

le lui refusa le bénéfice d'une rente, qu'elle réserve au conjoint survivant. L'intéressée invoquait une contradiction avec les articles 12 et 13 CE.

Concernant l'article 12, elle affirmait que certains autres États membres n'appliquent pas une telle restriction, et dénonçait donc une discrimination fondée sur la nationalité. La Cour³⁰ rappelle que selon sa jurisprudence constante, l'article 12 doit se lire en combinaison avec l'article 17, relatif à la citoyenneté de l'Union européenne³¹; mais aussi que cette dernière disposition « n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du Traité à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire »³².

Quant à l'article 13, la Cour souligne que l'énumération de critères qu'il contient est limitative³³, de sorte que le champ matériel des mesures adoptées sur ce fondement, en particulier la directive 2000/78/CE, ne peut être élargi. Curieusement, la Cour cite *Bartsch* (ci-dessus, 2.2.1.1) et *Coleman* (déjà évoqué à la note 23), mais non l'arrêt dans lequel elle avait spécifiquement pratiqué une lecture littérale de la directive 2000/78 en refusant d'étendre le critère « handicap » à la maladie de longue durée : *Chacón Navas*³⁴. Les oreilles tinteraient-elles aux juges³⁵?

On garde pour finir l'impression que cette affaire de « pur » concubinage de fait (durable, et dont était né un enfant) a dû paraître à la Cour beaucoup plus simple qu'une situation de « partenariat de vie » légalisé, devant laquelle on l'avait vue fort embarrassée³⁶.

* * *

Traiter la jurisprudence, en particulier celle de la Cour de justice, comme une série télévisée permanente dont on attend avec impatience la « saison » suivante, est une tentation coupable dès lors qu'il s'agit de « téléviséité » et du sort de personnes vivantes. Néanmoins, alors que beaucoup d'États membres, le nôtre notamment, testent laborieusement leurs législations de transposition, les praticien(ne)s ont toutes les raisons de réclamer « la suite ».

Jean JACQMAIN³⁷

(30) Ordonnance du 17 mars 2009, C-217/08, *Mariano*, inédite.

(31) Ainsi *Schempp* du 12 juillet 2005, C-403/03, *Rec.*, I, p. 6421.

(32) *Ibidem*.

(33) À titre de comparaison, on observe que la Cour européenne des droits humains se livre actuellement à des interprétations très originales de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, disposition non limitative. Ainsi, dans *Weller c. Hongrie* du 31 mars 2009 (req. n° 44399/05), elle a retenu une discrimination fondée sur le « statut parental ».

(34) Arrêt du 11 juillet 2006, C-13/05, *Rec.*, I, p. 6467.

(35) Voy. sur les critiques de cet arrêt notre chronique précédente, *J.D.E.*, 2008, p. 306; et J. Huys, « Begrijpingschrijving van « handicap » en aanverwante termen in het antidiscriminatierecht », *Chr. D.S.*, 2009, p. 65. Comp. C.E.D.H., 30 avril 2009, *Glor c. Suisse* (req. n° 13444/04), *J.D.J.*, 2009, n° 286, p. 38, note J. Jacqmain.

(36) Voy. *D. et Suède c. Conseil* du 31 mai 2001, C-122/99 P et C-125/99 P, *Rec.*, I, p. 4319, *J.T.D.E.*, 2001, p. 213, *R.W.*, 2001-2002, note S. Van Garsse, *Chr. D.S.*, 2002, p. 231, obs. J. Jacqmain.

(37) Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'U.L.B. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être adressés à jean.jacqmain@cgsp.be.

(*) 2008-2009.

Droit international privé européen(*)

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN poursuit inlassablement sa construction progressive avec l'adoption de nouveaux instruments (concernant notamment les obligations alimentaires), la révision achevée ou programmée d'autres, et bien entendu le prononcé d'arrêts de la Cour de justice interprétant les multiples règlements déjà applicables en matière civile et commerciale, familiale ou de procédures d'insolvabilité.

1. — La précédente chronique s'était fait l'écho de l'adoption de nouveaux instruments dans des domaines très divers, dont les règlements Rome I¹ et Rome II édictant les règles de conflit de lois respectivement en matière contractuelle et extracontractuelle. Le processus législatif s'est poursuivi, sous la période de référence (1^{er} juillet 2008 - 15 juillet 2009). Par décision du 27 novembre 2008², le Conseil a décidé de conclure la nouvelle Convention de Lugano, déjà signée le 30 octobre 2007, laquelle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2010 à l'égard de la Communauté européenne, du Danemark et de la Norvège. Le 26 février 2009, le Conseil a approuvé, au nom de la Communauté, la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords de for³, qui a été signée pour la Communauté, le 1^{er} avril 2009. Elle entrera en vigueur dès qu'une ratification ou adhésion supplémentaire interviendra⁴. Enfin, le Conseil a adopté, le 18 décembre 2008, le règlement (CE) n° 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires⁵, que le Royaume-Uni a accepté⁶ et dont le Danemark a notifié sa décision d'appliquer le contenu⁷ dans la mesure où le règlement n° 4/2009 modifie le règlement Bruxelles I⁸. Il faut enfin mentionner la directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative « à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de vente et d'échange »⁹ dont l'article 12-2 limite le champ de la loi applicable lorsque c'est la loi

d'un pays tiers, qui priverait le consommateur de la protection offerte par la directive.

Par ailleurs, d'importants travaux de révision du règlement Bruxelles I¹⁰ ont été lancés par la Commission européenne à travers un Livre vert¹¹ publié dans le prolongement du rapport sur son application présenté, le 21 avril 2009, par la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social¹². Le Livre vert pose huit questions en vue d'une amélioration du fonctionnement du règlement, lesquelles concernent en particulier la suppression généralisée de l'*exequatur*, l'extension du champ d'application matériel du règlement à l'arbitrage, l'application des règles de compétence spéciale aux défendeurs des pays tiers ou encore le renforcement des accords d'élection de for.

Sur le plan jurisprudentiel, douze arrêts ont été prononcés par la Cour de justice à propos des règlements Signification (ci-après, 1), Bruxelles I (2), Bruxelles II bis (3) et Insolvabilité (4). Un seul arrêt se rapporte encore à l'ancienne Convention de Bruxelles (2). Certaines de ces décisions confirment des précédents, relatifs à cette Convention, qu'elles transposent, en vertu du principe de continuité, au règlement Bruxelles I. D'autres abordent par contre des questions inédites et livrent des enseignements importants pour l'application des instruments communautaires. Relevons enfin que la moisson jurisprudentielle des prochaines chroniques s'annonce d'ores et déjà très fournie en raison, d'une part, du nombre très important d'instruments désormais en vigueur ou récemment soumis à la compétence de la Cour de justice¹³, et, d'autre part, de l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du Traité de Lisbonne, qui ne réserve plus le mécanisme du renvoi pré-judiciel, en matière de coopération judiciaire civile, aux seules juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours.

