

Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano

I. Introduction

1 L'intérêt et l'importance des mesures provisoires dans le contentieux commercial international n'est plus à démontrer, qu'il s'agisse d'assurer la protection de droits intellectuels¹, de solliciter la désignation d'experts², de bloquer ou de libérer le paiement d'une garantie à première demande³, d'obtenir la livraison de marchandises⁴ ou encore le paiement à titre provisionnel d'une contre-prestation contractuelle⁵.

Le souci de donner aux mesures provisoires et conservatoires toute leur efficacité et d'assurer aux parties la sauvegarde de leurs droits dans les litiges internationaux a conduit à édicter des règles de compétence particulières et à reconnaître la juridiction internationale pour prendre de telles mesures, à des juges qui ne sont pas nécessairement compétents sur le fond⁶.

L'article 24 des Conventions de Bruxelles et de Lugano sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après les "Conventions") autorise ainsi la saisine, aux fins d'obtention de mesures provisoires, d'un juge qui n'est normalement pas compétent pour connaître du fond du litige. Ce chef de compétence tend à renforcer l'homogénéité de l'espace judiciaire européen en permettant, au bénéfice du juge saisi du principal, la prise de mesures dans les autres Etats contractants destinées à protéger l'autorité de la procédure au fond en cours ou sur le point d'être introduite⁷.

De nombreuses questions et controverses demeurent ouvertes quant à l'application concrète de cette disposition conventionnelle. Elles concernent l'objet des mesures sollicitées, les critères de rattachement territorial au for ou encore l'exigence de l'urgence en tant que condition du recours à ce type de mesures⁸.

La difficulté provient de la circonstance que tant la notion même de mesure provisoire que les critères de compétence applicables à ces mesures ne sont pas définis par l'article 24 qui se borne à renvoyer au droit interne pour déterminer les conditions, le contenu et les effets de ces mesures ainsi que le pouvoir de juridiction du for saisi.

2 Par deux importants arrêts du 17 novembre 1998⁹ et du 27 avril 1999¹⁰, la Cour de Justice des Communautés Européennes vient de se prononcer sur la définition (III) et les critères de compétence territoriale des mesures provisoires et conservatoires au sens de l'article 24 de la Convention de Bruxelles (II) ainsi que sur l'appartenance du référé-provision à ces mesures (IV)¹¹.

Dans ces arrêts, la Cour privilégie une interprétation autonome et axiologique de l'article 24 transformant celui-ci en un for autonome suffisant par lui-même, peu à peu dégagé du mécanisme de renvoi aux règles nationales de compétence¹² de sorte que "la maîtrise du juge du for sur l'application à son profit de l'article 24 de la Convention est plus symbolique que réelle"¹³. Le renvoi au droit national devient un renvoi "conditionnel"¹⁴.

¹ Voy. not. A. Puts, "L'intervention du juge des référés par une interdiction 'Cross border' en matière de contrefaçon internationale de brevet", *Ing.-Cons.* 1998, pp. 120 et s.; M. Pertegás-Sender, "Article 24 of the Brussels Convention: a particular reading for patent infringement disputes", in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 277 et s.

² Voy. not. Prés. Comm. Anvers 18 mai 1998, *J.P.A.* 1998, p. 458; Prés. Comm. Hasselt 20 septembre 1996, cette *Revue* 1997, pp. 324 et s., note M. Pertegás-Sender, "Mesures provisoires extra-territoriales et compétence internationale du juge belge"; Gand 8 décembre 1994, *A.J.T.* 1995-96, pp. 151 et s., note M. Clacys, "Het internationaal kort geding en artikel 24 E.E.X."; Prés. Comm. Namur 7 mai 1985, cette *Revue* 1987, p. 434, obs. N. Watté; Bruxelles 10 avril 1979, cette *Revue* 1980, p. 591, obs. N. Watté.

³ Voy. not. M. Fallon, "Le clair-obscur du droit applicable aux garanties internationales à première demande", in *L'actualité des garanties à première demande*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 60-67; Prés. Comm. Hasselt 2 octobre 1998, résumé par H. van Houtte, "Internationaal procesrecht", cette *Revue* 1999, p. 223; Bruxelles 22 décembre 1995, cette *Revue* 1996, p. 1068, note J.-P. Buyle et X. Thunis.

⁴ Voy. Prés. Comm. Bruxelles, 27 avril 1999, R.K. 128/99, publié dans ce numéro de la *Revue*, 1999, pp. [], obs. H. Boularbah.

⁵ Voy. not. Pres. Rb. Haarlem 25 octobre 1991, *N.I.P.R.* 1992, p. 203; Paris 27 novembre 1987, *Clunet* 1989, p. 96, note A. Huet; Chambéry 2 mars 1992, *Clunet* 1994, p. 173, note A. Huet.

⁶ V. Delaporte, "Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé", *Trav. com. fr. dip.*, 1987-1988, Paris, éd. C.N.R.S., 1989, p. 148.

⁷ H. Muir-Watt, "Extra-territorialité des mesures conservatoires en personam", *Rev. crit. dip.* 1998, p. 39, note (33).

⁸ Pour l'exposé le plus récent de ces questions, cons. la pénétrante étude de J.-F. van Drooghenbroeck, "Les compétences internationale et territoriale du juge du provisoire", in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 475 et s.

