l'obligation pour le juge de mettre en oeuvre d'office la règle de conflit de lois quand les droits litigieux sont indisponibles, et le devoir qui lui incombe alors d'établir la teneur du droit étranger ainsi désigné (V., Cass. 1re civ., 26 mai 1999, D. 1999, IR p. 162 ; Rev. crit. DIP 1999, p. 707, 2e esp., note H. Muir Watt ; *Les Grands arrêts*, 4e éd., Dalloz, 2001, n° 78, p. 684). Les solutions sont moins claires, en revanche, dans le contentieux disponible, et des divergences ont été constatées entre certains arrêts récemment rendus, à la Cour de cassation, par la première Chambre civile, d'un côté, et par la Chambre commerciale, de l'autre (V., M.-N. Jobard-Bachellier, art. préc. ; B. Ancel, note Rev. crit. DIP 2004, p. 95). Suffit-il à une partie d'invoquer une loi étrangère, même sans en faire la preuve, pour que le juge ait l'obligation d'en rechercher la teneur (V., Cass. 1re civ., 18 sept. 2002, Rev. crit. DIP 2003, p. 86, 2e esp., note H. Muir Watt ; JDI 2003, p. 101, note H. Péroz) ? Ou bien la partie qui a intérêt à l'application de la loi étrangère doit-elle justifier que celle-ci aboutirait à une solution différente de celle que commande la loi française (V., Cass. com., 13 nov. 2003, Rev. crit. DIP 2004, p. 95, 2e esp., note B. Ancel) ? En bref, seule la première Chambre civile tend à unifier l'office du juge, que les droits soient ou non disponibles.

Coopération des parties. Dans tous les cas, le rôle des parties reste déterminant. Le juge doit toujours pouvoir compter sur « *la coopération des parties* », comme le rappelle l'arrêt commenté. Naturellement, elles peuvent spontanément produire aux débats toutes pièces qui permettent de connaître la solution donnée au litige par la loi étrangère. Mais, surtout, le juge a la faculté de requérir des parties la production de tout certificat de coutume ou consultation utile, dans le respect du principe de la contradiction (Cass. 1re civ., 4 avr. 1978, Rev. crit. DIP 1979, p. 88, note P. Hébraud). Et si les parties ne parviennent pas à faire la preuve du droit étranger, le juge ne pourra se contenter d'en dresser le constat pour revenir à la loi française : la vocation subsidiaire de la *lex fori* requiert, en effet, la démonstration qu'il a été impossible au juge d'établir la teneur de la loi étrangère.

Loi du for. Car à l'impossible le juge n'est pas tenu. La Cour de cassation l'avait dit dans l'un des arrêts rendus en 2003 (Cass. 1re civ., 13 nov. 2003, Rev. crit. DIP 2004, p. 95, 1re esp., note B. Ancel ; JDI 2004, p. 520, 2e esp., note F. Mélin). Elle le rappelle dans l'arrêt commenté, en des termes identiques : la cour d'appel ne pouvait faire application de la loi française que si elle avait établi « *l'impossibilité d'obtenir les éléments dont elle avait besoin* ». C'est une solution rigoureuse. Elle impose au juge un double devoir.

D'abord, être diligent dans la recherche du contenu de la loi étrangère, en mettant en oeuvre,

d'office, tous les moyens d'investigation dont il dispose : ordonner une expertise ou une consultation, procéder à une recherche personnelle, faire une demande officielle de renseignements à un Etat membre du Conseil de l'Europe signataire de la Convention de Londres, du 7 juin 1968, « dans le domaine de l'information sur le droit étranger » (V., H. Muir Watt, *Rép. dr. intern. Dalloz*, v° *Loi étrangère*, n° 132), interroger le service des Affaires européennes et internationales du ministère de la Justice (V., F. Mélin, note préc., p. 534).

Ensuite, le juge doit motiver sa décision, c'est-à-dire justifier des raisons pour lesquelles tous ses efforts sont restés vains, bien qu'il n'ait rien négligé dans la recherche du droit étranger. En l'espèce, il paraît surprenant, à la lecture du moyen de cassation, que des éléments de preuve du contenu de la loi béninoise (attestation délivrée par un notaire établi au Bénin et certificat de coutume établi par le Consulat du Bénin à Paris) aient pu être soumis à la cour d'appel sans que celle-ci en fasse état. La cassation s'imposait certainement.

2 - Application des lois de police

La Cour de cassation n'hésite plus à faire application immédiate de certaines lois internes, soit explicitement en utilisant l'expression « *loi de police* », soit implicitement.

a - Les lois de police déclarées

Propriété des navires. « *Constitue une loi de police du for au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 applicable, l'article 10 de la loi française du 3 janvier 1967, qui prescrit, pour la forme des actes relatifs à la propriété des navires francisés, la rédaction d'un écrit comportant les mentions propres à l'identification des parties et du navire* » : ainsi s'exprime la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 janvier 2004 (Bull. civ. IV, n° 9 ; RTD civ. 2004, p. 353, obs. R. Perrot  ; RTD com. 2004, p. 845, obs. P. Delebecque  ; RJ com. 2004, p. 302, note S. Poillot-Peruzzetto ; DMF 2004, p. 723, note G. Mecarelli).

Il s'agissait, en l'espèce, de la vente d'un chalutier par une société danoise à une société coréenne, soumise à la loi danoise par application de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Assigné par le vendeur parce qu'il n'avait pas payé le prix convenu, l'acquéreur a invoqué la nullité de la vente en la forme pour non-respect de l'article 10 de la loi française du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer. Le pourvoi contre l'arrêt qui avait rejeté les demandes du vendeur ne sera pas accueilli sur cette question, mais sur la seule demande reconventionnelle formée par l'acquéreur en paiement de dommages-intérêts.

Ce qui paraît le plus intéressant dans cet arrêt est la justification donnée par la Cour de cassation à la qualification de loi de police. Si cet article 10 entre dans la catégorie des lois de police, c'est parce que l'exigence d'un écrit comportant certaines mentions « *a pour fonction le respect d'une réglementation devant assurer, pour des motifs impérieux d'intérêt général, un contrôle de sécurité de navires armés au commerce ou à la plaisance leur conférant le droit de porter le pavillon français avec les avantages qui s'y rattachent et devant donner aux cocontractants toutes les informations sur l'individualisation et les caractéristiques du navire* ». Ce sont des considérations classiques d'intérêt général qui fondent le caractère de loi de police. Mais l'originalité de l'arrêt commenté est d'offrir une motivation explicite de la qualification opérée. La référence aux « *motifs impérieux d'intérêt général* » peut être vue, ainsi qu'il a été justement souligné (S. Poillot-Peruzzetto, note préc.), comme la mise en oeuvre d'un contrôle de conformité de la loi de police au droit communautaire, suivant ce qu'exige la Cour de justice des Communautés européennes depuis l'arrêt *Arblade* (CJCE, 23 nov. 1999, Rev. science crim. 2000, p. 268, obs. L. Idot  ; Rev. crit. DIP 2000, p. 710, note M. Fallon, qui vise « *les raisons impérieuses d'intérêt général* » pour fonder les lois de police).

C'est le signe, aussi, du contrôle que la Cour de cassation entend exercer sur la qualification de loi de police, comme elle l'a montré antérieurement. Ainsi a-t-elle jugé, à propos du statut des agents commerciaux, « *que la loi du 25 juin 1991, codifiée dans les articles L. 134-1 et suivants du code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, applicable à tous les*

contrats en cours à la date du 1er janvier 1964, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international » (Cass. com., 28 nov. 2000, D. 2001, AJ p. 305, obs. E. Chevrier  ; RTD com. 2001, p. 502, obs. B. Bouloc , et p. 1067, obs. J.-M. Jacquet ).

La Cour de cassation détermine, enfin, le rattachement de la loi de police qui permet d'en délimiter le champ d'application dans les relations privées internationales. Car la situation en cause doit présenter un lien avec l'ordre juridique du for pour qu'une loi française interne soit applicable immédiatement. L'arrêt commenté précise, à cet effet, que l'article 10 de la loi française du 3 janvier 1967 doit recevoir en l'espèce application parce que « *le navire litigieux était un navire francisé et qu'il serait resté français au moins dans un premier temps* ». Le rattachement des lois de police, on le voit, n'est pas seulement territorial.

Indemnisation des victimes. Ce que confirme un autre arrêt à propos du régime d'indemnisation des victimes d'infraction (Cass. 2e civ., 3 juin 2004, Bull. civ. II, n° 265 ; Rev. crit. DIP 2004, p. 750, note D. Bureau). A la suite d'un accident de la circulation survenu en Italie, la cour d'appel avait statué sur l'indemnisation de la victime sans faire application de la loi italienne. La Cour de cassation affirme que « *la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions par les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) [...] a, ainsi, le caractère d'une loi d'application nécessaire excluant toute référence à un droit étranger* ».

On sait que les victimes de dommages résultant d'une infraction pénale sont, sous certaines conditions, indemnisées lorsqu'elles n'ont pu obtenir la réparation de leur préjudice par les voies ordinaires (A. Decocq, Rev. science crim. 1977, p. 618 ; J. Pradel, Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions, D. 1983, Chron. p. 241 ; G. Roujou de Boubée, ALD 1984, p. 49 ; G. Viney, JCP 1994, I, 3809). Là encore, une justification est donnée. Cette loi française est d'application nécessaire parce qu'elle est « *destinée à assurer une indemnisation fondée sur la solidarité nationale, au moyen d'un système de garantie du risque social de la délinquance, confié à une juridiction civile spécialisée* ». On retrouve les caractéristiques traditionnelles de la loi de police, même si la Cour de cassation n'utilise pas cette expression, mais une formule équivalente (comp., B. Audit, *Droit international privé*, 3e éd., 2000, n° 113 et s. ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 8e éd., 2004, n° 131 ; D. Bureau, note préc., p. 752). Cette loi poursuit une finalité qui intéresse l'ensemble de la collectivité nationale : la garantie du risque social de la délinquance. Elle se traduit par le versement d'une indemnité qui s'explique par les liens de solidarité qui unissent les nationaux. La mise en oeuvre de cette indemnisation, enfin, est confiée à une juridiction spécialisée.

C'est vrai que les victimes d'accidents de la circulation doivent être indemnisées sur le fondement de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985. Mais, précisément, celle-ci n'est pas considérée par la Cour de cassation comme une loi de police, de sorte que cette loi n'est pas applicable aux accidents survenus à l'étranger (jurisprudence constante depuis Cass. 1re civ., 6 juin 1990, D. 1990, Somm. p. 265, obs. B. Audit ). Or, les deux régimes d'indemnisation ne pouvant être cumulés, c'est parce que la loi du 5 juillet 1985 n'est pas applicable aux accidents de la circulation survenus à l'étranger que l'indemnisation de la victime entre alors dans le champ d'application de l'article 706-3 du code de procédure pénale (V., Cass. 2e civ., 8 déc. 1999, D. 2000, Somm. p. 472, obs. P. Delebecque ).

Mais quelles sont les victimes d'infractions commises à l'occasion d'un accident de la circulation survenu à l'étranger qui pourront bénéficier de cette indemnisation ? La réponse est donnée explicitement par la loi : il y a indemnisation si « *la personne lésée est de nationalité française* » (art. 706-3, 3°, c. pr. pén.). La victime qui possède la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne ou qui séjourne régulièrement en France, n'est, aux termes du même texte, indemnisée que si les faits ont été commis sur le territoire français, de sorte qu'elle ne peut bénéficier de ce régime d'indemnisation lorsque l'accident est survenu à l'étranger. C'est du reste parce que seules les victimes de nationalité française sont protégées que la Cour de cassation déclare que cette indemnisation est « *fondée sur la solidarité nationale* ».