(1) On signale à cet égard que par décision du 22 décembre 2008, la Commission a notamment accueilli la demande du Royaume-Uni d'accepter le règlement Rome I (*J.O.* L 10 du 15 janvier 2009, p. 22), lequel est applicable, y compris à l'égard du Royaume-Uni, aux contrats conclus après le 17 décembre 2009.

(2) *J.O.* L 147 du 10 juin 2009, p. 1.

(3) *J.O.* L 133 du 29 mai 2009, p. 1.

(4) Le Mexique a déjà adhéré à la Convention le 26 septembre 2007 et les États-Unis d'Amérique l'ont signée le 19 janvier 2009.

(5) *J.O.* du 10 janvier 2009, L 7, p. 1. Voy. *infra*, n° 14.

(6) Décision de la Commission du 8 juin 2009, *J.O.* L 149 du 12 juin 2009, p. 73. L'Irlande avait déjà accepté le règlement.

(7) Accord entre la Communauté européenne et le royaume du Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.* L 149 du 12 juin 2009, p. 80.

(8) Par conséquent, les dispositions des chapitres III et VII du règlement relatives à la loi applicable et à la coopération judiciaire ne sont pas applicables à l'égard du Danemark.

(9) *J.O.* L 33 du 3 février 2009, p. 10.

(10) Dont les annexes I à IV ont fait l'objet d'une mise à jour par le règlement n° 280/2009 de la Commission du 6 avril 2009 (*J.O.* L 93 du 7 avril 2009, p. 13).

(11) Doc COM (2009), 175 final du 21 avril 2009.

(12) Doc COM (2009), 174 final du 21 avril 2009.

(13) Le 6 octobre 2009, la Cour de justice a ainsi rendu le premier arrêt interprétatif de la Convention de Rome du 9 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (aff. C-133/08, *Intercontainer Interfrigo (ICF) s.c.*).

1

Signification et notification

2. — Destiné à faciliter la signification et la notification des actes au sein de l'Union, le règlement n° 1348/2000 (remplacé, excepté à l'égard du Danemark, par le règlement n° 1393/2007 qui est identique sur le point ici examiné) s'applique également aux « actes extrajudiciaires » (chapitre III) mais s'abstient de les définir. L'arrêt *Roda Golf*¹⁴ a permis à la Cour de préciser que cette notion doit faire l'objet d'une interprétation autonome et communautaire, et que les actes visés ne se limitent pas à ceux mentionnés dans le répertoire, indicatif et non exhaustif, établi par la Commission sur la base des informations transmises par les États membres (point 50). En l'espèce, il s'agissait de lettres unilatérales de résolution de contrats de vente d'immeubles, formalisées dans un acte notarié de mise en demeure et de signification, qui étaient destinées à être notifiées de l'Espagne vers le Royaume-Uni et l'Irlande. Le greffier espagnol avait refusé de procéder à leur notification au motif que ces actes n'étaient pas liés à une procédure judiciaire. Saisie à titre préjudiciel, à l'occasion du recours exercé devant un tribunal espagnol contre le refus du greffier, la Cour de justice confirme que les actes en cause sont bien des actes extrajudiciaires au sens du règlement et — c'est une évidence — que de tels actes ne se limitent pas à ceux qui ont un lien concret soit avec une procédure judiciaire en cours, soit avec l'introduction d'une telle procédure, mais qu'ils incluent ceux qui doivent être notifiés indépendamment de tout procès. Cette interprétation large, justifiée par les objectifs poursuivis par le règlement, ne doit pas, souligne la Cour, faire craindre une charge excessive pour les ressources des juridictions nationales car, d'une part, les États membres sont libres de désigner aux fins de signification et de notification des entités autres que les juridictions nationales (point 59) et, d'autre part, la signification par la voie de ces entités n'est pas la seule voie prévue par le règlement qui prévoit également la voie postale (point 60).

Au-delà de ces maigres précisions et de la confirmation que les actes en cause, constatés par un notaire, sont visés par l'article 16 du règlement, l'arrêt s'abstient de définir la notion autonome d'acte extrajudiciaire. Reste dès lors sujette à discussion l'appartenance des actes purement privés à cette catégorie. Contrairement à l'article 17 de la Convention de La Haye de 1965 sur la signification et la notification, le règlement ne précise en effet pas expressément que les actes extrajudiciaires doivent émaner des « autorités et officiers ministériels » d'un État membre. Au contraire, le rapport explicatif concernant la convention établie sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la signification et la notification dans les États membres de l'Union européenne des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale — auquel la Cour s'est déjà référée dans l'arrêt *Weiss und Partner*¹⁵

(14) 25 juin 2009, aff. C-14/08, *Roda Golf*, J.T., 2009, p. 653, obs. I. Bambust.

(15) 8 mai 2008, aff. C-14/07, non encore publié au Recueil, cette chronique, J.D.E., 2008, p. 308, n° 2.

pour interpréter le règlement n° 1348/2000 — relève que les actes extrajudiciaires sont les « actes établis par un officier ministériel, tel qu'un acte notarié ou un acte d'huissier, ou [les] actes établis par une autorité officielle de l'État membre ou encore [les] actes dont la nature et l'importance justifient qu'ils soient transmis et portés à la connaissance de leurs destinataires selon une procédure officielle »¹⁶. Ce dernier membre de phrase semble donc permettre l'utilisation du règlement aux fins de la signification ou de la notification d'actes n'émanant pas d'une autorité publique, mais strictement privés, bien que particulièrement importants dans les relations juridiques. Dans ses conclusions présentées à la Cour, l'avocat général Colomer s'est toutefois opposé à une telle interprétation et a défendu que pour entrer dans les prévisions du règlement, l'acte en cause doit avoir fait l'objet d'une intervention découlant d'un acte public ou provenant d'une autorité publique, qui en a établi ou certifié le contenu (point 90). En outre, cette intervention doit être destinée à exercer des effets juridiques spécifiques et différenciés pour renforcer la valeur des actes concernés (point 91).