⁹ C.J.C.E. 17 novembre 1998, Aff. C-391/95, *Van Uden Maritime BV/Deco Ligne, Rec.*, I-7122 précédé des conclusions de l'avocat général Léger, *Rec.*, I-7093; *J.T.D.E.* 1998, p. 228; *J.C.P.*, éd. E. 1998, pp. 1950-1951; *R.D.C.* 1999, 611. Sur cet arrêt, cons. H. van Houtte, "Internationaal procesrecht en arbitrage", cette *Revue* 1999, p. 134; J. Normand, "Jurisprudence française en matière de droit privé", *Rev. trim. dr. civ.* 1999, pp. 180 et s.; note sous les arrêts Van Uden (C.J.C.E. 17 nov. 1998) et Bachy (Civ. 1re 13 avr. 1999), *Rev. crit. dip.* 1999, pp. 340 et s.; H. Gaudemet-Tallon, note sous C.J.C.E. 17 novembre 1998, *Rev. arb.* 1999, pp. 143 et s.; A. Huet, "Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *Clunet*, 1999, pp. 613 et s.; W.D.H. Assor, "Overheidsechtspraak", *T.v.A.* 1999, pp. 29 et s.; J. J. van Haersolte-van Hof, "Artikel 24 EEX: het kort geding in beginsel gered", *N.T.E.R.* 1999, pp. 63 et s.; C.W. Lange, "Het Nederlandse 'Incasso kort geding' EEXit?", *N.J.B.* 1999, pp. 157 et s.

¹⁰ C.J.C.E. 27 avril 1999, Aff. C-99/96, *Mietz/I.Y.S. BV*, non encore publié au Recueil; *J.C.P.*, éd. E., 1999, pp. 888-889.

¹¹ Les faits ayant donné lieu au prononcé de ces arrêts ne seront pas exposés dans le cadre de la présente étude. Il suffira de préciser que, dans la première espèce, le litige concernait la détermination de la compétence pour accorder en référé une provision en présence d'une clause d'arbitrage et que, dans la seconde espèce, il avait trait à l'exequatur d'une décision de référé-provision. L'arrêt du 27 avril 1999 concerne également l'interprétation de la notion de contrat ayant pour objet la fourniture de services ou d'un objet mobilier corporel au sens de l'article 13, alinéa 1er, de la Convention de Bruxelles.

¹² M. Pertegás-Sender, *op. cit.*, p. 281, n° 5.

¹³ J.-F. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 485, n° 14.

¹⁴ J. Normand, *op. cit.*, *Rev. crit. dip.*, 1999, p. 359, n° 21.

La matière ayant déjà été largement traitée¹⁵ notre propos sera uniquement d'éclairer le praticien sur la portée des règles posées et retenues par la Cour de Justice dans ces deux récents arrêts ainsi que sur les réflexions qu'elles peuvent susciter.

II. La détermination de la compétence internationale du juge du provisoire

A. L'aptitude à statuer au provisoire des juridictions compétentes au fond

3 La Cour précise pour la première fois que toute juridiction compétente pour connaître du fond du litige en vertu des articles 2 à 18 des Conventions est, par là même, compétente pour ordonner les mesures provisoires ou conservatoires qui s'avèrent nécessaires^{16, 17}. Dans ce cas, la compétence au provisoire n'est subordonnée à au-

cune autre condition¹⁸, notamment pas à l'exigence que la condamnation sollicitée doive pouvoir être exécutée dans l'Etat du juge saisi¹⁹. De même, il est certain que le juge du principal dispose également du pouvoir de prononcer des injonctions provisoires de portée exclusivement extra-territoriale²⁰.

4 Enfin, le juge du fond n'est pas tenu d'avoir recours à l'article 24 de la Convention^{21, 22}, sa compétence pour statuer au provisoire est suffisamment établie sur le fondement des autres règles de la Convention²³. Dès lors, cette compétence cesse et les mesures provisoires ou conservatoires ne peuvent plus être ordonnées sur le fondement d'une règle prévue aux sections 2 à 7 de la Convention lorsque les parties ont valablement soustrait leur litige à la compétence des juridictions étatiques pour l'attribuer à une juridiction arbitrale²⁴. Dans ce cas, une juridiction étatique ne peut être habilitée, sur la base de la

¹⁵ Voy. outre les références déjà citées, P. Gothot et D. Holleaux, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Jupiter, 1985, pp. 114 et s.; N. Janssens, "La compétence internationale du juge siégeant en référé", *Cah. dr. jud.* 1992, n° 10, pp. 111 et s.; M. Fallon, "Le référé international en matière civile et commerciale", *Rev. Dr. ULB* 1993, pp. 43 et s.; P. Jenard, "La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements", *Rép. Not.* T. XI, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 154 et s.; P. de Vareilles-Sommières, "La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires", *Rev. crit. dip.* 1996, pp. 398 et s.; H. Gaudemet-Tallon, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 193 et s.; Y. Donzallaz, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988*, Volume I, Berne, Staempfli+Cie SA, 1996, pp. 603 et s.; M. Pertegás-Sender, "Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen", in *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, pp. 128 et s.; H. Muir-Watt, "Au pays des merveilles : le contentieux du provisoire dans l'ordre international", *Justices* 1997, pp. 175 et s.; J. Cl. Wivinius, "Les Conventions de Bruxelles de 1968 et de Lugano de 1988 à travers la jurisprudence luxembourgeoise", *Bull. Cercle F. Laurent* 1998, pp. 112 et s.; G. de Leval, "Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires", in *Les mesures provisoires en droit...*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 423 et s.; C. van Nispen, "Requiem voor de 'Dutch cross-border injuncties' praktijk?", *B.I.E.*, 1998, pp. 181 et s.; J.-F. van Drooghenbroeck, "Les contours de l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Eléments de réflexion", in *L'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, pp. 251 et s.; H. Born, "L'article 24 de la Convention de Bruxelles", in *L'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, pp. 269 et s.