Prescription des délits de presse. Un arrêt de la première Chambre civile (19 oct. 2004)

met en exergue une autre loi de police française, en matière de responsabilité délictuelle. Deux époux portugais domiciliés en France demande la condamnation d'un compatriote à leur payer des dommages-intérêts pour les avoir accusés, au Portugal, d'être des voleurs. Par jugement avant dire droit, le tribunal déclare la loi portugaise applicable au motif que la responsabilité civile extracontractuelle est régie en principe par la loi du lieu où le fait dommageable s'est produit, et il renvoie les parties à produire la loi de cet Etat. Cette décision, rappelle la Cour de cassation, ne pouvait être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond. Mais, dans un second jugement, le tribunal avait fait application de la prescription de la loi portugaise. Il est infirmé par la cour d'appel, et la Cour de cassation l'approuve. S'agissant, en effet, de propos diffamatoires, il convenait de soumettre la demande à la prescription de trois mois de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, « *loi de police et d'application immédiate excluant la loi portugaise désignée par la règle de conflit* ». On comprend la nécessité d'une courte prescription puisqu'en la matière, elle « *a pour objet de garantir la liberté d'expression* » (Cass. 2e civ., 14 déc. 2000, Bull. civ. II, n° 173 ; D. 2001, Jur. p. 1344, note B. Beignier ). C'est pourquoi, du reste, le droit français interne est particulièrement attaché à la solidarité des prescriptions pénale et civile des délits de presse (V., Cass. 2e civ., 6 janv. 1993, Bull. civ. II, n° 1 ; D. 1993, IR p. 32 ). Mais cela fait-il obstacle à ce que la prescription de l'action civile en réparation du dommage, subi par deux étrangers, et causé par une diffamation commise à l'étranger par un étranger, soit régie par la loi du pays où l'infraction est commise ?

Il est de principe, en effet, que la prescription civile est soumise à la loi qui régit la question au fond, et non à la loi du for (V., P. Courbe, La prescription en droit international privé, *in Les désordres de la prescription*, PU Rouen, 2000, p. 67). Aussi le respect des dispositions d'une loi étrangère qui édicte un délai supérieur à trois mois paraît-il s'imposer, sauf à vérifier qu'une prescription trop longue ne restreint pas excessivement la liberté d'expression.

b - Les lois de police tacites

Monogamie. C'est une application implicite de la méthode des lois de police qui est offerte par un arrêt de la première Chambre civile (3 févr. 2004, Bull. civ. I, n° 33 ; AJ Famille 2004, p. 144, obs. F. Bicheron  ; Rev. crit. DIP 2004, p. 395, note B. Ancel ; RTD civ. 2004, p. 267, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2004, n° 47, obs. V. L.-T.). Deux époux étrangers se sont mariés dans leur pays d'origine, « *par procuration* », en la forme coutumière. Sans doute peu convaincus de la validité de ce mariage en France, où ils résident, ils y contractent un second mariage devant l'officier de l'état civil. Le mari demande ultérieurement la nullité du second mariage, que la cour d'appel refuse au motif que le premier comme le second mariage ont été contractés entre les mêmes époux. Sur pourvoi du mari, l'arrêt est cassé pour violation de la loi, au visa de l'article 147 du code civil qui dispose : « *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ».

Comment expliquer la solution ? D'un côté, on peut être surpris que dans une situation indiscutablement internationale, la Cour de cassation ne vise pas l'article 3 du code civil, censé regrouper l'ensemble des solutions des conflits de lois (V., B. Ancel, Destinées de l'article 3 du code civil, *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1). La nationalité des époux n'est, du reste, même pas relevée, l'arrêt commenté indiquant seulement qu'ils « *ont contracté un mariage coutumier monogamique [...] au Zaïre, leur pays d'origine* ». Or, adopter le chemin de la règle de conflit bilatérale conduisait à rechercher si la loi étrangère ne permettait pas de célébrer en la forme civile un mariage coutumier : au regard du droit étranger, la cérémonie française était peut-être valable. Mais statuer ainsi, c'était admettre qu'on puisse valablement célébrer en France un second mariage avant la dissolution du premier. Ce qui a paru inacceptable au regard du principe de monogamie. D'où l'interprétation de l'article 147 du code civil donnée par la Cour de cassation, et qui suit le précepte : « *Ubi lex non distinguit...* » : le code civil ne distingue pas si le second mariage est célébré entre les mêmes époux, comme dans le présent arrêt, ou si le mari convole en secondes noces avec une autre femme, ce qui est le cas de figure habituel de la bigamie (V., Cass. 1re civ., 24 sept. 2002, Rev. crit. DIP 2003, p. 271, note B. Bourdelois : une française célibataire ne peut épouser un homme étranger déjà marié car l'art. 147 c. civ. édicte un empêchement au mariage « *bilatéral et absolu* »).

Il en résulte que le signal donné par la Cour de cassation est clair : tout faire pour s'opposer à la célébration en France d'un mariage bigamique. L'officier de l'état civil n'a donc pas à rechercher si, en raison de la nationalité des époux, la polygamie est, ou non, autorisée. A cette fin, la Cour de cassation érige l'article 147 en loi de police, applicable immédiatement dès lors que la célébration du mariage a lieu en France (V., B. Ancel, note préc., p. 395). Ou comment faire de l'article 147 du code civil un instrument de défense de la monogamie « *dans les relations internationales* ».

B - Partie spéciale

1 - Contrats internationaux

Contrat électronique. Il faut signaler que la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (JO, 22 juin 2004, p. 11168) a introduit en droit positif des règles de conflit particulières au contrat électronique international. Cette loi transpose la directive CE n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique (JOCE L 178, 17 juill. 2000, p. 1 ; D. 2000, Lég. p. 333), encore que celle-ci ait affirmé ne pas établir « *de règles additionnelles de droit international privé* » (V., L. Grynbaum, Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations... raisonné, D. 2004, Chron. p. 2213). L'article 14 de cette loi définit le commerce électronique comme « *l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ». L'article 17 soumet cette activité « *à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services* ».

Le texte pose ainsi le principe selon lequel s'applique au commerce électronique la loi du pays d'établissement du prestataire, sous réserve toutefois de la volonté des parties de faire prévaloir une autre loi. L'objectif est d'éviter au professionnel une dispersion des régimes juridiques applicables qui résulterait de la désignation de la loi du pays du consommateur. La solution est conforme aux préoccupations qui se sont fait jour lors de l'élaboration de la directive. Il a été souligné, en effet, que « *le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général [...]. En outre, afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information peuvent être soumis en principe au régime juridique de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi* » (cons. 22 de la directive). Au total, la règle de conflit est analogue à celle qu'édicte la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (art. 3 et 4).

Il est toutefois prévu trois dérogations au principe d'autonomie de la volonté, et, à défaut de choix, à l'application de la loi du pays d'origine (art. 17, al. 2). D'une part, la loi étrangère désignée ne peut priver un consommateur ayant sa résidence habituelle en France de la protection résultant des dispositions impératives de la loi française. C'est dire que les lois de police françaises priment, en vue de protéger le consommateur, suivant le dispositif établi par l'article 5 de la Convention de Rome. D'autre part, et suivant la même méthode des lois de police, la loi étrangère ne peut avoir pour effet de déroger aux règles de forme impératives prévues par la loi française pour les contrats créant ou transférant des droits sur un bien immobilier situé en France. Enfin, la règle de conflit de l'article 17, alinéa 1er, ne peut avoir pour conséquence de déroger aux règles déterminant la loi applicable aux contrats d'assurance pour les risques situés sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen et pour les engagements qui y sont pris (art. L. 180-1 à L. 183-2 c. assur.).

On a dit de ces dispositions de la loi du 21 juin 2004 qu'elles instituaient une nouvelle catégorie de rattachement : « *commerce électronique* », sans distinction entre les situations contractuelles, précontractuelles et délictuelles (V., S. Poillot-Peruzzetto, JCP 2005, I, 110). Cependant, la formulation de l'article 17 ne vise, quoique de manière implicite, que les contrats. En effet, la loi du pays d'origine s'applique seulement « *sous réserve de la commune intention* » du prestataire et du destinataire, référence au dualisme du statut contractuel en

droit international privé. Les travaux préparatoires révèlent, au demeurant, que seule la loi applicable aux contrats conclus par voie électronique a été envisagée (V., P. Hérisson et B. Sido, Rapport Sénat, n° 345 ; M. Tabarat, Avis AN, n° 608). Et il faut rappeler que la proposition de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit « Rome II », retient comme principe la loi du lieu où le dommage est survenu, avec mise en oeuvre de la théorie allemande de la « mosaïque » en cas de plurilocalisation du dommage (V., C. Nourissat et E. Treppoz, Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », JDI 2003, p. 5).

2 - Régimes matrimoniaux

a - Réfugiés

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 22 septembre 2004 (AJ Famille 2004, p. 461, obs. L. Attuel-Mendès ) , retient doublement l'attention. D'abord, parce que la cour statue, en tant que juridiction de renvoi, sur la question du régime matrimonial des réfugiés. Ensuite, parce que l'arrêt semble mettre en oeuvre, mais seulement de façon implicite, le mécanisme des lois de police, décidément bien en vogue.

On se souvient que la Haute juridiction avait, le 18 septembre 2002, cassé un arrêt qui avait jugé que les époux Nachim, roumains, mariés en Roumanie en 1941, contraints de quitter leur pays d'origine en 1950, et qui s'étaient rendus alors en Israël avant de venir s'installer définitivement en France en 1954, étaient mariés sous le régime roumain de la séparation de biens (Cass. 1^{re} civ., 18 sept. 2002, Bull. civ. I, n° 203 ; D. 2003, Jur. p. 1251, note G. Khairallah  ; AJ Famille 2002, p. 385, obs. S. D.-B.  ; Rev. crit. DIP 2003, p. 92, note G. Droz ; JCP 2003, I, 111, n° 8, obs. G. Wiederkehr ; JCP N 2003, p. 1533, étude M. Jossline-Gall ; Defrénois 2003, p. 24, note M. Revillard ; LPA, 7 juin 2004, note P. Courbe). La cour d'appel avait écarté le nouveau régime légal de communauté entré en vigueur en Roumanie le 1^{er} février 1954, et applicable rétroactivement aux époux mariés antérieurement, parce qu'en l'espèce les époux étant réfugiés, les dispositions de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 conduisaient à la pétrification de leur régime matrimonial. La Cour de cassation avait censuré cette décision, au motif que la convention cesse d'être applicable à la personne qui a acquis une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays dont elle est devenue ressortissante : or, les époux Nachim avaient acquis la nationalité française en 1963. L'enjeu du litige était important, puisque le mari avait souscrit seul, à compter du mois de juillet 1986, divers engagements de caution auprès d'une banque, pour un montant de plusieurs millions de francs. Pour s'opposer aux mesures conservatoires obtenues par le créancier, il soutenait qu'en application du régime de communauté, son épouse aurait dû donner son consentement et, qu'à défaut, les biens communs ne pouvaient être saisis.

Seulement, dans son arrêt de cassation, la première Chambre civile n'avait pas dit à quel régime matrimonial les époux Nachim se trouvaient soumis. On pouvait penser qu'il s'agissait du nouveau régime légal roumain, puisqu'il était dit dans l'arrêt que la juridiction du second degré avait fait application du régime roumain de séparation de biens « sans avoir égard au changement intervenu en 1954 par la substitution d'un régime légal de communauté ». C'est en ce sens que penchait la majorité des commentateurs. Mais une interprétation plus audacieuse permettait aussi d'incliner vers le régime légal français, dans la mesure où, si les réfugiés avaient rompu toute attache avec leur pays d'origine, il était tout de même paradoxal de leur appliquer les lois nouvelles édictées par le régime politique auquel ils avaient voulu échapper et avec lequel ils avaient définitivement perdu tout lien (V. notre note, LPA, préc.).

La Cour de renvoi combine, dans l'arrêt commenté, les deux interprétations. Elle commence par déclarer que la pétrification du régime matrimonial, qui constitue un droit acquis par le réfugié découlant de son statut personnel, ne s'applique pas à la personne qui a acquis une nouvelle nationalité, de sorte que le régime matrimonial des époux Nachim « est celui de la communauté légale de droit roumain ». Mais l'arrêt ajoute aussitôt que l'épouse « n'ayant pas consenti aux engagements de caution souscrits par son mari et en application de l'article 1415

du code civil, les ordonnances ayant autorisé les mesures conservatoires sur les biens communs des époux doivent être rétractées et ces mesures levées ». C'est, sans le dire, faire de l'article 1415 du code civil français une loi de police applicable aux époux soumis à un régime matrimonial étranger.