2

Compétence et exécution
(droit commun)

A. — Champ d'application

1. — Faillites

3. — Depuis l'arrêt *Gourdain*, du 22 février 1979¹⁷, la Cour de justice n'avait plus eu l'occasion de se prononcer sur l'exclusion des « faillites, concordats et autres procédures analogues » du champ d'application matériel du règlement Bruxelles I (article 1-2, b), dont le libellé n'a pas été modifié par rapport à la Convention de Bruxelles. Ces matières sont régies, depuis le 29 mai 2000, par le règlement Insolvabilité¹⁸. L'affaire *SCT Industri*¹⁹ a permis à la Cour de se prononcer sur les champs d'application respectifs des deux règlements, à propos d'une action en revendication de parts sociales qui avaient été cédées par le syndic dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, sur la base de règles spécifiques et dérogatoires aux règles générales de droit civil, et notamment du droit de propriété. Cette cession avait été annulée par un tribunal autrichien au motif que le syndic, désigné en Suède, ne disposait pas du pouvoir de procéder à une telle transaction en Autriche. La Cour devait dire si la reconnaissance de ce jugement en Suède était gouvernée par le règlement Bruxelles I. Elle rappelle d'abord les critères dégagés à l'occasion de l'arrêt *Gourdain*, suivant lesquels une action se rattache à une procédure de faillite dès lors qu'elle dérive directement de la faillite et s'insère étroitement

(16) Soulignement rajouté.

(17) C.J.C.E., 22 février 1979, *Gourdain*, 133/78, Rec., p. 733.

(18) Voy. *infra*, IV.

(19) 2 juillet 2009, aff. C-11/08, *SCT Industri*, procédure, octobre 2009, p. 19, note C. Nourissat.

dans le cadre de la procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire. Il faut, en d'autres termes, prendre en considération « l'intensité du lien existant entre l'action et la procédure d'insolvabilité » (point 25). La Cour constate qu'en l'espèce la cession en cause au principal, et l'action en revendication de propriété à laquelle elle a donné lieu, constituent la conséquence directe et indissociable de l'exercice par le syndic d'une prérogative qu'il tire spécifiquement de dispositions du droit national régissant ce type de procédure. Le contenu et la portée de la décision d'annulation sont donc intimement liés au déroulement de la procédure de faillite, même si cette procédure était déjà clôturée en Suède au moment de l'introduction de l'action en cause devant les tribunaux autrichiens (point 30).

Les enseignements de l'arrêt sont multiples. Tout d'abord, il confirme que le critère de partage entre règlements Bruxelles I et Insolvabilité (ou des directives et lois régissant les procédures d'insolvabilité dans des matières particulières) réside dans l'intensité du lien entre l'action en cause et la procédure d'insolvabilité. Il révèle ensuite que ce lien est direct et étroit chaque fois que l'action concerne des actes d'administration posés par le syndic, lequel est « un sujet de droit n'intervenant qu'à la suite de l'ouverture d'une procédure collective » (point 28). Enfin, il illustre qu'il est indifférent que l'action en cause ne soit pas portée devant les tribunaux qui ont ouvert la procédure principale ou secondaire d'insolvabilité ou que ces procédures soient clôturées²⁰. L'article 25 du règlement Insolvabilité le confirme d'ailleurs, puisqu'il régit la reconnaissance des « décisions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement, même si elles sont rendues par une autre juridiction »²¹. On reviendra sur cette disposition, à propos d'un autre arrêt interprétatif relatif au règlement Insolvabilité, ci-dessous, IV.

2. — Arbitrage

4. — L'exclusion de la matière de l'arbitrage du champ d'application du règlement Bruxelles I a donné lieu à l'un des arrêts les plus controversés rendus pendant la période de référence, dans l'affaire *West Tankers*, déjà commentée dans ces colonnes²². Si l'arrêt a surtout attiré l'attention pour avoir tranché la question de l'utilisation des injonctions *anti-suit* au soutien d'une procédure d'arbitrage, il est utile de commencer par examiner la réponse apportée par la Cour à une question plus classique, et de portée beaucoup plus générale²³ : lorsque le juge d'un État membre, compétent sur la base

(20) Dans un arrêt du 10 septembre 2009, qui sera examiné dans le prochaine chronique, la Cour de justice a par contre décidé que l'action du vendeur basée sur une clause de réserve de propriété ne dérive pas directement du droit de la faillite même si le bien sur lequel elle porte se trouve dans l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité a été ouverte (aff. C-292/08, *German Graphics*).

(21) Soulignement rajouté.

(22) Aff. C-185/07, 10 février 2009, non encore publié au Recueil; J.D.E., 2009, p. 100, comm. Ch. Price; Rev. crit. D.I.P., 2009, p. 373, note H. Muir Watt; D., 2009, Études et commentaires, p. 981, note C. Kessedjian; J.D.L., 2009, p. 1281, note B. Audit; Rev. arb., 2009, p. 407, note S. Bollée; Rev. dr. Union eur., 2009, pp. 291 et s., note A. Van Waeyenberge.

(23) Voy. déjà, sur cette question, B. Audit, « L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles », in *L'internationalisation du droit - Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 15 et s., spécialement pp. 17 et s.

du règlement pour connaître d'un litige, est saisi d'un déclinatoire de juridiction fondé sur une clause d'arbitrage, sa compétence pour connaître de ce déclinatoire relève-t-elle du régime de Bruxelles I? En l'espèce, un assureur ayant indemnisé la victime d'un dommage avait introduit devant un tribunal italien une action subrogatoire contre l'auteur du dommage. Ce dernier, défendeur à l'action, a soulevé un déclinatoire de juridiction fondé sur la clause d'arbitrage contenue dans le contrat le liant à la victime, prévoyant un arbitrage à Londres par application du droit anglais. En soi, il ne fait pas de doute que la question de l'applicabilité de la convention d'arbitrage échappait au champ d'application du règlement, conformément à son article 1-2, *d*, qui exclut « l'arbitrage ». Dans un arrêt antérieur (*Marc Rich*²⁴), la Cour avait déjà eu l'occasion de souligner que cette exclusion vaut aussi lorsque « la question de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage » est soulevée dans le cadre d'un litige qui relève lui-même du droit de l'arbitrage, et donc de l'exclusion (en l'espèce, il s'agissait d'un litige relatif à la désignation d'un arbitre). Dans la présente affaire, le contexte était cependant différent : la question d'applicabilité de la convention d'arbitrage était soulevée dans un litige qui, pris isolément, relevait du champ d'application du règlement (l'action subrogatoire de l'assureur). Selon la Cour, dans ce cas, l'exclusion ne trouvait pas à s'appliquer : « si, par l'objet du litige, c'est-à-dire par la nature des droits à sauvegarder dans une procédure, telle qu'une demande en dommages-intérêts, cette procédure relève du champ d'application du règlement, une question préalable portant sur l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, y compris notamment sur sa validité, rentre également dans le champ d'application de ce règlement » (point 26). Dans le raisonnement de la Cour, cette solution est une simple application d'une solution classique qui veut que, pour la détermination de l'applicabilité du régime de Bruxelles I, la question préalable suit le sort de la question principale, seule la nature de cette dernière étant pertinente²⁵. La Cour en déduit que « l'exception d'incompétence » tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, y compris la question de la validité de cette dernière, « relève du champ d'application du règlement... et qu'il appartient dès lors exclusivement à cette juridiction de statuer sur cette exception ainsi que sur sa compétence » au regard des dispositions du règlement (point 27).