¹⁶ La solution était unanimement admise en doctrine, voy. not. M. Fallon, *op. cit.*, p. 55, n° 10; H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano*, *op. cit.*, pp. 193-194; J.-F. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 486 et s., n°s 15 et s.

¹⁷ On relèvera à ce propos que suivant la Cour de cassation belge, il existe une situation de litispendance lorsqu'une même demande de mesure provisoire est portée devant le juge des référés et devant le juge du fond (Cass. 29 mai 1998, *R.D.J.P.* 1999, p. 106). Il est par conséquent possible d'imaginer l'hypothèse d'une situation de litispendance internationale au sens de l'article 21 des Conventions dès lors que le juge siégeant au fond serait saisi d'une demande de mesures provisoires qui seraient simultanément demandées à un juge étranger statuant sur pied de l'article 24 des Conventions (voy. toutefois *contra*, Y. Donzallaz, *op. cit.*, p. 624, n° 1651). Sur la survenance possible d'une telle situation dans le cadre de la Convention de Bruxelles, cons. M. Fallon, *op. cit.*, p. 61, n°15.

¹⁸ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 22; C.J.C.E. 27 avril 1999, point 41. "Si ce juge est compétent au fond, les mesures provisoires et conservatoires apparaissent comme un simple incident ou une étape de la procédure sur le fond et elles n'obéissent pas à un régime particulier" (V. Delaporte, *op. cit.*, p. 148).

¹⁹ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 22 qui renvoie à la troisième question préjudicielle posée par le Hoge Raad der Nederlanden. Pour une analyse approfondie de cette question, cons. les conclusions de l'avocat général Léger avant C.J.C.E. 17 novembre 1998, points 91 et s. Le juge compétent au titre des articles 2 à 18 de la Convention peut par conséquent ordonner en référé le paiement d'une somme d'argent par une ordonnance exécutoire par provision sans que cette compétence puisse être subordonnée à la condition que cette ordonnance puisse être exécutée dans son Etat (J.-F. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 490, n° 20).

²⁰ M. Fallon, "Le clair-obscur...", *op. cit.*, p. 64; Y. Donzallaz, *op. cit.*, p. 609, n° 1608.

²¹ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 19; C.J.C.E. 27 avril 1999, point 40.

²² Il est dès lors inutile pour la juridiction compétente au fond, par exemple sur la base de l'article 5, point 1, de la Convention de justifier en outre sa compétence sur pied de l'article 24 (Concl. avocat général Léger, point 98) (Voy. par conséquent à tort T.T. Bruxelles (réf.), 29 juin 1998, *J.T.* 1998, p. 779, qui combine les articles 5, point 1, et 24 ou Bruxelles, 10 avril 1979, cette *Revue* 1980, p. 591, obs. N. Watté, qui combine les articles 6 et 24. Voy. en revanche, à juste titre, Hof 's Gravenhage 7 décembre 1995, *B.I.E.* 1998, p. 87).

²³ Dans l'arrêt du 27 avril 1999, la Cour admet à cet égard que, dans le cadre du contrôle extraordinaire et limité qu'il exerce sur la compétence du juge d'origine, le juge requis puisse autoriser l'exequatur de la décision étrangère, même si le juge d'origine était incompétent au fond, par exemple, en raison de la violation d'une règle de compétence impérative (tel l'article 13 de la Convention), à la condition que la juridiction d'origine ait néanmoins pu être compétente sur la base de l'article 24 pour ordonner des mesures provisoires (point 45).

²⁴ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 24. La Cour ne précise cependant pas s'il appartient au juge saisi au fond sur pied d'une règle de compétence figurant aux articles 2 à 18 de la Convention de vérifier si cette clause est ou non valable (Dans ce sens, voy. Rapport Scholsser, point 62, § 3).

Convention, à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires qu'en vertu de l'article 24²⁵.

B. La compétence du juge du provisoire sur la base de l'article 24 des Conventions

B.1. L'autonomie du for de l'article 24 des Conventions

5 La procédure tendant à l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires est autonome par rapport à la procédure au fond ou par rapport à la procédure arbitrale et cette autonomie se traduit par la possibilité d'introduire une demande de mesures provisoires même si une procédure au fond a déjà été introduite²⁶ ou peut l'être dans un

autre Etat²⁷ et même si cette procédure devait se dérouler devant des arbitres²⁸.

La compétence prévue au titre de l'article 24 de la convention n'est par ailleurs pas conditionnée par l'engagement préalable d'une procédure sur le fond²⁹.

B.2. Les critères de rattachement juridictionnel au for

6 Les Conventions renvoient au droit national pour l'établissement de la compétence dans le cadre de l'article 24.

Contrairement à l'opinion dominante de la doctrine³⁰ et de la jurisprudence³¹, la Cour de justice³² admet à cet égard que les fors de compétence exorbitants de l'article 3, alinéa 2, de la Convention de Bruxelles (notamment l'article 15 du Code civil et l'article 638 du Code judiciaire) puissent jouer dans le cadre de l'article 24³³.