La solution était, en l'espèce, d'un intérêt pratique incontestable, puisque dans sa rédaction actuelle l'article 1415 est entré en vigueur le 1er juillet 1986, c'est-à-dire quelques jours avant la souscription des cautionnements litigieux par le mari, agissant seul. Cette solution avait été envisagée (V., G. Khairallah, note préc.). Elle paraît très discutable. Savoir si le mari engage les biens communs quand il souscrit seul un cautionnement, sans l'accord de sa femme, est une question qui relève de la loi applicable au régime matrimonial : celle-ci détermine « *les pouvoirs respectifs des époux quant à la gestion de leurs biens, propres ou communs* » (H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 2, 7e éd., 1983, n° 631 ; B. Audit, *Droit international privé*, 3e éd., 2000, n° 855 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 8e éd., 2004, n° 780). La solution est confirmée explicitement par l'article 9 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, qui s'applique aux époux mariés à compter du 1er septembre 1992. Or, « *les régimes légaux soumis à des lois étrangères conformément à la règle de conflit française sont toujours opposables aux tiers* » (G. Droz, *Rép. dr. intern. Dalloz*, v° *Régimes matrimoniaux*, n° 163). Donner à l'article 1415 du code civil le caractère de loi de police n'est donc pas justifié. Au reste, l'objectif de ce texte n'est pas d'empêcher la ruine de la communauté : il s'agit seulement d'éviter qu'un époux ne décide unilatéralement de provoquer cette ruine. Mais les deux époux ensemble peuvent le décider (V., J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2e éd., 2001, n° 460). La sanction, en outre, n'est pas la nullité, comme s'il s'agissait d'une mesure de protection, mais seulement la réduction du gage du créancier. On ne voit pas pourquoi, dans ces conditions, il fallait traiter ce texte comme s'il s'agissait de protéger un contractant plus faible, tel un consommateur, alors précisément que la protection des cautions par le droit de la consommation s'applique aussi lorsque l'engagement est souscrit par un époux. Les deux régimes de protection ne doivent pas être confondus.

En somme, la cour d'appel aurait dû se référer, en l'espèce, à la loi roumaine pour savoir quelle mesure était prévue aux fins de protéger un époux commun en biens contre les cautionnements souscrits par son conjoint. Ou bien, il fallait dire franchement qu'une telle solution est irréaliste, puisque ces époux d'origine roumaine sont domiciliés en France depuis plus de trente ans, et sont français depuis plus de vingt ans, quand le mari souscrit les cautionnements litigieux. Il convient donc de les soumettre au régime légal français de communauté. C'est certainement le sens des dispositions de la Convention de Genève, visées par la Cour de cassation. Elles mettent fin au respect des droits acquis par le réfugié « *découlant du statut personnel* », lorsqu'il acquiert une nouvelle nationalité : mais le problème est de savoir si les droits découlant du régime matrimonial entrent dans les prévisions de cette convention, alors qu'ils appartiennent, en droit international privé français, à une autre catégorie de rattachement. Si l'on décidait, comme l'arrêt de cassation du 18 septembre 2002, de soumettre le régime matrimonial des réfugiés à la Convention de Genève, il fallait mener le raisonnement jusqu'à son terme et admettre la mutabilité de la loi applicable au régime matrimonial, puisque la Convention de Genève admet la mutabilité du statut personnel en cas de changement de nationalité.

P. C.

b - Ketouba

La première Chambre civile de la Cour de cassation (16 nov. 2004) rappelle que les dispositions d'une « *ketouba* » adoptées par les époux lors de leur mariage au Maroc, suivant les formes rabbiniques, sont applicables à la liquidation de leur régime matrimonial. Elle avait déjà jugé, dans le même sens, que la rédaction d'une « *ketouba* » lors de la célébration, au Maroc, d'un mariage devant deux rabbins stipulant que le présent mariage est, en outre, conclu sous le régime dit « *Méghorachimes de Castille* », exprimait le choix, par les époux, d'un régime matrimonial. Elle en avait déduit que les juges du fond n'avaient pas, en de telles circonstances, à soumettre les relations pécuniaires des époux à la loi de leur premier domicile

matrimonial, applicable seulement en l'absence de choix (Cass. 1re civ., 6 juill. 1988, Rev. crit. DIP 1989, p. 360, note G. Khairallah ; 7 avr. 1998, D. 1998, Somm. p. 287, obs. B. Audit  ; Rev. crit. DIP 1998, p. 644, note D. Annoussamy).

La difficulté soulevée ici est d'apprécier la portée exacte d'un acte qui constate le mariage, mais dans lequel le mari prend aussi divers engagements, d'ordre personnel (par ex., ne pas contracter un mariage polygamique) et d'ordre pécuniaire (par ex., l'obligation du mari relativement au douaire de la femme). Dans l'arrêt commenté, les époux ne s'opposaient pas sur la loi applicable : du reste, la Cour de cassation relève qu'il s'agit bien d'un droit étranger, mais elle ne précise même pas lequel. Elle ne dit pas, non plus, où était situé le premier domicile matrimonial des époux, puisque l'adoption d'une « *ketouba* » est considérée comme l'expression du choix d'un régime matrimonial.

Le litige portait sur la propriété des immeubles acquis pendant le mariage au nom des deux époux. Selon la consultation de droit rabbinique produite aux débats, la partie des biens inscrite au nom de la femme est présumée lui appartenir. Et un document écrit de la main du mari ne remettait pas en cause le principe d'une donation de la moitié indivise des biens immobiliers à son épouse. Se retranchant derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir jugé l'épouse propriétaire indivise des deux appartements acquis au cours du mariage, en vertu de la présomption de don établie par le droit étranger, dont le mari ne contredisait pas la teneur. Ce faisant, la cour d'appel respectait l'autorité de la chose jugée par un précédent arrêt, puisqu'il avait été décidé que les biens donnés à l'épouse par son mari pendant le mariage étaient propres à celle-ci « *eu égard au régime matrimonial applicable aux opérations de liquidation des intérêts des anciens époux, celui de la ketouba* ».

On peut discuter du rôle exact de la « *ketouba* » dans la détermination du régime matrimonial. Les spécialistes eux-mêmes sont divisés. Mais, pour la Cour de cassation, la rédaction de cet acte n'est pas seulement un rite extérieur, l'accomplissement d'une formalité équivalente à la rédaction de notre acte de l'état civil. Etablir une « *ketouba* », c'est opter pour un certain type de relations pécuniaires entre époux, pendant le mariage et à sa dissolution. « *On pourrait y voir l'indication d'un régime matrimonial* » (D. Annoussamy, note préc., p. 647), de séparation de biens faut-il préciser. C'est donc bien le choix direct d'un régime matrimonial que réalise, selon l'arrêt commenté, l'établissement d'une « *ketouba* ».

Mais cette interprétation est-elle encore possible pour des époux qui se seraient mariés après le 1er septembre 1992, c'est-à-dire à compter de l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ? En effet, son article 3 prévoit seulement le choix d'une loi, non celui d'un régime. De plus, la rédaction d'une « *ketouba* » par deux rabbins notaires entre-t-elle dans les prévisions de son article 11 qui prévoit que « *la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage* » ? En bref, il n'est pas sûr que la solution admise par l'arrêt commenté puisse être réitérée sous l'empire de la Convention de La Haye.

II - Les conflits de juridictions

A - Le pouvoir de juridiction des tribunaux français

Immunités de juridiction. Le contentieux des immunités de juridiction s'est enrichi de quelques décisions en 2004 dont l'intérêt tient en grande partie au fait qu'elles ne se contentent pas de braver les traditionnelles difficultés liées à la nature de l'acte litigieux mais attestent de la nécessité de prendre en considération les effets des immunités avant de les mettre en oeuvre.

En ce qui le concerne, le critère de la nature de l'acte litigieux trouve, on le sait, ses origines dans la jurisprudence *Société Levant Express* du 25 février 1969 (Cass. 1re civ., Rev. crit. DIP 1970, p. 98, note P. Bourel ; JDI 1969, p. 923, note P. Kahn) qui pose le principe selon lequel l'immunité de juridiction ne couvre que les seuls actes litigieux qui « *constituent un acte de puissance publique ou ont été accomplis dans l'intérêt d'un service public* ». La simplicité de la

formulation s'annonçait redoutable et laissait présager une complication certaine de la tâche des juges qui, inlassablement, dans les années qui ont suivi, ont été contraints de faire oeuvre interprétative déterminant au cas par cas ce qu'il fallait entendre par acte de puissance publique ou acte réalisé dans l'intérêt du service public. Le 20 juin 2003, dans l'arrêt *Ecole saoudienne de Paris*, la Chambre mixte décidait de modifier la formulation du critère sans en bouleverser le contenu. L'immunité de juridiction était désormais réservée aux actes litigieux qui, « *participent par leur nature ou finalité, à l'exercice de la souveraineté des Etats et ne sont donc pas des actes de gestion* » (Cass. ch. mixte, 20 juin 2003, D. 2003, IR p. 1805¹ ; Rev. crit. 2003, p. 647, note H. Muir Watt). On retrouve cette nouvelle définition dans la jurisprudence des juridictions criminelles qui l'ont docilement adoptée dans l'affaire *Malta maritime authority* (CA Paris, 14 juin 2004 ; et Cass. crim., 23 nov. 2004, Juris-Data, n° 2004-026042) mais, on ne la retrouve pas dans un récent arrêt de la première Chambre civile dans lequel la Cour de cassation constate simplement que l'ASECNA (Agence pour la sécurité de la navigation en Afrique) « *agissait en vertu d'une délégation de service public* » (Cass. 1re civ., 14 déc. 2004). Pour autant, il serait précipité et probablement inutile de déceler en cet arrêt de rejet un quelconque acte de résistance de la part de la première Chambre civile étant donné qu'il lui était demandé d'apprécier la nature des liens existant entre l'Agence et l'Etat sénégalais et, d'apprécier, plus particulièrement, l'objet de la délégation de service public accordée à l'Agence par cet Etat. L'objet de la question appelait donc une réponse ciblée et spécifique, aisément détachable des formules de principe. Au demeurant, l'on ajoutera que cette discussion relative aux liens entre l'Etat sénégalais et l'ASECNA était cruciale dans la mesure où l'Agence prétendait bénéficier du statut d'organisation internationale et refusait d'être qualifiée d'émanation de l'Etat ou de délégataire d'une mission de service public. L'enjeu était de taille si l'on songe que les immunités de juridiction ou d'exécution des organisations internationales présentent un caractère « *quasi-absolu* » et ne peuvent être mises en échec que par une dérogation, généralement contenue dans l'accord de siège, ou par l'interdiction du déni de justice si elles aboutissent à priver le particulier de toute possibilité d'action en justice (pour les immunités de juridiction : Cass. soc., 30 sept. 2003, *Union latine*, Bull. civ. V, n° 245 ; pour les immunités d'exécution : Cass. 1re civ., *Union latine*, 28 oct. 2003, Rev. crit. DIP 2004, p. 773, note S. Clavel).