Cette analyse est critiquable. Son vice principal réside dans l'assimilation de l'invocation d'une clause d'arbitrage devant un tribunal étatique à une simple « exception d'incompétence »²⁶. Comme la Cour de justice l'avait souligné dans l'arrêt *Van Uden*, en présence d'une clause d'arbitrage, « il n'existe pas, au sens [du règlement], de juridiction étatique compétente au fond du litige »²⁷. C'est donc le pouvoir de l'ensemble des tribunaux étatiques de connaître de l'affaire — ce que l'on qualifie habituellement de « juridiction » — qui est en cause²⁸, et non

simplement la « compétence », qui est une question seconde qui se définit comme « la mesure dans laquelle (un tribunal) peut exercer son pouvoir de juridiction »²⁹. Il est vrai que dans l'arrêt *Van Uden*, la Cour de justice a souligné que la clause d'arbitrage ne produit son effet que si elle a été « valablement conclue », ce qui pose la question du contrôle de cette validité. Cependant, il n'en ressort nullement que ce contrôle soulève une question de compétence. Au même titre que le régime de Bruxelles I ne se prononce pas sur la question d'un défaut de juridiction fondé sur une immunité de juridiction³⁰, il ne traite pas de l'effet d'une clause d'arbitrage. La circonstance que la validité de la clause d'arbitrage soit soulevée — comme c'est souvent le cas — sous la forme d'une exception ou d'un moyen de défense soulevé dans le cadre d'un litige qui, au fond, relève du règlement, ne peut modifier ces principes : la question du déclinatoire de juridiction fondé sur une clause d'arbitrage ne peut être considérée comme une simple « question préalable » se rapportant à une question principale portant sur le fond du litige. Elle est, plutôt, une question séparée³¹ qui soulève un point — celui du déclinatoire de juridiction — qui est radicalement en dehors du domaine du règlement, lequel traite uniquement de la question de compétence. La question de déclinatoire de juridiction fondé sur une clause d'arbitrage relève par ailleurs d'autres instruments, et notamment de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales, dont l'article II(3) prévoit que « le tribunal d'un État contractant... renverra les parties à l'arbitrage... à moins qu'il ne constate que ladite Convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ». C'est à tort, à cet égard, que la Cour de justice mobilise cet instrument pour justifier l'interprétation du règlement qu'elle retient (voy. point 33 de l'arrêt) : si le tribunal italien pouvait, en l'espèce, se prononcer sur l'applicabilité et la validité de la convention d'arbitrage, c'était en vertu de cette Convention, ainsi le cas échéant que des autres règles applicables en Italie dans le domaine de l'arbitrage, mais non en raison du règlement Bruxelles I qui exclut l'arbitrage de son domaine.

La décision de la Cour d'attribuer « exclusivement » à la juridiction saisie du litige au fond en vertu du règlement la compétence pour se prononcer sur la validité de la clause d'arbitrage pourrait avoir pour conséquence assez étonnante de condamner l'effet négatif du principe

2007, *Rec.*, p. I-1519, qui souligne que « la compétence présuppose la juridiction, qu'elle délimite pour désigner, dans l'ensemble des tribunaux et des cours d'un territoire, celui qui doit résoudre un litige concret. Les deux notions, bien qu'étroitement imbriquées, ne se recouvrent ni ne se contredisent » (point 77).

(29) H. Motulsky, note, *Rev. crit. D.I.P.*, 1969, pp. 536 et s., spécialement p. 537. Pour l'application de la notion à l'arbitrage, voy. J. Linsmeau, « L'arbitrage volontaire et droit privé belge », *R.P.D.B.*, t. VII, pp. 27 et s., n° 89 et s. Voy. aussi, plus généralement, sur la distinction entre compétence et juridiction, A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens - Étude de droit international privé comparé*, Bruylant-L.G.D.J., 2003, n° 11.

(30) Voy. les conclusions de l'avocat général Colomer dans l'affaire *Lechouritou*, précitée, qui souligne que « l'immunité juridictionnelle des États se situe dans en amont de la Convention de Bruxelles, puisque, si l'action en justice n'est pas possible, il est sans intérêt de savoir quel est l'organe juridictionnel chargé de la demande ».

(31) En ce sens, voy. C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 984, 2^e col.

de compétence-compétente³². Selon ce principe, dans sa forme négative, appliqué notamment en France (mais rejeté dans d'autres pays, dont la Belgique), les tribunaux étatiques ne peuvent connaître eux-mêmes de la question de validité d'une convention d'arbitrage (sauf si celle-ci est « manifestement nulle »), cette question devant être tranchée exclusivement par les arbitres eux-mêmes³³. Il est assez paradoxal que ce principe propre à l'arbitrage, qui a été reconnu comme étant compatible avec la Convention de New York³⁴, soit ébranlé par le biais de l'interprétation d'un texte européen qui exclut précisément de son domaine l'arbitrage!