7 La Cour nuance immédiatement cette solution et précise que, fondée ou non sur for de compétence exorbitant, l'application de l'article 24 est subordonnée, notamment, à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet de cette mesure et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi³⁴. Le critère de la territorialité des mesures provisoires³⁵, amorcé de manière

²⁵ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 25. L'article 24 de la Convention ne saurait toutefois être invoqué pour faire rentrer dans le champ d'application de celle-ci les mesures provisoires ou conservatoires relatives à des matières qui en sont exclues (C.J.C.E. 27 mars 1979, *De Cavel*, Aff. 143/78, *Rec.*, p. 1055, point 9; C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 30 - cette référence à l'arrêt *De Cavel I* et indirectement à l'arrêt *W/H* (C.J.C.E. 31 mars 1982, Aff. 25/81, *Rec.*, p. 1189, point 12) n'est pas très appropriée dès lors que dans son arrêt *De Cavel II*, la Cour avait modifié sa terminologie pour décider que "les demandes accessoires relèvent du champ d'application de la Convention suivant la matière qu'elles concernent et non suivant la matière dont relève la demande principale" (C.J.C.E. 6 mars 1980, Aff. 120/79, *Rec.*, p. 731, point 9)). Même si l'arbitrage est exclu du champ d'application de la Convention, cette exclusion ne vise toutefois que l'arbitrage en tant que matière dans son ensemble, y compris les procédures introduites devant les juridictions étatiques; c'est-à-dire le contentieux spécifique engendré par l'arbitrage (C.J.C.E. 25 juillet 1991, *Rich*, Aff. C-190/89, *Rec.*, I-3855, point 18; C.J.C.E. 17 novembre 1998, points 31 et 32; B. Audit, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles", in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 19). En l'espèce, les mesures provisoires qui s'imposent dans les relations entre parties liées par une convention d'arbitrage n'ont pas, en principe, pour objet de mettre en oeuvre une procédure d'arbitrage, mais sont adoptées parallèlement à une telle procédure et sont destinées au soutien de celle-ci. L'objet de ces mesures ne porte pas sur l'arbitrage en tant que matière (elles ne visent pas la validité ou la nullité d'une convention d'arbitrage, la désignation ou la récusation d'un arbitre, la détermination du lieu de l'arbitrage, la prorogation du délai fixé pour le prononcé de la sentence, l'injonction à une partie de ne pas recourir à l'arbitrage, l'annulation, la modification, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence (C.J.C.E. 17 novembre 1998, points 32 et 33). Leur appartenance au champ d'application de la convention est donc déterminée non par leur nature propre, mais par la nature des droits dont elles assurent la sauvegarde (C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 33). La Cour aurait pu rajouter, à la suite de l'avocat général Léger, que les matières exclues, tel l'arbitrage, ne le sont que si elles font l'objet principal du litige (Rapport Jenard, p. 10) et qu'en l'espèce, l'objet de la demande provisoire de Van Uden ne portait nullement sur la matière arbitrale (Concl. précitées, point 62). Selon H. Gaudemet-Tallon, la solution retenue par la Cour est toutefois critiquable dans la mesure où tant l'esprit que la lettre de l'article 24 de la Convention requièrent qu'il existe un juge compétent pour statuer au fond sur la base des règles de la Convention de Bruxelles, ce qui n'est pas le cas en présence d'une convention d'arbitrage (H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, *Rev. arb.*, 1999, pp. 156 et s. Comp. les conclusions de l'avocat général Léger avant C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 128 suivant lequel "il suffit que la possibilité de trancher l'affaire au fond existe")

²⁶ Hof Amsterdam 16 juillet 1992, *N.I.P.R.* 1992, p. 711.

²⁷ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 29. *Contra*, Court of Appeal London, 27 octobre 1997, *B. I. E.* 1998, p. 53, note J. Brinkhof. Sur l'application de l'article 24 de la Convention même en présence d'une clause de juridiction, cons. Mons, 2 février 1988, cette *Revue* 1989, p. 198.

²⁸ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 34. La solution est conforme à celle généralement acceptée par les droits des divers systèmes juridiques qui admettent que, en présence d'une clause d'arbitrage, le juge étatique garde une compétence pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires (voy. not. G. de Leval, *op. cit.*, pp. 436-437; L. Salvaneschi, "Mesures provisoires et arbitrage en droit italien", in *Les mesures provisoires en droit belge...*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 448 et s.; J. Normand, "Les mesures provisoires et l'arbitrage", in *Les mesures provisoires en droit belge...*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 461 et s.; A. Reiner, "Les mesures provisoires et conservatoires et l'Arbitrage international notamment l'Arbitrage CCI", *Clunet* 1998, pp. 853 et s.; A. Hory, note sous Cass. fr. 10 mars 1998 et Versailles 8 octobre 1998, *Rev. arb.* 1999, pp. 57 et s.).

²⁹ Concl. av. général Léger avant C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 129; C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 34.

³⁰ A. Nuyts, "Questions de procédure : la difficile coexistence des règles conventionnelles et nationales", in *L'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, p. 247, n°9; P. Gothot et D. Holleaux, *op. cit.*, p. 115, n° 203; M. Fallon, *op. cit.*, pp. 55-56, n° 10; M. Clacys, *op. cit.*, p. 153, n° 6; H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, *op. cit.*, p. 197, n° 271; H. Born, *op. cit.*, pp. 274-275.

³¹ Voy. not. Prés. Rb. Maastricht 20 juin 1997, *N.I.P.R.*, 1998, p. 160.

³² Conformément aux conclusions de son avocat général Léger avant C.J.C.E. 17 novembre 1998, points 133 et s.

³³ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 42.

³⁴ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 40.