Lorsqu'elle est invoquée dans le cadre des relations de travail, l'immunité de juridiction n'est pas accueillie tout à fait dans les mêmes conditions. Tant le droit international (art. 11, § 1er, du Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens adopté par la Commission du droit international des Nations Unies le 25 oct. 2004) que la jurisprudence française considèrent, en effet, que l'immunité de juridiction ne peut jouer que dans la mesure où le salarié est chargé au bénéfice de l'Etat étranger d'une responsabilité particulière dans l'exercice de la puissance publique. La règle est justifiée par le fait que les immunités de juridiction apparaissent comme des éléments perturbateurs des réglementations sociales des Etats. Elles ne sont donc pas les bienvenues au sein des relations de travail et doivent, en ce domaine plus qu'aucun autre, être mises en oeuvre restrictivement. Mais, la règle signifie aussi que les juges n'ont pas à limiter leur appréciation au seul acte litigieux et doivent, plus largement, apprécier la nature des fonctions exercées par le salarié. Ainsi, lorsque le litige se rapporte à un licenciement, seront examinées non seulement la nature du licenciement mais aussi la teneur exacte des fonctions effectivement assurées par l'employé (V., par ex., Cass. 1re civ., 12 juin 1990, Bull. civ. I, n° 155 ; D. 1990, IR p. 166² ; Rev. crit. DIP 1991, p. 140, note P. Bourel ; Cass. soc., 10 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 479 ; D. 1997, Jur. p. 157, note M. Menjuq³). En réalité, l'obligation faite au juge d'apprécier la nature des fonctions du salarié dépasse la seule question du licenciement et mérite d'être étendue à d'autres types de litiges nés de la relation de travail. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles (16 nov. 2004) en fournit d'ailleurs une illustration. Le chauffeur de l'ambassade du Burkina Faso en France, M. W..., avait été blessé au pied par la porte de l'ascenseur monte-voiture situé dans les locaux de l'ambassade. M. W... avait assigné en réparation les assureurs de la société chargée de l'entretien du monte-voiture puis avait assigné en intervention forcée l'ambassade en vue d'obtenir la désignation d'un expert technique et d'un expert médical. Les premiers juges avaient accueilli la fin de non-recevoir soulevée par l'ambassade fondée sur l'immunité de juridiction mais leur décision fut censurée par la Cour d'appel de Versailles au motif que M. W... « *exerçait les fonctions de simple chauffeur, (et) n'était donc pas chargé de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique de l'Etat du Burkina Faso* ».

L'appréciation de la nature des fonctions nous paraît autant justifiée en ce domaine de la responsabilité qu'en matière de licenciement car, les craintes de l'Etat étranger d'avoir à dévoiler des considérations politiques pour justifier le licenciement de l'un de ses employés valent également s'il lui est demandé de s'expliquer sur les circonstances d'un accident du travail (en ce sens, H. Muir Watt, Rev. crit. DIP 2003, spéc. n° 7, p. 652). Finalement, et conformément à la jurisprudence *Ecole saoudienne de Paris*, l'appréciation générale de la nature des fonctions n'est écartée, à ce jour, que dans l'hypothèse où l'acte litigieux s'analyse en un refus d'effectuer une déclaration administrative devant les autorités françaises (Cass. 1re civ., 20 juin 2003, préc.).

Quant à la considération des effets produits par les immunités, il est indéniable qu'elle tend à devenir un facteur clé de leur mise en oeuvre. L'idée est simple : l'accueil des immunités de juridiction ne saurait être automatique mais doit, au contraire, être confronté aux intérêts de toutes les parties en cause ainsi - et sans doute l'avait-on trop facilement oublié - qu'aux exigences de l'ordre public international.

Récemment, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la recevabilité par les tribunaux français d'une action formulée par deux anciens déportés aux fins du paiement de la rémunération du travail forcé effectué par eux pour les autorités allemandes pendant la Seconde Guerre mondiale (Cass. 1re civ., 16 déc. 2003, Bull. civ. I, n° 258 ; D. 2004, IR p. 925 ; 2 juin 2004, Bull. civ. I, n° 158). Dans ces deux arrêts, la première Chambre civile reconnaît à l'Etat allemand le bénéfice de l'immunité de juridiction privant ainsi les tribunaux français de leur pouvoir de juridiction. Mais, au-delà des conditions juridiques de l'immunité, dont nul ne contestera qu'elles étaient satisfaites en l'espèce, il est probable que les juridictions françaises n'ont pas souhaité entraver les procédures *ad hoc* mises en place depuis quelques années par le gouvernement allemand et les grandes entreprises de ce pays. L'immunité poursuivait alors un but autre que la seule protection de la souveraineté de l'Etat étranger et permettait aux autorités allemandes de prendre en charge, seules, sans l'aide des juridictions d'autres Etats, l'indemnisation symbolique des dommages liées à l'occupation.

A l'opposé, la considération des effets de l'immunité peut conduire à refuser à l'Etat étranger le bénéfice de son immunité de juridiction alors même que les conditions de celle-ci sont satisfaites. Une telle paralysie de l'immunité peut être fondée sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et, plus précisément, sur le principe du libre accès à la justice chaque fois que l'adversaire de l'Etat protégé ne disposera pas d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement ses droits (I. Pingel, Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : La cour de Strasbourg persiste, RGDIP 2002, p. 893 ; H. Chanteloup, Les immunités de juridiction et le droit d'accès à la justice, Gaz. Pal., 14-15 janv. 2005, p. 2 et s.). L'immunité de juridiction, obstruant ainsi le seul accès possible à la justice, ne saurait être accueillie sans méconnaître les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi en a d'ailleurs décidé la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 7 octobre 2003 (Rev. crit. DIP 2004, p. 409, note M. Audit). L'article 6 intervient alors au titre de l'ordre public international procédural pour corriger les effets intolérables de l'immunité de juridiction.

B - La compétence des tribunaux français

1 - Les règles communautaires de compétence

a - Le domaine d'application matériel de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968

L'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 8 juin 2004 concernant le domaine d'application matériel de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, ne surprendra personne. Le litige opposait deux époux, séparés de biens, qui avaient prévu, dans leur « *convention régulatrice de séparation conjugale* », que le mari céderait à sa femme ses parts dans une société située en Espagne. Devant le juge perpignonais saisi de leur divorce, l'épouse réclama la nullité de la vente des parts sociales puis la réduction du prix de cette vente. Son mari s'opposa à ces demandes en soulevant l'incompétence des tribunaux français. Considérant qu'il n'était pas démontré que la vente se rattachait à la convention réglant la séparation des époux, la cour d'appel fit application de la Convention de Bruxelles et déclara

les tribunaux espagnols compétents sur le fondement de l'article 2 de la Convention. Sans surprise, cette décision fut cassée le 8 juin 2004. Reprenant une jurisprudence communautaire, désormais bien établie, selon laquelle sont exclus du domaine de la Convention, conformément à son article 1er, « *tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissociation de celui-ci* » (CJCE, 27 mars 1979, *De Cavel*, aff. 143/78, Rec. CJCE, p. 1055, concl. Warner ; Rev. crit. DIP 1980, p. 614, note G. A. L. Droz ; JDI 1979, p. 681, note A. Huet), la Cour de cassation considéra que la cession des parts sociales ne constituait que l'exécution immédiate de la convention de divorce de sorte que l'action en nullité de cette cession intentée par l'épouse avait « *un lien direct avec la convention relative à la rupture du lien conjugal et relevait de l'exclusion relative aux régimes matrimoniaux prévue par l'article 1er de la Convention [...]* ». Le raisonnement ainsi tenu mérite d'être approuvé car la cession des parts sociales intervenue entre les époux n'était à l'évidence qu'un élément parmi d'autres du règlement plus global de leurs intérêts patrimoniaux et ne pouvait être appréciée qu'au regard des règles du régime matrimonial et des principes régissant les droits des époux au sein de la procédure de divorce. En réalité, comme le souligne la Cour de cassation, le lien entre la cession des parts et la convention de divorce était si solidement établi qu'il ne pouvait être distendu ni par le fait que les parties avaient finalement renoncé à leur projet de convention de divorce ni par le fait que les modalités de cession avaient été modifiées. En outre, en refusant de prendre en considération l'argument retenu par la cour d'appel selon lequel l'épouse n'avait pas soutenu elle-même l'existence d'un lien entre la cession et la convention de divorce, la Cour de cassation semble admettre une présomption de ce lien - ce qui est pleinement justifié étant donné que les contrats conclus entre les époux dépendent inévitablement, quant à leur validité et leurs effets, des règles régissant leur vie commune ou de celles régissant leur séparation -.

La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 déclarée inapplicable, la compétence du tribunal devait, dans cette affaire, être déterminée en vertu des dispositions prévues en matière matrimoniale et, plus précisément, en vertu de l'article 1070 du nouveau code de procédure civile, puisque l'instance en divorce avait été introduite avant le 1er mars 2001, date de l'entrée en vigueur du règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000.

b - L'interprétation stricte des règles de compétence spéciale dans la Convention de Bruxelles

Un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (10 juin 2004, *Rudolf Kronhofer*) rappelle le principe d'interprétation stricte des compétences spéciales prévues aux articles 5 et 6 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. La question était plus précisément de savoir si, le critère du lieu où le fait dommageable s'est produit, tel qu'il est prévu par l'article 5-3 de la Convention, comprend le lieu du domicile du demandeur lorsque le dommage subi par celui-ci est un dommage financier réalisé dans un autre Etat contractant. En l'espèce, le demandeur, ressortissant autrichien, réclamait des dommages-intérêts à deux sociétés de placements financiers allemandes pour ne l'avoir pas informé des risques encourus par les options d'achat d'actions qu'elles lui avaient recommandées et qui s'étaient finalement traduites par une perte financière importante. Les sociétés ayant leur siège social en Allemagne et les sommes ayant été placées et perdues dans ce pays, les tribunaux autrichiens ne pouvaient se reconnaître compétents sauf à considérer, comme le soutenait le demandeur, que le dommage survenu en Allemagne pouvait affecter l'ensemble du patrimoine de la victime et donc être localisé au lieu de son domicile (centre de ses intérêts patrimoniaux). Sans surprise, la Cour luxembourgeoise ne fait pas sienne cette analyse qui supposerait une interprétation relativement souple du critère du dommage. Tout au contraire, la Cour considère que les compétences spéciales de la Convention, y compris celle de l'article 5-3, constituent des dérogations au principe fondamental de compétence des tribunaux du domicile du défendeur et doivent, en conséquence, faire l'objet, pour leur application, d'une interprétation stricte conformément à une jurisprudence déjà bien établie (CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfelis c/ Schröder*, aff. 189/87, Rec. CJCE, p. 5565 ; 19 sept. 1995, *Marinari*, C-364/93, Rec. CJCE, p. I-2719, pt 14 ; D. 1995, IR p. 219¹⁰. - Dans le même sens, à propos de l'art. 5-2 de la convention : CJCE, 15 janv. 2004, *Blijdenstein*, C-433/01, D. 2004, IR p. 538¹¹ ; Rev. crit. DIP 2004, p. 465, note E. Pataut). Le dommage financier devait donc s'entendre des pertes subies en Allemagne et non de l'impact de ces pertes sur l'état du patrimoine de la victime. Ce qui est en parfaite harmonie avec une autre règle établie par la

Cour de justice en vertu de laquelle le préjudice consécutif à un dommage initial est réputé localisé au lieu de survenance de celui-ci (CJCE, 19 sept. 1995, préc.). L'étude des points de contact montre, en outre, que la localisation du dommage en Allemagne coïncide avec la localisation d'autres circonstances du litige qu'il s'agisse du siège social des défendeurs ou du lieu de réalisation du fait générateur du délit. L'argument n'est pas à négliger dès lors que la règle de compétence spéciale est traditionnellement fondée sur l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre le litige et le lieu de réalisation du fait dommageable (CJCE, 11 janv. 1990, *Dumez France c/ Hessische Landesbank*, C-220/88, Rec. CJCE, p. I-49 ; D. 1990, IR p. 45  ; Rev. crit. 1990, p. 363, note H. Gaudemet-Tallon).