5. — Si le principe qui vient d'être analysé — l'applicabilité du règlement pour décider de la compétence du juge pour connaître de la validité d'une clause d'arbitrage — paraît avoir une portée très large, il n'a été consacré par la Cour qu'à l'appui de son raisonnement pour répondre à une question beaucoup plus étroite : le tribunal du lieu du siège de l'arbitrage peut-il octroyer une injonction *anti-suit* pour interdire à un plaideur de poursuivre une procédure devant le juge d'un autre État membre? La Cour a admis qu'en principe, la demande en justice portée devant le juge du siège de l'arbitrage (en l'espèce, le juge anglais) visant à obtenir une telle injonction ne relève pas du règlement : son objet principal, sinon unique, relève de la matière de l'arbitrage. Cependant, ayant constaté que la procédure pendante en Italie relevait du domaine du règlement, la Cour a considéré que la demande d'injonction *anti-suit*, tout en ne relevant pas elle-même du règlement, avait pour effet d'« empêcher une juridiction d'un autre État membre d'exercer les compétences qui lui sont attribuées en vertu du règlement » (point 24). Or, comme la Cour l'avait déjà jugé dans l'arrêt *Turner v. Grovit*³⁵, le principe de confiance mutuelle et l'interdiction du contrôle par le juge d'un autre État membre de la compétence du juge d'un autre État membre ne laissent pas de place à un mécanisme tel que l'injonction *anti-suit*. Dans l'arrêt *West Tankers*, la Cour ajoute à ces motifs, à juste titre à notre avis, qu'une telle injonction peut aussi porter atteinte au droit d'accès au juge (point 31)³⁶. Ces principes auraient en fait, à eux seuls, permis de justifier la décision de la Cour de condamner, en l'espèce, l'utilisation du mécanisme de l'injonction *anti-suit*. Il aurait suffi pour la Cour de constater que le tribunal anglais avait interdit, en l'espèce, la poursuite d'une procédure devant le tribunal italien. Dès lors que cette demande relevait, en tant que telle, du domaine du règlement, ceci suffisait à condamner une pratique qui « serait de nature à en subvertir l'effectivité de l'extérieur »³⁷. Il était inutile, en l'espèce, à la Cour de se prononcer sur le point

(32) Pour une conclusion similaire, mais déduite de la condamnation du mécanisme de l'*anti-suit injunction*, voy. S. Bollée, note précitée, p. 424, n° 9.

(33) Article 1458 du nouveau Code de procédure civile. Sur ce principe, voy. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, n° 671 et s.

(34) Voy. C. Kessedjian, « Rapport sur les relations entre le règlement 44/2001 et l'arbitrage », réunion de Padoue du Groupe européen de droit international privé, *gedip-egpil.eu*, n° 29.

(35) Voy. chronique 2006, *J.T.D.E.*, 2006, pp. 302 et s., n° 20.

(36) Voy. déjà, en ce sens, réf. Bruxelles, 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-1991, p. 676.

(37) Expression utilisée par H. Muir Watt, *op. cit.*, p. 385, n° 8.

(24) C.J.C.E., 25 juillet 1991, aff. C-190/89, *Rec.*, p. I-3855.

(25) Voy. en particulier l'arrêt *Rich*, précité.

(26) Comp. C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 984; H. Muir Watt, *op. cit.*, p. 384, n° 8.

(27) Arrêt du 17 novembre 1998, aff. C-391/95, *Rec.*, 1998, p. I-7091, point 24.

(28) En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général Colomer dans l'affaire C-292/05, *Lechouritou*, 15 février

de savoir si le juge italien était aussi compétent pour statuer sur la validité ou l'applicabilité de la convention d'arbitrage³⁸. Bref, si la solution retenue par la Cour en l'espèce mérite l'adhésion, le raisonnement qu'elle développe à son appui comporte l'énonciation d'un principe critiquable, dont la portée dépasse malheureusement largement la question qui lui était soumise (laquelle ne concerne essentiellement que les tribunaux anglais et irlandais qui utilisent la technique de l'injonction *anti-suit*).

B. — Compétence

1. — Contrats

6. — Comme on le sait³⁹, le règlement Bruxelles I modalise le for du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse (point a) de l'article 5-1 pour deux catégories particulières de contrat, respectivement la vente de marchandises et la fourniture de services (point b) de la même disposition). Au cours de la période couverte par la précédente chronique, la Cour s'était pour la première fois prononcée sur l'interprétation de la règle en matière de vente de marchandises, qui désigne le tribunal du lieu de livraison des marchandises (arrêt *Color Drack*)⁴⁰. C'est à présent au tour de la règle relative à la fourniture de services d'avoir fait l'objet d'une première interprétation. Cette règle prévoit que la compétence est attribuée, « pour la fourniture de services, [au tribunal du] lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ». Les précisions apportées sur ce texte se rapportent à deux questions, qui avaient déjà été identifiées par les commentateurs, lesquels s'étaient divisés sur les réponses à y apporter⁴¹ : premièrement, que faut-il entendre par « fourniture de service », et cette notion peut-elle être conçue de la même manière que pour l'application du principe de li-

bre prestation de services dans le Traité CE? Deuxièmement, comment la compétence se détermine-t-elle lorsque les services sont fournis en plusieurs lieux différents?

La première question a été tranchée par l'arrêt *Falco*⁴². Rejetant l'analyse majoritairement défendue par la doctrine, la Cour considère que la notion de fourniture de services, au sens du règlement Bruxelles I, ne peut être entendue largement comme à l'article 50 du Traité CE (article 57 T.F.E.U.) ou au sens des directives en matière de T.V.A.. La Cour considère que l'interprétation large de la notion en droit du marché intérieur est motivée par le souci que le plus grand nombre d'activités économiques ne relevant pas de la libre circulation des marchandises, des capitaux ou des personnes n'échappe pas pour autant à l'application du Traité CE. Selon la Cour, le système et l'économie du règlement Bruxelles I requiert « au contraire » d'interpréter restrictivement les compétences spéciales qui dérogent au for du défendeur. Ce raisonnement ne convainc pas, car la question ici n'est pas de savoir s'il faut interpréter largement ou non l'article 5-1, qui conformément à son texte s'applique de toute manière à l'ensemble des litiges « en matière contractuelle ». La question est de savoir quelle doit être la portée du point b de l'article 5-1 par rapport au point a de la même disposition, sachant que dans les deux cas la compétence spéciale trouve à s'appliquer. Au sujet du rapport entre les points a et b, la Cour refuse de suivre la solution proposée par la Commission, qui préconisait que le second soit interprété largement par rapport au premier, au motif que, selon la Cour, « élargir le champ d'application de l'article 5, point 1, b, second tiret, du règlement... reviendrait à contourner l'intention du législateur communautaire à cet égard et affecterait l'effet utile dudit article 5, point 1), c et a » (point 43). L'affirmation ne manque pas de surprendre. L'intention du législateur — si c'est par référence à elle que devait s'interpréter le nouveau texte de l'article 5-1 — aurait clairement dû conduire à interpréter largement le point b. En effet, selon l'exposé des motifs de la proposition de règlement, le point b a été introduit dans le texte « afin de pallier les inconvénients du recours aux règles de droit international privé de l'État dont la juridiction est saisie »⁴³, qui était le système d'interprétation retenu pour le point a. Ainsi, comme n'avaient pas manqué de le relever de nombreux auteurs, dès lors que le but du législateur était de remédier aux problèmes créés par le point a, le nouveau point b devait logiquement être interprété de manière large afin d'éviter un retour trop fréquent au point a⁴⁴. Quant à la nécessité affirmée par la Cour de maintenir « l'effet utile » du point a, elle ne requerrait nullement de consacrer une interprétation restrictive du point b. En effet, même à retenir une interprétation inspirée de la notion de fourniture de services existante en droit communautaire, le point a n'aurait pas été vidé de sa substance puisqu'il aurait continué à s'appliquer, notamment lorsque le

point b désigne le tribunal d'un État tiers, ou lorsque le contrat ne relève pas d'une fourniture de services même entendue largement (ni d'une fourniture de marchandises).