³⁵ Sur ce critère, cons. récemment M. Pertegás-Sender, "Mesures provisoires extra-territoriales et compétence internationale du juge belge", *op. cit.*, p. 324; J.-F. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, in *L'espace judiciaire européen*, pp. 252 et s.; H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, *op. cit.*, pp. 197-198, n° 271 et les rapprochements judicieusement opérés par ces auteurs avec la compétence territoriale nationale du juge des référés en droits belge et français.

re souple dans l'arrêt *Denilauler*³⁶, avait été largement repris par la doctrine³⁷ et la jurisprudence³⁸. Il est maintenant expressément consacré comme condition de la compétence du for saisi sur pied de l'article 24.

Ce critère ne doit cependant pas s'entendre de manière trop restrictive. Il n'est pas interdit que la mesure sollicitée puisse également produire des effets dans un autre Etat contractant dès lors qu'elle est exécutable, au moins partiellement, dans l'Etat du for saisi³⁹. En revanche, il est totalement exclu que la mesure puisse être demandée à un juge qui ne possède aucun rattachement avec le lieu d'exécution de la mesure et que celle-ci doit être intégralement mise en oeuvre dans un autre Etat contractant⁴⁰.

8 On peut se demander si les termes "rattachement réel" utilisés par la Cour visent le rattachement à la chose (*res*) ou à l'objet, c'est-à-dire le lieu où se trouve le bien à saisir, à expertiser ou à administrer, l'enfant à garder, le document à produire et de manière plus générale le lieu ou la mesure doit être exécutée⁴¹, le *forum arresti ou acti*⁴² excluant par là les mesures *in personam*⁴³, telle la *Mareva injunction* de droit anglais⁴⁴ ou s'ils signifient simplement que le rattachement au for saisi doit être réel, c'est-à-dire effectif et non artificiel de sorte que l'existen-

³⁶ C.J.C.E. 21 mai 1980, Aff. 125/79, *Denilauler*, Rec., p. 1553, point 16: "C'est certainement le juge du lieu ou en tout cas de l'Etat contractant où sont situés les avoirs qui feront l'objet de mesures sollicitées qui est le mieux à même d'apprécier les circonstances qui peuvent amener à octroyer ou à refuser les mesures sollicitées ou à prescrire des modalités et conditions que le requérant devra respecter afin de garantir le caractère provisoire des mesures autorisées".

³⁷ Voy. les références citées à la note 35.

³⁸ Prés. Rb. Maastricht 20 juin 1997, *N.I.P.R.* 1998, p. 160; Gand 8 décembre 1994, *A.J.T.* 1995-96, p. 151; Hof Amsterdam 25 février 1993, *N.I.P.R.* 1993, p. 458; Prés. Rb. Assen 10 juillet 1992, *N.I.P.R.* 1992, p. 745.

³⁹ Dans son arrêt du 21 mai 1980, la Cour a en effet admis que les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées sur pied de l'article 24 puissent faire l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution dans les conditions prévues par les articles 25 et s. de la Convention (C.J.C.E. 21 mai 1980, point 17). Voy. également dans ce sens, l'ancien projet de réforme de la Convention de Bruxelles qui prévoyait d'insérer dans celle-ci un article 18bis disposant en son alinéa 1er que "les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant, si elles doivent être exécutées sur son territoire, quel que soit le lieu où se produisent leurs effets, peuvent être demandées dans cet Etat, même si, en vertu de la présente convention, la juridiction d'un autre Etat contractant est compétente pour en connaître au fond". Ce projet de modification a cependant actuellement été abandonné, l'article 24 demeurant dans sa version actuelle. Voy. contra, Hof 's Hertogenbosch 14 avril 1992, *N.I.P.R.* 1992, p. 725; Hof Amsterdam 9 janvier 1997, *N.I.P.R.* 1998, p. 245; Pres. Rechtbank 's-Gravenhagen 17 avril 1997, *I.E.R.* 1997, p. 116; Hof Den Haag 23 avril 1998, *B.I.E.* 1998, p. 181; W.D.H. Asser, *op. cit.*, p. 33, n° 10.4.

⁴⁰ M. Pertegás-Sender, "Mesures provisoires extra-territoriales...", *op. cit.*, p. 326.

⁴¹ Dans ce sens, J. Normand, *op. cit.*, *Rev. crit. dip.* 1999, p. 362, n° 30; H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, *Rev. arb.*, 1999, p. 164; A. Huet, *op. cit.*, *Clunet*, 1999, p. 621.

⁴² J.J. van Haersolte-van Hof, *op. cit.*, p. 67.

⁴³ On sait en effet que dans ce cas, l'injonction n'opérant pas *in rem*, la présence de biens du défendeur dans le ressort du for est indifférente. La mesure étant prise *in personam*, c'est le lien qui rattache le défendeur à l'ordre du for qui est seul pris en considération.

⁴⁴ Voy. H. Muir Watt, "Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam*", *op. cit.*, pp. 34-35.

ce d'un lien véritable entre le destinataire de l'injonction et le for saisi suffirait à fonder la compétence du juge du provisoire.

Eu égard aux expressions utilisées par la Cour dans les arrêts du 21 mai 1980 (lieu où sont situés les avoirs) et du 17 novembre 1998 (lien de rattachement réel entre l'objet de la mesure et la compétence territoriale du for), seule la première thèse, restrictive, nous paraît devoir être retenue.

9 Une distinction plus subtile encore peut être faite quant à l'établissement du lien de rattachement réel à l'ordre territorial du juge du provisoire. Suffit-il que la mesure doive être exécutée, même dans un second temps, sur le territoire du for ou faut-il que le bien ou la personne, faisant l'objet de la mesure soit situé - au moment où le juge est saisi - dans sa sphère de compétence territoriale?