Au-delà des restrictions apportées à la notion de dommage, le caractère dérogoratoire et l'interprétation stricte de l'article 5-3 emportent plusieurs autres conséquences. Deux retiendront rapidement notre attention. En premier lieu, dès lors que le critère de la compétence spéciale est situé dans le pays du domicile du défendeur, la distinction entre la compétence générale et compétence spéciale devient artificielle et inutile. La compétence spéciale doit alors s'effacer devant le principe de l'article 2 de la Convention (Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1997, Rev. crit. DIP 1997, p. 577, note H. Muir Watt). En second lieu, une jurisprudence récente de la Chambre mixte de la Cour de cassation considère que les compétences spéciales et, notamment celle de l'article 5-1 de la Convention, ne peuvent être invoquées que par le seul demandeur. Le défendeur ne saurait s'en prévaloir pour échapper à la compétence des tribunaux du lieu de son domicile (Cass. ch. mixte, 11 mars 2005 [2 arrêts], D. 2005, IR p. 1110 ).

c - L'interprétation des conditions posées par l'article 20, alinéa 1er, de la Convention de Bruxelles

L'article 20, alinéa 1er, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 règle les conséquences de la non-comparution du défendeur et prévoit que « *lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant est attiré devant une juridiction d'un autre Etat contractant et ne comparait pas, le juge se déclare d'office incompétent si sa compétence n'est pas fondée aux termes de la présente convention* ». Ce texte, repris par l'article 26-1 du règlement du 29 décembre 2000, est fondé sur l'idée que la non-comparution du défendeur peut résulter des aléas malencontreux de la signification de l'acte introductif d'instance et n'être imputable à aucune faute de sa part. Dans cette hypothèse, le défendeur défaillant ne doit pas avoir à supporter un jugement rendu sur les seules allégations du demandeur et doit pouvoir obtenir du tribunal de l'Etat contractant initialement saisi qu'il se déclare incompétent, à la condition, toutefois, que cette compétence ne soit pas établie en vertu des règles de la Convention. Si, de prime abord, le principe d'incompétence des tribunaux semble ainsi parfaitement justifié, il n'en demeure pas moins que quelques incertitudes subsistent quant aux conditions d'application de l'article 20, alinéa 1er. On portera donc une attention toute particulière à l'arrêt rendu par la Cour de justice le 28 octobre 2004 qui fournit, nous semble-t-il, de précieuses indications sur les conditions de mise en oeuvre de ce texte.

Les faits de l'affaire étaient relativement simples. Un contrat de transport avait été conclu entre une société allemande et une société de transport néerlandaise. Le transporteur devait prendre en charge des marchandises situées en Allemagne et les acheminer au Royaume-Uni. Constatant la perte des marchandises, la société allemande saisit les tribunaux allemands d'une demande en réparation de son préjudice sur le fondement de l'article 31 de la Convention de Genève du 19 mai 1956 dite CMR qui offre compétence aux tribunaux du lieu de prise en charge des marchandises. Mais, délaissant la CMR et se fondant sur les articles 20, alinéa 1er, et 57, § 2, sous a), les premiers juges allemands se déclarèrent incompétents. Leur raisonnement était le suivant : si, en vertu de l'article 57, § 1er, l'article 31 CMR, texte spécial, est susceptible de primer les dispositions de la Convention de Bruxelles, ce n'est qu'à la condition que le défendeur ait comparu. Car, dans l'hypothèse inverse, l'article 20 de la Convention de Bruxelles oblige le tribunal de l'Etat contractant, initialement saisi, à se déclarer incompétent sous réserve, toutefois, comme l'exige le texte, que la compétence du juge saisi ne puisse pas être fondée au regard des dispositions de la Convention de Bruxelles. Faisant une interprétation souple des conditions posées par l'article 20 et estimant, notamment, que devait être assimilé au défaut de comparution le simple refus par le

défendeur de se prononcer sur le fond, le juge allemand se déclara incompétent sur le fondement de ce texte. La société allemande fit appel de cette décision rappelant la primauté de l'article 31 CMR et soulignant qu'en l'espèce, le défendeur avait comparu et s'était limité à contester la compétence formelle des tribunaux allemands sans se prononcer sur le fond. Contrainte de faire oeuvre interprétative et de déterminer l'exacte portée des conditions de l'article 20, la juridiction allemande décidait de surseoir à statuer et d'en appeler à la Cour de justice des Communautés européennes en formulant la question préjudicielle suivante : « *convient-il également de donner priorité aux dispositions en matière de compétence d'autres conventions par rapport aux dispositions générales en matière de compétence de la Convention de Bruxelles lorsque le défendeur est attiré devant une juridiction d'un autre Etat contractant et que, dans la procédure devant cette juridiction, il ne se prononce pas sur le fond ?* ».

Cette question cache en réalité deux interrogations distinctes que l'on peut résumer ainsi : selon quelles règles doit-on déterminer que la compétence du juge saisi « *n'est pas fondée aux termes de la présente convention* » dès lors que l'on est en présence d'une convention particulière prévalant sur les dispositions de la Convention de Bruxelles conformément à l'article 57 ? Et peut-on assimiler au défendeur qui ne comparet pas, visé par l'article 20, le défendeur qui refuse de se prononcer sur le fond ?

A la première question, la Cour de justice répond que la condition de l'article 20 du défaut de compétence du juge saisi « *aux termes de la Convention de Bruxelles* » peut être appréciée sur le fondement des règles de la convention spéciale dès lors que cette convention est déclarée applicable en vertu des dispositions de la Convention de Bruxelles, et plus particulièrement, en vertu de l'article 57 de la Convention de Bruxelles qui pose le principe de la primauté des textes spéciaux sur les dispositions générales de la Convention. En conséquence, l'application d'un texte spécial, s'il en existe un, suppose nécessairement que l'article 57 de la Convention de Bruxelles ait été mis en oeuvre et permet de satisfaire l'exigence de l'article 20. Ramenée au cas d'espèce, cette interprétation signifie que le juge allemand, compétent sur le fondement de l'article 31 CMR, est également compétent « *aux termes de la convention* » selon la formule de l'article 20, alinéa 1er, étant donné que la compétence spéciale est commandée par l'article 57.

En autorisant le juge saisi à vérifier sa compétence par application des règles prévues par les conventions spéciales, les juges communautaires montrent, s'il en était encore besoin, que la concurrence des textes n'est pas une fatalité et que les dispositions conventionnelles peuvent, au contraire, être utilement et subtilement articulées. En l'espèce, si le juge allemand avait dû vérifier sa compétence sur le fondement de la Convention de Bruxelles, il se serait probablement déclaré incompétent au mépris des règles fixées par la CMR. Le raisonnement aurait donc eu pour effet, outre de réactiver un conflit de conventions, de paralyser l'application d'un texte spécial et d'inciter les défendeurs à user, selon leur gré, des dispositions de la Convention de Bruxelles pour contourner des règles présentées comme étant prioritaires. Or, il semble justifié que le droit du défendeur de se prévaloir des dispositions de la Convention de Bruxelles soit enfermé dans les limites que la Convention s'est fixée à elle-même. Ajoutons que la règle posée par les juges communautaires aboutit finalement à mettre au service de la convention spéciale une disposition de la Convention de Bruxelles. De fait, si l'article 20, alinéa 1er, permet, habituellement, au défendeur d'exercer son droit à être jugé devant un tribunal compétent selon la Convention de Bruxelles, il aboutira dans une affaire comme celle jugée dans l'arrêt rapporté, à permettre au défendeur d'exercer son droit à être jugé devant un tribunal compétent selon la convention spéciale. La Convention de Bruxelles « *prête* » en quelque sorte son article 20, alinéa 1er, aux autres conventions pour garantir le système de compétence qu'elles mettent en place. Cette collaboration entre les conventions devrait être maintenue avec l'entrée en vigueur du règlement du 22 décembre 2000 puisque tant les dispositions de l'article 57 que celles de l'article 20, alinéa 1er, ont été reprises par ce texte (respectivement aux art. 71 et 26-1).

A la seconde question relative à la condition de non-comparution du défendeur, la Cour de justice apporte une réponse également satisfaisante. Il s'agissait de savoir si le défendeur qui avait accepté de comparaître à la seule fin de contester la compétence du tribunal pouvait

être assimilé au « *défendeur [...] qui ne comparait pas* » visé par l'article 20, alinéa 1er, et profiter pareillement de la vérification et de la déclaration d'incompétence du juge. Refuser cette assimilation supposait que les juges retiennent une interprétation formelle de la condition et considèrent que l'article 20 n'avait pour finalité que de protéger le défendeur non averti de l'action engagée contre lui. En réalité, les auteurs s'accordent à reconnaître une autre finalité à ce texte qui conférerait au défendeur, ignorant ou non, un véritable droit aux règles de compétence établies par la Convention de Bruxelles (H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 1993, n° 273). Dans ce cas, il convient, sans nul doute, d'assimiler au défendeur qui ne comparait pas, le défendeur refusant de se prononcer au fond et se contentant de contester la compétence du tribunal saisi. En outre, refuser l'assimilation aurait conduit à un résultat somme toute illogique puisque l'on aurait contraint le défendeur à ne pas comparaître pour bénéficier de l'article 20 et obtenir l'incompétence du tribunal. Il est infiniment préférable de mettre le défendeur en mesure de démontrer lui-même les raisons de l'incompétence du juge saisi sans que sa présence au tribunal ne puisse lui être reprochée. Ce faisant, les juges communautaires respectent à la fois les principes gouvernant le procès équitable et les principes de la Convention puisque l'article 18 de ce texte distingue déjà la comparution en vue de se prononcer sur le fond de la comparution en vue de contester la seule compétence du tribunal saisi.

2 - Les règles ordinaires de compétence internationale

a - La compétence des tribunaux français en matière de responsabilité parentale liée au divorce

Le juge français du divorce est-il, également, compétent pour statuer sur la responsabilité parentale lorsque les enfants et le parent défendeur résident dans un pays non européen ? Telle est la question posée à la Cour d'appel de Paris le 24 juin 2004, qui, sans ambages, répond par la négative. Mais, à bien y réfléchir, il se peut que la décision rendue par la cour, ce jour-là, n'apaise nullement les inquiétudes, nourries par certains auteurs (B. Sturlèse, *Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce*, JCP 2000, I, 292 ; P. Courbe, *Le règlement communautaire sur le contentieux du divorce international*, LPA, 3 déc. 2002, p. 7 et s.) relatives à l'articulation délicate entre le règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000, applicable aux actions engagées après le 1er mars 2001 et le droit commun de la compétence internationale.

L'affaire est relativement simple. L'époux, de nationalité camerounaise, réside au Cameroun avec les trois enfants mineurs tandis que sa femme, également camerounaise, s'installe seule en France. Saisi de leur divorce et de la garde des enfants, le juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance de Paris se déclare compétent et rend une ordonnance de non-conciliation qui mécontente les deux époux. Mme T... interjette appel de cette ordonnance défendant la compétence des juridictions françaises tant sur la question du divorce par application du règlement du 29 mai 2000 que sur celle de la responsabilité parentale sur le fondement, cette fois, de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 et des règles de compétence internationale de droit commun. Elle réclame, notamment, une révision de la pension alimentaire ainsi qu'une amélioration des modalités de son droit de visite. De son côté, son époux conteste la compétence des tribunaux français invoquant la Convention franco-camerounaise du 21 février 1974 et s'oppose à toutes les demandes de sa femme. La cour d'appel confirme la compétence des tribunaux français à propos du divorce sur le fondement de l'article 2-1, a), du règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000 puisque Mme T... avait sa résidence habituelle en France depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande. Mais, elle infirme la décision du juge aux affaires familiales sur la question de la responsabilité parentale estimant que la compétence des juges français ne pouvait être fondée ni sur le règlement européen ni sur la Convention de La Haye. Cette analyse mérite d'être approuvée car, si l'article 3 du règlement organise, en matière de responsabilité parentale, une prorogation de compétence au profit du juge chargé du divorce lorsque la question de la garde des enfants se pose accessoirement à celle du divorce, ce n'est qu'à la condition que les enfants résident sur le territoire de l'un des Etats membres. Et, la même exigence de résidence gouverne l'applicabilité de la Convention de La Haye de 1961

dont l'article 13 rappelle qu'elle s'applique à tous les mineurs qui ont leur résidence habituelle dans un Etat contractant. En l'espèce, les enfants résidant au Cameroun, les tribunaux français ne sont compétents sur le fondement d'aucun de ces textes. A ce stade de la décision, le raisonnement des juges parisiens reste pleinement convaincant.