Bref, contre toute attente, l'arrêt *Falco* marque le retour du « couple infernal » *De Bloos-Tessili* au centre du jeu du for contractuel, la Cour confirmant à cet égard que le point a doit — logiquement — « se voir(r) reconnaître une portée identique à celle de la disposition correspondante de la Convention de Bruxelles » (point 51). Peut-être la surprise n'est-elle d'ailleurs pas de mise, car la Cour de justice est, finalement, toujours restée constante dans cette matière. Malgré les vives critiques doctrinales et les recours préjudiciels l'ayant invitée à reconsidérer sa position, elle a toujours refusé d'abandonner les principes mis à jour en 1976 dans les arrêts *De Bloos* et *Tessili*.

7. — Si la Cour a consacré des développements relativement détaillés (même si non convainquants, pour les motifs indiqués) pour justifier le rejet d'une interprétation large du point b, elle est restée très lapidaire sur l'interprétation retenue de la notion de fourniture de services : pour la Cour, « la notion de services implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération » (point 29). En l'espèce, la Cour en déduit que ne relève pas de cette notion le contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit de l'exploiter en contrepartie du versement d'une rémunération. En effet, selon la Cour, ce titulaire du droit de propriété intellectuelle « n'accomplit aucune prestation en concédant l'exploitation (du droit) et s'engage seulement à laisser son cocontractant exploiter librement ledit droit », sachant qu'il « est indifférent que le cocontractant du concédant soit ou non tenu d'exploiter le droit de propriété intellectuelle concédé » (points 31 et 32).

La méthode d'interprétation retenue par la Cour est donc la suivante : on détermine la partie qui est tenue au paiement de la rémunération, et l'on vérifie si le cocontractant de cette partie effectue une « activité déterminée » (ce qui implique de sa part une « action », selon l'avocat général⁴⁵) en contrepartie de cette rémunération; il n'y a pas lieu d'avoir égard à l'activité effectuée le cas échéant par la partie qui paie la rémunération (c'est la portée, à notre sens, du point 31 précité). Tentons d'appliquer cette méthode dans un domaine qui suscite des hésitations sur l'applicabilité du point b depuis l'adoption du règlement, celui des contrats-cadres de distribution. Une première question, de nature générale, se pose : est-il possible, dans ces contrats, d'identifier une partie qui paie une rémunération? Souvent, dans ce type de convention, la rémunération n'est due ou exigible qu'en vertu des contrats d'exécution, par exemple les ventes individuelles conclues en vertu d'un contrat de concession de vente. Ces derniers contrats individuels relèveront du point b, au titre de vente de marchandise. Mais *quid* des litiges se rattachant au contrat-cadre? À notre sens, il serait excessif de les exclure de manière générale de la catégorie des contrats de fourniture de services au sens du point b⁴⁶. Pour dé-

(38) Selon A. Dickinson, le fait que la Cour se soit aussi prononcée sur ce point a pour effet de prévenir la possibilité pour les tribunaux anglais de formuler l'injonction de manière plus ciblée en interdisant de contester la validité de la clause d'arbitrage plutôt que l'interdiction plus large de poursuivre la procédure judiciaire étrangère (voy. le « Online Symposium » sur le site *conflict-laws.net*, et les commentaires de H. Muir Watt, obs., précitées, p. 381, n° 4). Or, à notre avis, les motifs retenus par la Cour, dès l'arrêt *Turner*, pour justifier la condamnation du mécanisme de l'injonction *anti-suit*, auraient pu justifier la condamnation d'une injonction même formulée de manière étroite, sans qu'il soit besoin de faire rentrer, de manière malheureuse, dans le domaine du règlement la question de la validité et de l'applicabilité de la clause d'arbitrage. Voy. A. Nuyts, « La fin des injonctions *anti-suit* dans l'espace judiciaire européen », *J.T.*, 2005, pp. 32 et s., spécialement p. 35, qui suggère que l'usage des injonctions *anti-suit* pourrait avoir été prohibée de manière générale par l'arrêt *Turner*, et pas seulement dans les matières qui relèvent des instruments européens de droit judiciaire déjà adoptés.

(39) Voy. N. Watté, A. Nuyts et H. Boularbah, « Le règlement "Bruxelles I" sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *J.T.D.E.*, 2002, pp. 161 et s., spécialement pp. 164 et s., n°s 7 et s.

(40) Voy. précédente chronique, *J.D.E.*, 2008, p. 310, n° 7.

(41) Voy. notamment N. Watté, A. Nuyts et H. Boularbah, « Le règlement "Bruxelles I" », *op. cit.*, pp. 164 et s., n°s 7 et s.; P. Berlioz, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1, b, du règlement "Bruxelles I" », *J.D.L.*, 2008, pp. 675 et s.; M.-C. Pitton, « L'article 5, 1, b, dans la jurisprudence franco-britannique, ou le droit comparé au secours des compétences spéciales du règlement (CEE) n° 44/2001 », *J.D.L.*, 2009, pp. 853 et s.

(42) Aff. C-533/07, 23 avril 2009, non encore publié au *Recueil, Europe*, 2009, juin 2009, p. 43; *Procédures*, août-septembre 2009, p. 19.

(43) Proposition COM (1999) 348 final du 14 juillet 1999, non publiée au *J.O.C.E.*, p. 14.

(44) Voy. notamment P. Berlioz, *op. cit.*, p. 680; N. Watté, A. Nuyts et H. Boularbah, « Le règlement "Bruxelles I" », *J.T.D.E.*, 2002, p. 164, n° 8.

(45) Conclusions de l'avocat général Trstenjak, point 57.