A nos yeux, seul le juge du provisoire de l'Etat où se trouve l'objet de la mesure - lors de l'introduction de la demande - est compétent pour se prononcer sur les mesures qui se rapportent à cet objet. Ce qui importe en effet, c'est le lieu où la mesure doit être exécutée *ab initio* ou immédiatement même si - *in fine* ou ultérieurement - elle peut produire des effets dans un autre Etat contractant, notamment si le défendeur déplace, en cours d'instance, l'objet de la mesure ou si la mesure tend à ce que celui-ci soit transféré dans un autre Etat⁴⁵. La solution est justifiée par les principes de proximité et de rapidité (qui implique notamment l'absence d'une quelconque procédure d'exequatur) qui sont à la base de l'article 24 des Conventions.

C'est dès lors à juste titre, selon nous, que dans une ordonnance récente, le Président du tribunal de commerce de Bruxelles s'est déclaré sans juridiction pour ordonner sur la base de l'article 24 de la Convention de Bruxelles, la livraison en Belgique de marchandises situées dans un autre Etat⁴⁶.

C. La compétence du juge du provisoire sur la base de l'article 18 des Conventions

10 Dans son arrêt du 27 avril 1999, la Cour relève également que le fait que le défendeur compare devant le juge des référés dans le cadre d'une procédure expéditive, destinée à l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires en cas d'urgence et qui ne préjudicie pas l'examen de l'affaire au fond, ne permettrait, en soi, à conférer à ce juge, en vertu de l'article 18 de la Convention de Bruxelles, une compétence illimitée pour ordonner toute mesure

⁴⁵ Voy. J.-F. van Drooghenbroeck, "Les contours de...", *op. cit.*, p. 255, n° 4: "l'on peut concevoir qu'une mesure provisoire doive être exécutée sur le territoire d'un autre Etat que celui de la juridiction qu'il l'a accordée en raison du déplacement de l'"assiette" de la mesure du second Etat vers le premier (un enfant, des titres, un compte bancaire, un meuble corporel, etc...)".

⁴⁶ Prés. Comm. Bruxelles, 27 avril 1999, cette *Revue*, 1999, pp. 625, obs. H. Boularbah.

provisoire ou conservatoire qu'il considérerait appropriée comme s'il était compétent, en vertu de la Convention, pour connaître du fond⁴⁷.

Cette thèse nous paraît totalement inexacte. Sous réserve des dispositions de l'article 16 des Conventions, l'article 18 fonde, par le mécanisme de la prorogation tacite de compétence, le pouvoir du juge saisi, sans contestation de sa compétence par le défendeur, de connaître du litige que celui-ci ait traité au fond ou porte sur des mesures provisoires⁴⁸.

III. Les mesures provisoires et conservatoires au sens de l'article 24 des Conventions

11 La Cour confirme sa jurisprudence antérieure sur la définition des mesures provisoires au sens de l'article 24 des Conventions en rappelant que ce sont celles qui sont destinées "à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond"^{49, 50} et que "l'octroi de ce genre de mesures demande de la part du juge saisi une circonspection particulière et une connaissance approfondie des circonstances concrètes dans lesquelles les mesures sollicitées sont appelées à produire leurs effets. Suivant le cas, et notamment suivant les usages commerciaux, il doit pouvoir limiter son autorisation dans le temps ou, en ce qui concerne la nature des avoirs ou marchandises qui font l'objet des mesures envisagées, exiger des garanties bancaires ou désigner un séquestre et, de façon générale, subordonner son autorisation à toutes les conditions qui garantissent le caractère provisoire ou conservatoire de la mesure qu'il ordonne"⁵¹.

Les critères autonomes de la notion communautaire de mesure provisoire sont ainsi clairement établis. Ce n'est pas tant sa nature - mesure d'attente, de conservation, de réglementation ou d'anticipation - qui importe mais bien sa réversibilité⁵² ou encore sa précarité⁵³ ainsi que sa nécessité pour garantir l'efficacité de la décision à intervenir sur le fond.

12 Il incombe dès lors à la juridiction qui ordonne des mesures provisoires sur le fondement de l'article 24 de prendre en considération la nécessité d'imposer des conditions ou modalités destinées à garantir le caractère provisoire ou conservatoire de celles-ci⁵⁴. Un "principe de

précaution renforcée"⁵⁵ s'impose au juge du provisoire. La mesure provisoire doit être réversible, son produit intégralement restituable au défendeur, ce qui doit conduire la juridiction saisie à s'assurer que tel puisse être effectivement le cas.

La Cour précise cette exigence dans son arrêt du 27 avril 1999 en relevant qu'il importe de veiller à ce que l'exécution, dans l'Etat requis, des mesures provisoires ou conservatoires prétendument fondées sur la compétence prévue à l'article 24 de la Convention de Bruxelles, mais qui vont *au-delà de cette compétence*, n'aboutisse pas à contourner les règles de compétence du fond énoncées aux articles 2 et 5 à 18 de la Convention⁵⁶. En effet, certaines des mesures ordonnées par le juge d'origine peuvent être qualifiées de mesures provisoires au sens de l'article 24 de la Convention de Bruxelles alors que d'autres iraient *au-delà des limites prévues par cette disposition*⁵⁷.

13 En ce qui concerne son objet, la mesure provisoire peut tendre à figer une situation ou à la modifier en vue de protéger les droits du demandeur et même anticiper le fond du litige si elle est de nature à sauvegarder les intérêts en péril du demandeur et qu'elle se situe dans le cadre de la mise en place d'un "statut protecteur temporaire" établi dans l'attente du jugement au fond⁵⁸.