Mais, l'embarras surgit lorsque la cour d'appel tire les conséquences de la non-applicabilité du règlement du 29 mai 2000 et repousse du revers de la main l'examen des règles de compétence internationale de droit commun qui lui était réclamé par Mme T... La règle de droit commun spécialement visée est celle posée par la Cour de cassation dans un célèbre arrêt du 6 janvier 1987 (Cass. 1re civ., 6 janv. 1987, Rev. crit. DIP 1988, p. 337, note Y. Lequette) selon laquelle « *la question de la garde des enfants, dans la mesure où elle se pose accessoirement à une demande en divorce, obéit aux mêmes règles de compétence que la demande en divorce elle-même* ». Appliquée à l'espèce, cette règle de compétence de droit commun permettait assurément à Mme T... de soumettre la garde des enfants au juge français, évitant ainsi le morcellement des compétences et le risque de contradiction des décisions rendues (sur l'appréciation de la prorogation de compétence : Y. Lequette, note préc.). Mais, la Cour d'appel de Paris ne l'entend pas ainsi et justifie le rejet de la règle de 1987 au motif que cette jurisprudence est « *antérieure au règlement* ». Or, s'il est exact que l'entrée en vigueur du règlement abroge ou écarte les règles précédemment applicables, ce n'est que dans les limites de son domaine d'application. Ont donc été abrogées ou écartées après le 1er mars 2001, les règles de droit commun permettant d'établir la compétence des tribunaux des Etats membres dans les hypothèses spécifiquement déterminées par le règlement. En dehors de ces hypothèses, le règlement n'apporte aucune solution au problème de la compétence et refuse même de se prononcer. Il serait donc faux de croire, comme l'ont fait les juges parisiens, que la non-applicabilité du règlement oblige à constater l'incompétence des tribunaux français. En réalité, en délaissant certaines hypothèses de compétence des tribunaux des Etats membres, le règlement oblige le juge à recourir aux solutions de droit commun, fussent-elles antérieures (en ce sens : B. Sturlèse, art. préc., spéc. n° 39 ; P. Courbe, art. préc., spéc. n° 47). De la sorte, au lieu de rejeter si vigoureusement la règle interne posée en 1987, la cour d'appel aurait dû s'en emparer et consacrer la prorogation de compétence qui s'offrait ainsi aux tribunaux français. Sans doute, les juges parisiens ont-ils éprouvé quelques scrupules, au demeurant légitimes, à priver les tribunaux camerounais d'une compétence « *naturelle* » dès lors qu'il s'agissait de se prononcer sur la responsabilité parentale exercée sur des enfants mineurs tous domiciliés au Cameroun. Mais, ce souci d'harmonie des compétences, teinté de considération proximiste, ne saurait méconnaître le système des règles applicables.

On observera, en guise de conclusion, que le règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, a substantiellement modifié la règle relative à la prorogation de compétence prévue par l'article 3 du règlement du 29 mai 2000 puisqu'il n'exige plus pour que les juges du divorce statuent sur la responsabilité parentale que l'enfant réside sur le territoire d'un Etat membre et notamment sur le territoire du for (art. 12-1). Est-ce à dire alors que la prorogation de compétence des juges français s'annonce quasi-automatique ? Nous ne le pensons pas, et ce pour au moins deux raisons : en premier lieu, la prorogation ne peut être admise que si les deux titulaires de la responsabilité parentale y consentent. Or, s'il est bien une question à propos de laquelle les désaccords entre futurs ex-époux sont monnaie courante, c'est bien celle de la responsabilité parentale. En second lieu, le même paragraphe 12-1, *b*), n'admet la prorogation que si « *elle est dans l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Autant dire que cette seconde réserve offre au juge saisi du divorce une marge d'appréciation assez large qui lui permettra de justifier, valablement cette fois, son incompétence.

b - Cession de droits litigieux et fraude à l'article 14 du code civil

Voici un arrêt qui atteste à nouveau des méfaits de l'article 14 du code civil et des vicissitudes de la fraude à ce privilège de juridiction ! En 1996, une société gabonaise, Navifret, souscrit une police d'assurance auprès de deux compagnies d'assurances également gabonaises. Quelques mois après le naufrage de l'un des navires assurés, la société Navifret cède à son président directeur général, national français, la totalité de ses droits résultant du contrat d'assurance. Fort de sa nationalité française, l'intéressé saisit alors le Tribunal de commerce

de Marseille en vue d'obtenir le paiement des indemnités qui lui sont dues. Il se voit opposer une exception d'incompétence au motif que la cession « *était irrégulière et frauduleuse [faite] en vue de créer un élément de rattachement artificiel pour soustraire [les débiteurs] à leur juge naturel* ». L'argument fondé ainsi sur la fraude à l'article 14 du code civil ne convaincra ni les juges du fond ni la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 14 décembre 2004, profite de l'occasion qui lui est offerte pour rappeler l'incidence de la cession de droits litigieux sur la mise en oeuvre du privilège de juridiction. La Cour décide ainsi que « *la compétence internationale des tribunaux français, par application de l'article 14 du code civil, est fondée non sur les droits nés des faits litigieux mais sur la nationalité des parties, sauf preuve d'une fraude destinée à donner artificiellement compétence à la juridiction française pour soustraire le débiteur à ses juges naturels* ». Or, en l'espèce, les sociétés gabonaises n'étaient pas parvenues à rapporter la preuve de la fraude qu'elles invoquaient.

Cet arrêt du 14 décembre 2004 se situe dans le prolongement de la jurisprudence *Sté Europe Aéro-service* (Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1987, Rev. crit. 1988, p. 364, note G. A. L. Droz ; JDI 1988, p. 733, note E. Loquin). On se souvient qu'à cette époque la Cour de cassation avait accepté de faire bénéficier du privilège de juridiction le cessionnaire français qui avait acquis ses droits d'un cédant étranger alors même que la situation litigieuse n'avait aucun lien avec la France. Le principe étant posé, la Cour de cassation l'avait immédiatement assorti de deux tempéraments, tous deux retenus en l'espèce : le cessionnaire français ne peut pas se prévaloir de l'article 14 s'il est établi que le cédant avait, précédemment, accepté la compétence d'un tribunal étranger et, ne peut pas davantage s'en prévaloir s'il est établi que la cession des droits a été conclue frauduleusement dans le but d'échapper à la compétence des juridictions étrangères.

C'est ce second tempérament qui fut invoqué, sans succès, en 2004, par les sociétés gabonaises. L'échec de leur argumentation tenait au fait que ces sociétés n'étaient pas parvenues à rassembler les éléments de preuve permettant d'établir la fraude des assurés alors même, nous semble-t-il, que le comportement des parties dans cette affaire caractérisait l'existence d'une fraude mieux encore que dans l'affaire *Sté Europe Aéro-service*. En 1987, en effet, les circonstances du litige étaient éparpillées équitablement dans trois pays différents, et la nationalité du cessionnaire constituait, par conséquent, un élément d'internationalité du litige parmi d'autres. A l'inverse, l'affaire *Sté Navifret* opposait trois sociétés gabonaises à propos d'un contrat d'assurance conclu et exécuté au Gabon et la nationalité française du cessionnaire apparaissait alors comme le seul élément d'internationalité du litige, d'autant plus négligeable, d'ailleurs, que le litige était relatif à un contrat. Et, l'on ne peut que regretter que l'article 14 invoqué par le cessionnaire autorise finalement les juges français à s'emparer d'une affaire de droit interne étranger méconnaissant à la fois l'attente légitime des défendeurs et l'exigence d'un lien caractérisé entre le litige et le tribunal saisi.

La question se pose donc de savoir à quelles conditions la preuve de la fraude à l'article 14 et, consécutivement à la compétence du juge étranger, peut être établie par les parties et admise par les tribunaux français. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation donne une définition, *a priori* assez large, de la fraude qui serait constituée d'un élément matériel consistant à « *donner artificiellement compétence à la juridiction française* » et d'un élément intentionnel consistant lui à « *soustraire le débiteur à ses juges naturels* ».

L'intention frauduleuse n'est pas l'exigence la plus malicieuse et devrait pouvoir être établie assez facilement. Les débiteurs devront démontrer que les juges de l'Etat dans lequel s'enracine le litige ont été privés du droit de s'emparer légitimement du litige. En outre, les débiteurs pourront démontrer qu'aucune autre compétence que celle des tribunaux évincés n'était justifiée au regard de la nature même du litige. La preuve la plus délicate à rapporter sera à l'évidence celle de l'élément matériel et plus précisément celle du caractère artificiel de la manoeuvre utilisée pour donner compétence aux tribunaux français. Dans l'hypothèse des cessions de droits au profit de nationaux français, cela revient à exiger du débiteur qu'il démontre que la cession ne pouvait être justifiée par aucune cause juridique particulière, et notamment pas par l'existence d'une dette du cédant à l'égard du cessionnaire. On pressent les difficultés qui seront celles du débiteur et il est à craindre que le caractère artificiel des manoeuvres reste, pour quelque temps encore, le point d'achoppement principal des actions

fondées sur la fraude.

C - La reconnaissance des jugements étrangers

1 - La signification de l'acte introductif d'instance et du jugement étranger

On sait qu'en vertu de l'article 27-2° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 les décisions rendues dans un Etat membre ne sont pas reconnues dans l'Etat requis si l'acte introductif d'instance n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile pour qu'il puisse se défendre. Ce texte instaure donc un contrôle de la régularité de la signification permettant de s'assurer de la non-violation des droits de la défense et participant, de ce fait, au respect de l'ordre public international procédural.

L'imprécision des modalités de ce contrôle, la multiplicité des formules d'actes judiciaires ainsi que l'importance de l'enjeu de l'irrégularité expliquent à n'en pas douter le foisonnement de décisions internes et communautaires sur cette question depuis plusieurs années (D.

Alexandre et A. Huet, *v° Règlement Bruxelles I, Rép. dr. intern. Dalloz*, 2003, n° 362 et s.).

L'année 2004 a, sans surprise, fourni elle aussi son lot d'arrêts, et certains d'entre eux méritent d'être évoqués ici puisqu'ils comptent, sans doute, parmi les dernières applications de l'article 27-2° de la Convention de Bruxelles dont on sait qu'il a été substantiellement modifié par le règlement n° 44/2000 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Modalités de contrôle de la régularité de la signification. Un premier arrêt peut être signalé qui intéresse les modalités de contrôle, par les juges de l'Etat requis, de la régularité des significations exigées en vue de la reconnaissance et de l'exécution des décisions. Le 16 novembre 2004, la première Chambre civile a rappelé que le contrôle des conditions de régularité de la signification prévues à l'article 27-2° de la Convention de Bruxelles s'effectue « *selon les règles étatiques ou conventionnelles en vigueur dans le pays d'origine de la décision présentée et est confié tant au juge de l'Etat requis qu'au juge de l'Etat d'origine* ». La courtoisie de la formule dissimule mal la détermination de la Cour de cassation qui, en l'espèce, condamne la décision des juges du fond qui n'ont pas vérifié eux-mêmes la régularité de la signification et se sont contentés, pour ce faire, d'un certificat du juge d'instance de la Cour souveraine d'Angleterre et du Pays de Galles. En d'autres termes, la Cour de cassation refuse de promouvoir un contrôle seulement formel et veille à ce que les juges s'assurent par eux-mêmes du fait que les défendeurs ont eu effectivement connaissance de l'instance engagée à l'étranger. La solution n'est pas nouvelle (Cass. 1re civ., 16 déc. 1992, Bull. civ. I, n° 311 ; 30 juin 2004, Bull. civ. I, n° 191 ; D. 2004, Jur. p. 2743, note N. Bouche  ; RTD civ. 2004, p. 549, obs. P. Thery ) et reprend les directives de la jurisprudence de la Cour de justice (« *Le juge requis doit contrôler la régularité de la notification alors même que le juge de l'Etat d'origine l'aurait déjà fait et il n'est aucunement lié par l'appréciation de ce dernier* », CJCE, 15 juill. 1982, *Pendy Plastic c/ Pluspunkt*, aff. 228/81, Rev. crit. DIP 1983, p. 521, note G. Droz ; JDI 1982, p. 960, note A. Huet).