(46) En ce sens, voy. le considérant n° 17 du règlement Rome I, qui souligne tout à la fois que la notion de pres-

terminer la partie qui paie la rémunération, référence pourrait être faite à l'ensemble de la relation contractuelle. Concrètement, à quel résultat la méthode *Falco* devrait-elle aboutir pour les principaux contrats-cadres de la distribution? Pour l'agence commerciale, la solution est relativement évidente : la partie qui paie la rémunération est le commettant (sous la forme de commissions), et cette rémunération est versée en contrepartie d'une activité déterminée effectuée par l'agent, à savoir la prospection de clientèle et la négociation et la conclusion éventuelle d'opérations commerciales. Pour la concession de vente, dès lors que la rémunération est due par le concessionnaire, il faut vérifier si le concédant « effectue une activité déterminée » (sachant que l'activité déployée par le concessionnaire est non pertinente). À première vue, il semble que le concédant, qui attribue au concessionnaire le droit de distribution sur le territoire concerné, est dans une situation analogue à celle du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui concède l'exploitation de ce droit⁴⁷. Il ne faut pas nécessairement exclure, cependant, la possibilité que le concédant effectue des prestations complémentaires, par exemple dans le cadre de l'assistance à la distribution, qui pourraient être érigées en « activité déterminée » au sens de la jurisprudence *Falco*. Pour la franchise, cette dernière possibilité est encore probablement plus vraisemblable, car outre l'attribution du droit d'utiliser ses marques et signes distinctifs, le franchiseur offre normalement au franchisé son savoir-faire et son assistance (en contrepartie d'une rémunération versée par le franchisé, sous la forme de redevances et éventuellement d'un droit d'entrée)⁴⁸.

8. — La seconde question, relative à l'hypothèse où les services sont fournis, en vertu du contrat, sur plusieurs territoires, a été examinée dans l'arrêt *Rehder*⁴⁹. En l'espèce, il s'agissait de déterminer où se trouve le lieu de fourniture des services dans le contexte d'un déplacement aérien entre deux États membres (ici, l'Allemagne et la Lettonie), le litige portant sur l'indemnisation forfaitaire liée à l'annulation d'un vol prévue en droit communautaire. Reprenant un principe consacré dans l'arrêt *Color Drack*, la Cour souligne qu'« en cas de pluralité de lieux de fourniture de services, il convient de rechercher le lieu qui assure le rattachement le plus étroit entre le contrat et la juridiction compétente, notamment celui où, en vertu de ce contrat, doit être effectuée la fourniture principale des services » (point 38). Ainsi, comme on

l'avait pressenti⁵⁰, et malgré l'avertissement contenu dans l'arrêt *Color Drack*, la Cour a logiquement étendu l'application du principe dégagé à propos d'une pluralité de lieux d'exécution à l'intérieur d'un même État membre, au contexte d'une exécution transfrontière.

Dans *Color Drack*, la Cour avait décidé, dans le cas d'une livraison de marchandises en divers lieux, que le tribunal compétent est celui du lieu de livraison principale. L'arrêt *Rehder* précise que cette règle suppose qu'il soit possible de distinguer, « en fonction d'un critère économique, une partie distincte de la prestation qui constituerait la prestation principale, laquelle serait fournie en un lieu précis ». Cette méthode ne pouvait donc trouver à s'appliquer dans le cas de transports aériens dès lors que ces derniers « constituent, en raison même de leur nature, des services fournis d'une manière indivisible et unitaire du lieu de départ au lieu d'arrivée de l'avion » (point 42). En conséquence, la Cour a estimé que « tant le lieu de départ que le lieu d'arrivée de l'avion doivent être considérés, au même titre, comme des lieux de fourniture principale des services faisant l'objet d'un contrat de transport aérien » (point 43).

2. — Consommateurs

9. — L'affaire *Islinger*⁵¹ a permis à la Cour de transposer au règlement Bruxelles I sa jurisprudence issue des arrêts *Gabriel*⁵² et *Engler*⁵³, rendue sous l'empire de l'article 13 de la Convention de Bruxelles, concernant l'action introduite par un consommateur contre un professionnel qui lui a envoyé un « certificat de réclamation de gain », non subordonné à la commande de produits.

L'arrêt est spécialement intéressant en ce qu'il confirme le principe de continuité entre les deux instruments bien que l'article 15-1, c, soit rédigé en des termes plus généraux que l'article 13 de la Convention, en vue d'assurer une meilleure protection des consommateurs (points 49 et 50). La Cour constate que le nouveau texte possède un champ d'application plus large, puisqu'il n'est plus « limité aux cas de figure dans lesquels les parties ont contracté des engagements synallagmatiques » (point 51); en effet, « il est concevable qu'une partie se borne à manifester son acceptation sans assumer elle-même une obligation juridique quelconque à l'égard de l'autre partie au contrat » (point 54). Mais la Cour observe que le nouveau texte exige toutefois, comme l'ancien, que l'action en cause se rattache à un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, et qu'au moins une des parties ait pris un engagement juridique, en soumettant une offre ferme, suffisamment claire et précise quant à son objet et à sa portée, pour donner lieu à un lien contractuel (point 54). Ces précisions ayant été apportées, la Cour confirme les conditions moyennant lesquelles les règles de compétence protectrices des consommateurs sont applicables à l'action en réclamation d'un

prix. Une telle demande relève de l'article 15-1, c, du règlement Bruxelles I si le vendeur professionnel s'est juridiquement engagé à payer ce prix au consommateur ou, lorsque cette condition n'est pas remplie, dans l'hypothèse où le consommateur a effectivement passé une commande à ce vendeur professionnel.

Si tel ne devait pas être le cas, la situation « serait tout au plus susceptible d'être qualifiée de précontractuelle ou de quasi contractuelle et pourrait alors, le cas échéant, relever uniquement de l'article 5-1 du règlement qui possède un champ d'application plus large que celui de l'article 15 » (point 56). La Cour confirme donc, ici aussi, la jurisprudence *Engler* qui avait déjà admis qu'une action en réclamation de prix pouvait être de nature contractuelle au sens de l'article 5-1 alors même qu'elle ne posséderait pas cette qualification au sens de l'article 13 de la Convention. On peut toutefois se demander si cette solution est encore justifiée au vu des termes plus larges de l'article 15-1, c, du règlement Bruxelles I qui, suivant la Cour elle-même, paraissent uniquement exiger un engagement librement assumé par le seul professionnel, ce qui correspond au critère conditionnant l'application de l'article 5-1 (arrêt *Engler*, point 56). Peut-être la Cour a-t-elle voulu souligner ici que l'article 5-1 s'applique alors même que le caractère contraignant de cet engagement serait discuté alors que l'article 15-1, c, supposerait quant à lui que ce caractère soit établi.