14 Pour qualifier au regard de ces critères, le kort geding néerlandais visé par les articles 289 à 297 du Code de procédure civile néerlandais⁵⁹ de mesure du type de celles visées à l'article 24 de la Convention de Bruxelles, la Cour relève dans son arrêt du 27 avril 1999 que cette procédure permet au président du tribunal d'accorder des mesures provisoires dans toutes les affaires qui, compte tenu des intérêts des parties, requièrent une mesure immédiate en raison de l'urgence⁶⁰; que ces décisions au provisoire ne portent pas préjudice à l'affaire au principal; que le kort geding peut être engagé sans qu'il soit nécessaire d'introduire une procédure au fond devant le tribunal compétent mais que le président peut toutefois renvoyer les parties à la procédure ordinaire⁶¹; que le kort geding peut être engagé dans les plus brefs délais et que l'appel doit, sous peine d'irrecevabilité, être interjeté dans un délai de deux semaines⁶².

⁴⁷ C.J.C.E. 27 avril 1999, point 52.

⁴⁸ Voy. dans ce sens, Hof te 's-Gravenhage 1 décembre 1994, *I.E.R.* 1995, p. 15.

⁴⁹ C.J.C.E. 26 mars 1992, Aff. C-261/90, Reichert II, *Rec.*, I-2149. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que l'action paulienne, prévue en droit français, ne relevait pas du champ d'application de la convention.

⁵⁰ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 37.

⁵¹ C.J.C.E. 21 mai 1980, Aff. 125/79, Denilauler, *Rec.*, p. 1553, point 15; C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 38.

⁵² Voy. Gerechtshof te 's-Gravenhage, 16 janvier 1992, *B.I.E.*, 1993, p. 44.

⁵³ Y. Donzallaz, *op. cit.*, p. 613, n° 1617.

⁵⁴ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 41.

⁵⁵ J. Normand, *op. cit.*, *Rev. crit. dip.*, 1999, p. 361, n° 27.

⁵⁶ C.J.C.E. 27 avril 1999, point 47.

⁵⁷ C.J.C.E. 27 avril 1999, point 46.

⁵⁸ Le juge du provisoire procédera à cet égard au "test de l'utilité" de la procédure au fond après l'octroi des mesures provisoires, selon l'expression de J.-F. van Drooghenbroeck (*op. cit.*, p. 507).

⁵⁹ Sur l'analyse de cette procédure, cons. les conclusions de l'avocat général Léger précédant C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 117.

⁶⁰ C.J.C.E. 27 avril 1999, point 34.

⁶¹ C.J.C.E. 27 avril 1999, point 35.

⁶² C.J.C.E. 27 avril 1999, point 37.

IV. L'appartenance du référé-provision aux mesures provisoires et conservatoires de l'article 24 des Conventions

15 La qualification du référé-provision, mesure d'anticipation par excellence, comme mesure provisoire et conservatoire a été présentée à juste titre comme une forme de subversion⁶³. Elle pourrait en effet aboutir à détourner les règles de compétence du Titre II des Conventions au profit d'un *forum actoris*⁶⁴.

Jusqu'à l'arrêt du 17 novembre 1998, la question demeurait cependant très discutée tant en jurisprudence⁶⁵ qu'en doctrine⁶⁶.

La Cour n'a pas été totalement insensible aux critiques de la doctrine et relevé que s'il ne peut être exclu que le paiement à titre de provision d'une contre-prestation contractuelle, même pour un montant équivalent à celui réclamé au principal, soit nécessaire pour garantir l'efficacité de la décision au fond⁶⁷, ordonner un paiement à titre de provision est, de par sa nature, susceptible de se substituer à la décision du juge du fond ainsi que de permettre au demandeur d'obtenir la condamnation au paiement d'une somme d'argent par les juridictions de son propre domicile et de la faire ensuite reconnaître dans l'Etat du défendeur, ce qui aboutirait à contourner les règles de compétence établies par les Conventions⁶⁸.

Tel était d'ailleurs le cas dans l'espèce ayant donné lieu au prononcé de l'arrêt du 27 avril 1999, le demandeur, dont le siège social était situé aux Pays-Bas s'était adressé aux juridictions de son Etat pour obtenir en référé la condamnation du défendeur au paiement des deux tiers de sa créance. Après avoir obtenu gain de cause, il avait ensuite tenté de faire exécuter l'ordonnance de référé-provision en Allemagne où était situé le domicile du défendeur.

16 Afin de contrecarrer de tels stratagèmes, la Cour décide dès lors que le paiement à titre de provision d'une

contre-prestation contractuelle ou de toute autre somme ne constitue pas une mesure provisoire au sens de l'article 24 à moins que, d'une part, le remboursement éventuel au défendeur de la somme allouée soit garanti dans l'hypothèse où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause au fond et, d'autre part, la mesure demandée ne porte - du moins dans la formulation de l'acte qui la sollicite⁶⁹ - que sur des avoirs déterminés du défendeur se situant, ou devant se situer, dans la sphère de la compétence territoriale du juge saisi⁷⁰.

Il s'agit de l'application au référé-provision des critères précédemment dégagés par la Cour: la réversibilité (garantie par l'exigence de la constitution d'une caution ou d'un cantonnement) ainsi que la territorialité de la mesure (assurée par la condition de localisation des biens du débiteur sur le territoire du for saisi).