Cet arrêt du 16 novembre 2004 illustre l'actuelle période de transition entre la Convention de Bruxelles et le règlement du 22 décembre 2000. En effet, en précisant que « *le contrôle des deux conditions prévues à l'article 27-2° de la Convention de Bruxelles [...] est confié tant au juge de l'Etat requis qu'au juge de l'Etat d'origine, de sorte qu'il lui appartenait de s'assurer que les défendeurs avaient eu effectivement connaissance de l'instance engagée à l'étranger [...]* », la Cour de cassation met les conditions de régularité posées à l'article 27-2° au service d'une exigence plus générale qui est celle de la connaissance effective par le défendeur de l'instance engagée à l'étranger. Or, la connaissance effective du défendeur n'a pas toujours été liée à la régularité de l'acte introductif d'instance. Au contraire, dans les années 1990, la Cour de justice des Communautés européennes avait décidé qu'un jugement étranger rendu par défaut ne pouvait être reconnu dans l'Etat requis si l'acte introductif d'instance n'avait pas été notifié régulièrement alors même que le défendeur défaillant avait, par la suite, eu connaissance de la décision rendue et n'avait pas fait usage des voies de recours disponibles (CJCE, 3 juill. 1990, *Lancray*, C-305/88, D. 1990, IR p. 200  ; Rev. crit. DIP 1991, p. 161, note G. A. L. Droz ; JDI 1991, p. 503, note A. Huet ; 12 nov. 1992, *Minamet*, C-123/91, D. 1992, IR p. 277  ; Rev. crit. DIP 1993, p. 81, note G. A. L. Droz ; JDI 1993, p. 468, note A. Huet). Ces arrêts consacraient alors ce que Georges Droz avait appelé « *le pouvoir de*

passivité du défendeur défaillant même de mauvaise foi » (Rev. crit. DIP 1993, p. 86) et s'étaient ainsi vus adressés les plus vives critiques de la part des auteurs. Souhaitant rompre avec cette jurisprudence communautaire, le règlement n° 44/2000 du 22 décembre 2000 modifie sensiblement le contrôle de l'acte introductif d'instance en vue de la reconnaissance du jugement étranger. De fait, l'article 34-2 du règlement supprime définitivement le contrôle de la régularité et libère ainsi les juges requis de l'obligation d'interroger les règles procédurales étrangères. Désormais, ceux-ci devront simplement vérifier que l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre. Ils devront, en outre, reconnaître le jugement étranger et sanctionner la passivité du défendeur qui invoquerait l'absence de notification mais n'aurait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire. A l'évidence, les vérifications formelles et compliquées d'irrégularités procédurales ont cédé la place au contrôle substantiel et global du respect des droits de la défense. Et c'est incontestablement dans cette voie que s'est, d'ores et déjà, engagée la Cour de cassation, le 16 novembre 2004.

Conditions de la régularité des significations. D'autres décisions peuvent être signalées qui concernent non plus les modalités du contrôle de la régularité des significations mais les conditions de cette régularité.

Concernant la signification de l'acte introductif d'instance, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juillet 2004 réaffirme le principe d'une analyse *in concreto* de la condition d'une signification en temps utile. La jurisprudence française apprécie, de longue date, la durée du temps utile en fonction des circonstances du litige, de la qualité et personnalité du défendeur ou encore du mode de notification. Rien d'étonnant alors à ce que la Cour d'appel de Paris ait jugé qu'un délai supérieur à un mois est un délai utile dans une affaire « *sans difficulté de demande en paiement pour un montant peu élevé dans le commerce international [...] et où [le défendeur] ne peut indiquer la nécessité d'un grand nombre de pièces à traduire ou l'impossibilité de trouver un conseil qualifié pour défendre ses intérêts* ». Et la cour de préciser, comme pour sanctionner ici encore la mauvaise foi du défendeur, que « *la notion de temps utile ne présente d'ailleurs d'intérêt que dans la mesure où le défendeur veut bien se préparer au procès* ».

Concernant la signification du jugement lui-même, on citera un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 mai 2004, soulevant la question de la traduction de l'acte à signifier. Dans cette affaire, une société italienne, condamnée par un jugement français, soutenait que l'absence de traduction du jugement qui lui avait été notifié méconnaissait, entre autres, les articles 10 et 8 du règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires (C. Laporte, Signification et notification des actes dans les Etats membres de la Communauté européenne, JCP 2000, n° 43-44, Actua. p. 1947) ainsi que l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'acte de signification étant antérieur à la date d'entrée en vigueur du règlement, les dispositions visées n'étaient pas applicables en l'espèce. Mais, on relèvera, toutefois, en vue des prochaines applications du règlement que les solutions qu'il prévoit à propos de la traduction du jugement signifié diffèrent sensiblement de celles contenues dans la Convention de La Haye du 15 novembre 1965, désormais écartée dans les rapports entre Etats membres de l'Union européenne (pour une application récente de l'art. 10-a) de la Convention de La Haye à un acte judiciaire adressé par voie postale à un destinataire se trouvant dans l'Etat des Seychelles : CA Rouen, 28 oct. 2004, Juris-Data, n° 2004-256956). C'est ainsi que l'acte à signifier pourra être refusé par les destinataires s'il n'est pas établi dans l'une des langues suivantes : la langue officielle de l'Etat membre requis ou la langue officielle de l'Etat membre d'origine à condition qu'elle soit comprise du destinataire (art. 8, § 1). Dans les autres cas, il sera procédé à la traduction de l'acte à transmettre dans la langue officielle de l'Etat requis (art. 8, § 2) (sur ces textes : A. Malan, La langue de la signification des actes judiciaires et les incertitudes du règlement sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires, LPA 2003, n° 77, p. 6 et s.). Les exigences réglementaires de traduction sont, à l'évidence plus importantes que celles qui résultent de l'article 7 de la Convention de 1965 puisque ce texte impose seulement que la demande de réception de l'acte étranger soit rédigée en langue française ou en langue anglaise ou dans la langue officielle de l'Etat d'origine. Quant à l'éventuelle violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, la cour

d'appel estime que « *l'absence de traduction n'est pas contraire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où la personne à qui est signifiée la décision a la possibilité de refuser l'acte de signification en indiquant ses motifs* ». Logiquement, cette solution devrait être confortée par l'application de l'article 8 du règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 dans la mesure où les traductions seront plus souvent exigées et permettront au destinataire de l'acte d'en prendre connaissance plus facilement.

2 - Répudiations musulmanes et ordre public international

L'année 2004 restera, pour de nombreux internationalistes, celle du « *rejet des répudiations musulmanes* » (P. Courbe, *Le rejet des répudiations musulmanes*, D. 2004, Chron. p. 815). Car, après plusieurs années de tâtonnement, et donc d'insécurité juridique pour les intéressés, la Cour de cassation semble, enfin, avoir fixé sa jurisprudence dans cinq arrêts rendus le 17 février 2004 (Bull. civ. I, n° 256 à 260 ; Dr. et patrimoine, avr. 2004, p. 125, obs. F. Monéger ; Rev. crit. DIP 2004, p. 423, note P. Hammje). Elle décide ainsi que « *la décision étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari qui s'effectue sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1er, d), de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que les deux époux ou la femme sont domiciliés sur le territoire français* ».

Ainsi énoncé, le principe posé rompt incontestablement avec la solution adoptée précédemment par la Cour dans l'arrêt *Douibi* (Cass. 1re civ., 3 juill. 2001, D. 2001, Jur. p. 3378, note M.-L. Niboyet ; Rev. crit. 2001, p. 704, note L. Gannagé ; LPA 2002, Chronique de droit international privé, p. 109, note P. Courbe ; JDI 2002, p. 182, note P. Kahn) car c'est sur le principe fondamental de l'égalité des époux - principe qu'elle avait délibérément ignoré dans l'arrêt *Douibi* -, que la Cour de cassation fonde aujourd'hui sa nouvelle jurisprudence.

Le recours à la Convention européenne des droits de l'homme pour paralyser la reconnaissance des répudiations, au-delà même du fait qu'il élève le principe de l'égalité des époux au rang de principe d'ordre public international, emporte plusieurs conséquences non négligeables. En premier lieu, et dans la mesure où les normes fondamentales européennes peuvent être considérées comme des valeurs intangibles supérieures à d'autres dispositions conventionnelles (sur le conflit de conventions : L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001, n° 346 et s. ; M.-L. Niboyet, note sous Cass. 1re civ., 11 mars 1997, D. 1997, Jur. p. 400 et s.), le principe d'égalité des époux devrait prévaloir tant sur la Convention franco-algérienne de 1964 que sur la Convention franco-marocaine de 1981 prévoyant l'une et l'autre la reconnaissance des répudiations unilatérales. En second lieu, le recours au principe d'égalité des époux, envisagé largement au sens de l'article 5 du Protocole additionnel du 22 novembre 1984, offre aux juges du fond une latitude plus large pour détecter les ruptures éventuelles d'égalité quelle qu'en soit l'origine et devrait les autoriser à prospecter au-delà des droits de la défense et des garanties pécuniaires. La solution des arrêts du 17 février 2004 se rapprocherait alors de celle rendue par la Cour de cassation le 11 mars 1997 qui avait refusé de reconnaître la répudiation sur le seul fondement de l'égalité des époux sans qu'aucune violation des règles procédurales ou des conditions financières ne soit invoquée. Est-ce à dire alors que les juges du fond sont autorisés, depuis le 17 février 2004, à se fonder sur l'égalité des époux pour sanctionner le principe même de l'unilatéralité des répudiations musulmanes ? Rien n'est moins sûr et la prudence est de mise lorsqu'il s'agit de répondre à cette question (P. Hammje, note préc., spéc. p. 432 et s.). En effet, dans ses arrêts, la Cour de cassation pose le principe que ne seront plus reconnues les décisions « *constatant une répudiation unilatérale du mari qui s'effectue sans donner effet à l'opposition éventuelle de la femme [...]* ». Les termes utilisés par la Cour, minutieusement choisis, paraissent alors lourds de conséquences car loin d'exiger l'acquiescement de l'épouse à la répudiation, comme cela avait été le cas dans l'arrêt précité du 11 mars 1997, la Cour de cassation se contente ici, semble-t-il, de l'absence d'opposition

de l'épouse. Or, s'il est vrai que le silence gardé par la femme répudiée pourra parfois être assimilé à un consentement tacite, cette assimilation ne saurait être systématique et il est à craindre que de nombreuses femmes, intimidées, menacées ou simplement ignorantes de leurs droits, gardent le silence sans pour autant consentir au sort que leur époux leur réserve. En définitive, des précisions devront peut-être être apportées permettant de mieux cerner la notion d'opposition et ce n'est qu'à cette condition qu'il sera possible de mesurer l'impact du principe d'égalité sur la reconnaissance des répudiations.

Le second apport majeur des arrêts du 17 février 2004 résulte de ce que, pour la première fois, la Cour de cassation recourt à la notion d'ordre public de proximité en ce domaine des répudiations (sur l'ordre public de proximité : P. Courbe, L'ordre public de proximité, *in Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de M. P. Lagarde*, Dalloz, 2004, p. 227). Concrètement, il s'agit pour la Cour de limiter le jeu de l'exception d'ordre public international et d'interdire en son nom les seules répudiations mettant en cause des époux qui ont une attache réelle et étroite avec la France. C'est ainsi que la Haute Cour considère que la répudiation unilatérale du mari est contraire au principe d'égalité des époux « dès lors que la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français ». L'exigence d'une localisation effective en France du domicile de l'épouse présente de nombreux avantages puisqu'elle constitue un frein au fameux « impérialisme » des droits fondamentaux, respecte la relativité des situations internationales, favorise l'intégration des intéressés tout en garantissant la pleine efficacité de l'ordre public international en luttant contre les répudiations les plus choquantes (P. Courbe, chron. sous les arrêts *in* D. 2004, p. 815 et s.). En outre, au-delà même des subtils équilibres réalisés entre ces différents enjeux, l'exigence d'un lien de proximité devrait calmer les inquiétudes de tous ceux qui redoutaient une condamnation radicale et absolue de l'institution même de la répudiation.

3 - Procédure collective et ordre public international

L'arrêt de la Cour de cassation du 29 septembre 2004 offre une nouvelle illustration de l'incidence de l'ordre public international en matière de faillite. En l'espèce, la caution d'une société française en liquidation judiciaire avait été condamnée par les tribunaux belges à payer le créancier belge bénéficiaire du cautionnement. Le jugement étranger avait été déclaré exécutoire en France par ordonnance du président du Tribunal de grande instance de Marseille. Ainsi menacé d'une saisie-attribution, la caution décidait alors d'opposer au créancier l'exception d'extinction de sa créance faute pour ce dernier de l'avoir déclarée auprès du liquidateur de la société française conformément à l'article L. 621-43 du code de commerce. L'exception fut accueillie par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui ordonna la mainlevée de la saisie-attribution. Le pourvoi, fondé sur le principe contenu à l'article 31 de la Convention de Bruxelles selon lequel les décisions étrangères revêtues de la formule exécutoire dans l'Etat requis doivent être mises à exécution, fut rejeté par la Cour de cassation qui saisit à l'occasion de rappeler le caractère d'ordre public interne et international de l'obligation pour tout créancier d'un débiteur en redressement ou liquidation judiciaire de déclarer sa créance. Dès lors, en réclamant en France, pays dans lequel la faillite avait été ouverte, l'exécution du paiement de sa créance, le créancier belge tombait inévitablement sous le coup des règles impératives des articles L. 621-43 et suivants du code de commerce.

La solution est désormais classique et pleinement justifiée dans la mesure où l'obligation pour les créanciers d'un débiteur en faillite de déclarer leur créance et l'interdiction des poursuites individuelles qui en est le corollaire sont fondées, l'une et l'autre, sur le principe de l'égalité des créanciers dont il est acquis, depuis plusieurs années, qu'il revêt lui-même un caractère d'ordre public interne et international (Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1988, D. 1989, Jur. p. 577, note J. Robert ; Rev. arb. 1989, p. 473, note P. Ancel ; 5 févr. 1991, Bull. civ. I, n° 44 ; D. 1991, IR p. 111 ; Rev. arb. 1991, p. 625, note L. Idot ; 19 nov. 2002, Bull. civ. I, n° 275 ; D. 2002, AJ p. 3341, obs. A. Lienhard ; D. 2003, Jur. p. 797, note G. Khairallah ; RTD com. 2003, p. 169, obs. J.-L. Vallens ; JCP 2002, II, 10201, concl. J. Sainte-Rose, note S. Chaillé de Néré ; LPA 2003, n° 209, p. 7, note C. Legros ; Rev. crit. DIP 2003, p. 631, note H. Muir Watt). L'arrêt rapporté révèle cependant plus que tout autre l'importance des conséquences du caractère d'ordre public international de l'obligation de déclarer la créance puisqu'il ordonne l'application de la loi française de la faillite non seulement aux rapports entre le

créancier et le débiteur mais aussi aux rapports entre le créancier et la caution du débiteur. Par conséquent, et conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question (Cass. com., 17 juill. 1990, D. 1990, Jur. p. 494, note A. Honorat ) , la caution est donc en mesure, aujourd'hui, d'opposer au créancier, fut-il étranger, l'exception d'extinction de sa créance par suite du défaut de déclaration.

L'extension aux relations internationales du principe de l'égalité des créanciers permet d'assurer la cohérence des intérêts du débiteur failli en soumettant tous les créanciers aux obligations du plan de redressement et protège le traitement uniforme des créanciers en refusant à certains d'entre eux de prendre prétexte d'un élément d'extranéité pour échapper aux contraintes de la faillite et arguer d'une décision étrangère susceptible de l'ignorer. Pourtant, si justifiée soit-elle, cette extension du principe aux relations internationales se heurte à plusieurs obstacles non négligeables (P. Le Cannu, Effet international de la faillite et principe d'égalité des créanciers, *L'effet international de la faillite, une réalité ?*, Dalloz, 2004, p. 95 et s.). Et l'on citera en ce sens l'arrêt du 19 novembre 2002 par lequel la Cour de cassation proclamait le principe de l'universalité de la faillite et rappelait celui de l'égalité des créanciers mais les soumettait à la condition de l'acceptation des effets de la faillite par les ordres juridiques étrangers (Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2002, préc. - V. égal. l'article de P. Courbe, L'effet international de la faillite : la solution de la Cour de cassation, *L'effet international de la faillite, une réalité ?*, Dalloz, 2004, p. 15 et s.). En d'autres termes, le jugement français de faillite ne produira ses effets à l'étranger que s'il est revêtu de l'exequatur par les autorités étrangères. L'affaire soumise à la Cour de cassation le 24 septembre 2004 illustre parfaitement cette limite de l'effet international du jugement de faillite puisque les juridictions belges ont fait droit à la demande du créancier belge sans tenir compte de la liquidation judiciaire du débiteur français prononcée deux ans auparavant. Et, tout laisse penser alors que, si la caution avait possédé quelque bien saisissable en Belgique, l'action en paiement du créancier aurait été fructueuse, indépendamment de la procédure de faillite ouverte en France.

Les solutions retenues par le règlement européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, applicable à toutes les procédures ouvertes depuis le 31 mai 2002, devraient permettre une meilleure circulation des jugements de faillite (sur le règlement : J.-L. Vallens, Vers un droit matériel européen en matière de faillite ?, *in* Actualités du droit européen des procédures collectives, LPA, 12 déc. 2003, p. 47 et s. ; D. Bureau, La fin d'un îlot de résistance. Le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 613 et s. ; M. Menjuq, La situation des créanciers dans le règlement n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité, *RJDA*, juin 2001, p. 579 et s. ; M.-L. Coquelet, La solution du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité, *L'effet international de la faillite, une réalité ?*, Dalloz, 2004, p. 29 et s.). L'article 17 du règlement pose, on le sait, le principe de la reconnaissance de plein droit et immédiate des effets produits par la loi du pays dans lequel la procédure a été ouverte. Il s'ensuivra une obligation pour tous les « *créanciers communautaires* » de déclarer leur créance lors de la procédure principale du débiteur dans les conditions prescrites par la loi de l'Etat d'ouverture. Si le règlement avait été appliqué en l'espèce, les juges belges auraient dû constater eux-mêmes l'absence de déclaration de la créance et, consécutivement, son extinction.

4 - La reconnaissance en France des injonctions Mareva

D'origine anglaise, les injonctions dites Mareva interdisent à un débiteur d'effectuer toute opération sur l'un de ses biens dans les limites fixées par le juge (G. Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, 2000, préf. H. Muir Watt). Elles ont pour finalité de protéger les droits des créanciers et sont assorties de sanctions pénales fortement dissuasives qui en assurent l'efficacité.

En 1998, M. S... avait fait l'objet d'une telle mesure ordonnée par les juridictions londoniennes. Domicilié à Paris, il espérait que la décision anglaise ne puisse pas être reconnue et exécutée sur le territoire français et soutenait à cette fin, d'une part, que la nature même de l'injonction Mareva ne la rendait pas susceptible d'être reconnue et, d'autre part, qu'une telle mesure méconnaissait les principes de l'ordre public international français.

La Cour d'appel de Paris, dans deux arrêts du 5 octobre 2000 et du 14 juin 2001, résistait à cette argumentation et confirmait l'ordonnance des premiers juges qui avaient accueilli l'injonction et lui faisaient produire ses effets (CA Paris, 5 oct. 2000 et 14 juin 2001, Rev. crit. DIP 2002, p. 704, note H. Muir Watt ; Gaz. Pal., 21-23 juill. 2002, p. 26, note M.-L. Niboyet). Le pourvoi formé par M. S... ne connut pas meilleur succès et fut rejeté par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 30 juin 2004 (RTD civ. 2004, p. 549, obs. P. Théry ; Rev. crit. 2004, p. 815, note H. Muir Watt ; Gaz. Pal., 14-15 janv. 2005, p. 28, note M.-L. Niboyet). L'importance de cette décision est incontestable puisque, pour la première fois, les juridictions françaises admettent qu'une injonction Mareva produit ses effets paralysants sur notre territoire écartant par là même les deux obstacles évoqués par l'auteur du pourvoi relatifs, d'une part, à la nature de la décision d'injonction et, d'autre part, aux contrariétés à l'ordre public international donc elle serait porteuse.

En ce qui concerne la nature de l'injonction Mareva, la Cour de cassation refuse de considérer, comme l'y invitait M. S..., qu'elle est une décision pénale. Il convient, selon elle, de distinguer entre l'injonction elle-même et la sanction de sa violation. Si la seconde est effectivement gouvernée par les règles de droit pénal anglais (« *Contemp of court* ») applicables sur le seul territoire du juge britannique, il n'en est pas de même de l'injonction qui peut être qualifiée de « *mesure conservatoire et provisoire de nature civile* » et tombe ainsi sous le coup des dispositions de la Convention de Bruxelles et du règlement du 22 décembre 2000 relatives à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Le raisonnement est convaincant mais laisse subodorer plusieurs difficultés non négligeables déjà décrites par la doctrine (M.-L. Niboyet, Gaz. Pal., 21-23 juill. 2002, spéc. p. 29 ; *ibid.*, 14-15 janv. 2005, spéc. p. 29). En particulier, et dans la mesure où les sanctions pénales anglaises initialement attachées à l'injonction ne peuvent être mises en oeuvre en France, il n'est pas inutile de s'interroger sur les mesures à mettre en place en cas de non-respect de l'injonction sur le territoire français.

En ce qui concerne la contrariété de l'injonction Mareva à l'ordre public international français, les orientations adoptées par la Cour de cassation sont tout aussi claires. A M. S... qui soutenait, sans autres précisions d'ailleurs, que l'injonction prononcée contre lui était contraire au principe fondamental du droit français en vertu duquel tout propriétaire de biens situés en France est libre d'en disposer et de contracter à leur sujet, la Cour répond que l'injonction a pour finalité de préserver les droits légitimes du créancier et ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur. L'analyse est justifiée tant au regard du droit interne de la propriété qu'au regard des règles applicables aux mesures provisoires et conservatoires de la Convention de Bruxelles. L'ultime chance pour M. S... était alors de confronter l'injonction Mareva aux exigences de l'ordre public international procédural. Pour ce faire, deux voies furent empruntées qui, se révélèrent l'une et l'autre sans issue. Qu'il s'agisse, tout d'abord, de l'exigence d'une signification régulière et faite en temps utile telle qu'elle est prévue par l'article 27-2 de la Convention de Bruxelles, étant entendu que ces conditions ne sont en rien particulières à l'injonction. Mais, les faits suffisaient à vaincre l'argument. Qu'il s'agisse, également, du respect du principe du contradictoire et des droits de la défense dans la mesure où l'injonction peut débiter par la présentation d'une requête unilatérale et empêcher le débiteur de présenter ses moyens de défense. Mais, à nouveau, les faits établissaient que M. S... avait été mis en mesure de se défendre. En définitive, aucune violation de l'ordre public procédural international n'ayant été constatée, l'injonction Mareva présentait toutes les qualités requises pour être reconnue et exécutée en France conformément aux dispositions de la Convention de Bruxelles. On observera, d'ailleurs, dans les traces d'autres auteurs (N. Bouche, note préc.), que la reconnaissance des injonctions devrait être suffisante dans la mesure où elles n'imposent aucune contrainte mais créent seulement une obligation de ne pas faire et qu'il n'est nul besoin de les rendre exécutoires. Il suffit, selon les articles 26, alinéa 1er, et 27-1 qu'elles interviennent dans le domaine de la Convention et respectent l'ordre public international de l'Etat requis pour être reconnues de plein droit.

La réception des injonctions Mareva en France a franchi un pas important en 2004, mais, on le voit, la route qui mène à un régime juridique abouti est encore bien longue.

H. C.

Mots clés :

CONFLIT DE JURIDICTIONS * Panorama 2004

CONFLIT DE LOIS * Panorama 2004

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2012