17 La condition de réversibilité suscite une interrogation fondamentale quant à son application concrète au référé-provision dont une des conditions est, en droits belge⁷¹ et français⁷² à tout le moins, la situation grave de besoin du demandeur et la nécessité impérieuse de l'encaissement immédiat de l'indemnité réclamée. On peut en effet se demander comment concilier cette exigence issue du droit national avec l'obligation communautaire de consigner les fonds, qui entrave évidemment leur encaissement immédiat si elle est entendue comme pouvant être satisfaite après la décision⁷³, voire qui s'avère tout simplement impraticable si sa vérification préalable subordonne l'établissement même de la compétence du juge du provisoire⁷⁴.

18 La condition de localisation dans l'Etat du juge du provisoire des avoirs du débiteur sur lesquels la provision pourra être exécutée n'est pas plus aisée à réaliser. La Cour précise que les avoirs du débiteur situés dans la sphère de compétence territoriale du for saisi doivent être "déterminés". Cela signifie-t-il qu'ils doivent être désignés, précisés par l'ordonnance accordant le bénéfice de la provision, avec cette conséquence inattendue que celle-ci ne pourrait être exécutée exclusivement que sur ces derniers⁷⁵.

Tel ne nous semble pas être la portée des arrêts. La Cour exige simplement que - au moment de la saisine du juge

⁶³ P. Gothot et D. Holleaux, *op. cit.*, p. 116, n° 204.

⁶⁴ H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, *op. cit.*, p. pp. 194-195.

⁶⁵ Voy. not. en faveur de la qualification du référé-provision comme mesure provisoire au sens de l'article 24, Chambéry 2 mars 1992, *Clunet*, 1994, p. 173, obs. A. Huet; Paris 27 novembre 1987, *Clunet* 1989, p. 96, obs. A. Huet. Contra, voy. Rennes 4 novembre 1992, *Clunet* 1994, p. 173, obs. A. Huet; Pres. Rb. Haarlem 25 octobre 1991, *N.I.P.R.* 1992, p. 203.

⁶⁶ Pour la qualification de mesure provisoire, cons. G. de Leval, *op. cit.*, p. 442; P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 412, n° 14. Contra, voy. not. V. Delaporte, *op. cit.*, p. 153; J.-F. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 495, n° 27. Suivant l'article 22 de la résolution adoptée par l'Association de droit international en août 1996 sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international, le référé-provision ne peut être qualifié de mesure provisoire ou conservatoire dans le contentieux privé international (voy. *Clunet*, 1997, p. 113).

⁶⁷ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 45 citant, en droit communautaire, C.J.C.E. 29 janvier 1997, Antonissen/ Conseil et Commission, C-393/96 P (R), *Rec.*, p. I-441, point 37.

⁶⁸ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 46. Sur cette question, la Cour s'écarte largement des conclusions de l'avocat général Léger, point 120 et point 140.

⁶⁹ Voy. *infra*, n° 17.

⁷⁰ C.J.C.E. 17 novembre 1998, point 47; C.J.C.E. 27 avril 1999, point 43.

⁷¹ Voy. J.-F. van Drooghenbroeck, "Aspects actuels du référé-provision", in *Les procédures en référé*, C.U.P., Volume XXV, 1998, pp. 9 et s.

⁷² Aix-en-Provence 4 mai 1981, *Rev. crit. dip.* 1983, p. 110, note G. Couchez.

⁷³ Sauf à considérer que l'octroi de la provision, même consignée, permette de rétablir une apparence de solvabilité dans le chef du demandeur et d'éviter ainsi l'ébranlement de son crédit.

⁷⁴ Si le demandeur peut fournir les garanties financières du remboursement de la provision, c'est qu'il ne se trouve *a fortiori* pas dans une situation d'impécuniosité grave.

⁷⁵ J. Normand, *op. cit.*, *Rev. crit. dip.* 1999, p. 365, n° 39.

du provisoire – des avoirs du défendeur se situent sur son territoire afin de démontrer et de garantir un lien effectif avec le for saisi. Elle n'interdit pas que la mesure puisse être partiellement exécutée sur d'autres avoirs situés dans l'Etat du for saisi ou même sur des biens situés à l'étranger dans la mesure où ils y auraient été déplacés par le débiteur (raison pour laquelle la Cour utilise les termes "biens situés ou devant se situer"). Une dissociation apparaît ainsi entre l'établissement de la compétence et l'exécution de la mesure ordonnée.

V. Conclusions

19 Les brumes entourant les conditions du recours au chef de compétence extraordinaire déduit de l'article 24 des Conventions de Bruxelles et de Lugano se dissipent peu à peu sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de justice. Les mesures provisoires au sens de cette disposition sont l'ensemble des mesures temporaires et réversibles qui visent à garantir l'efficacité de la décision au fond. Elles doivent présenter un lien de rattachement réel avec le territoire du for saisi même si elles peuvent également – mais pas exclusivement – produire leurs effets à l'étranger. Pour être classée au rang de celles-ci, la provision accordée en référé doit par conséquent être restituable et susceptible d'être exécutée sur des biens du débiteur situés ou devant se situer sur le territoire du for saisi.

Le juge compétent au fond peut lui en revanche accorder sans aucune autre condition toutes les mesures provisoires qui lui sont demandées. Sa juridiction cesse cependant en présence d'une clause compromissoire. Dans ce cas, le seul juge compétent est celui de l'article 24.

Toutes les incertitudes ne sont cependant pas levées. Il en va ainsi notamment du rattachement au for saisi dont il n'est pas précisé s'il doit nécessairement consister dans le lieu de situation de l'objet de la mesure provisoire ou s'il peut reposer sur d'autres critères, ou encore de l'urgence comme condition du recours à l'article 24.

Hakim Boularbah
Avocat
Assistant à l'U.L.B.