3. — Sociétés et personnes morales

10. — L'article 22-2 du règlement Bruxelles I attribue une compétence exclusive aux tribunaux de l'État sur le territoire duquel la société a son siège, pour connaître des instances portant sur la régularité des décisions prises par ses organes. Dans l'arrêt *Hasset*⁵⁴, du 2 octobre 2008, la Cour a interprété, pour la première fois, cette disposition. En l'espèce, deux médecins, dont la responsabilité était mise en cause devant les tribunaux irlandais, avaient appelé leur syndicat professionnel, MDU, dont le siège est établi au Royaume-Uni, en intervention et garantie. Le conseil d'administration de MDU ayant refusé de les indemniser, les médecins critiquaient cette décision devant les tribunaux irlandais, arguant d'une violation de leurs droits statutaires d'adhérents. Estimant que les médecins contestaient en substance la validité des décisions de ses organes, MDU avait soulevé un déclinatoire de compétence des tribunaux irlandais sur la base de l'article 22-2. Cette solution est, à juste titre, rejetée par la Cour, qui rappelle le caractère dérogoire et exceptionnel de cette compétence exclusive qui ne saurait s'appliquer « dès qu'une action judiciaire présente un quelconque lien avec une décision adoptée par un organe d'une société » (point 22). Compte tenu de son objectif qui est d'éviter que des décisions contradictoires soient rendues au sujet de la validité des délibérations des organes, cette compétence ne vise que « les litiges dans lesquels une partie conteste la validité d'une décision d'un organe d'une société au regard du droit des sociétés applicable ou des dispositions statutaires concernant le fonctionnement de ses organes » (point 26). En d'autres

tation de services (et de vente de biens) devrait recevoir la même interprétation que dans l'article 5-1 du règlement Bruxelles I, et que « les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de service, font l'objet de règles particulières » (soulignement rajouté).

(47) Sous cet angle, l'arrêt *Falco* viendrait apporter un soutien à la jurisprudence de la Cour de cassation de France, qui a considéré que « le contrat de concession exclusive n'est ni un contrat de vente, ni une fourniture de services », Cass. fr., 23 janvier 2007, *Waeco*, *J.D.I.*, 2008, p. 521, 1^{re} espèce.

(48) Se trouve ainsi renforcée l'analyse proposée par P. Hollander selon laquelle pour l'application du point b, il y a lieu de considérer que c'est le franchiseur, et non le franchisé, qui rend des services à l'autre (« Questions de droit international privé et d'arbitrage touchant à la distribution commerciale », in P. Hollander (dir.), *Le droit de la distribution*, Anthemis, 2009, pp. 271 et s., spécialement p. 285, n° 13).

(49) Aff. C-204/08, 9 juillet 2009, non encore publié au *Recueil*; *Procédures*, octobre 2009, p. 18.

(50) Voy. précédente chronique, *J.D.E.*, 2008, p. 311, n° 7.

(51) C.J.C.E., 15 mai 2009, aff. C-180/06, non encore publié au *Recueil*.

(52) C.J.C.E., 11 juillet 2002, *Gabriel*, aff. C-96/00, *Rec.*, p. I-6367. Cette chronique, *J.T.D.E.*, 2003, p. 304, n° 10.

(53) C.J.C.E., 20 janvier 2005, *Engler*, aff. C-27/02, *Rec.*, p. I-481. Cette chronique, *J.T.D.E.*, 2006, p. 300, n° 15.

(54) Aff. C-372/07, non encore publié au *Recueil*, *Rev. crit. D.I.P.*, 2009, p. 71, note B. Ancel.

termes, la discussion doit porter sur le pouvoir légal ou statutaire de l'organe (en ce compris les éventuelles formalités habilitantes ou de publicité) pour prendre la décision litigieuse. Par contre, l'action sort du champ de l'article 22-2 lorsqu'elle porte sur le résultat de l'exercice de ce pouvoir (point 29). Or, en l'espèce, constate la Cour, les médecins ne contestent pas la compétence du conseil d'administration pour statuer sur leur demande d'indemnisation en tant qu'adhérents du syndicat professionnel. Ils critiquent le refus de les indemniser, considérant que celui-ci n'est pas conforme à leurs droits d'adhérents (point 29). En réalité et, en d'autres termes, l'action ne diffère pas d'une action contractuelle, les médecins reprochant à MDU de ne pas respecter leur obligation de les garantir alors que, dans leur thèse, les statuts l'imposeraient. Le simple fait que le refus d'indemnisation soit matérialisé par une décision du conseil d'administration de MDU ne transforme pas l'action en un litige portant sur la validité de cette décision au regard du droit des sociétés.

C. — Reconnaissance et exécution

1. — Motifs de refus

11. — Après d'autres institutions du droit judiciaire anglais, tels que la *mareva injunction* (aujourd'hui *freezing order*), l'*anti-suit injunction* ou encore le *forum non conveniens*, c'est la pratique du *default judgment*, consécutif à un *debarment*, qui a récemment vu sa compatibilité avec le droit international privé européen mise en cause. Cette privation du droit de se défendre infligée au défendeur, à titre de sanction du non-respect d'une injonction préliminaire d'un juge, peut-elle être considérée comme contraire à l'ordre public visé à l'article 27-1 de la Convention de Bruxelles et justifier partant un refus de reconnaissance de ce type de jugements? Telle était en substance la question posée à la Cour de justice dans la déjà célèbre affaire *Gambazzi*⁵⁵. Ce dernier, un avocat suisse, impliqué dans une procédure devant la High Court de Londres, avait fait l'objet de plusieurs injonctions préliminaires (*freezing* et *disclosure orders*) auxquelles il n'avait pas totalement obtempéré. Il avait notamment refusé de communiquer l'identité de ses clients en invoquant le secret professionnel. À titre de sanction de ce *contempt of court*, M. Gambazzi avait été privé, après un dernier avertissement (*unless order*), du droit de se défendre sur le fond de l'affaire (*debarment*). Cette sanction avait permis aux demandeurs d'obtenir un jugement par défaut et une ordonnance complémentaire, rédigés par leurs soins et simplement signés, sans aucune vérification préalable, par un *master*, condamnant M. Gambazzi à des dommages et intérêts. Pour s'opposer à l'exécution de ces décisions en Italie, M. Gambazzi invoquait leur contrariété à l'ordre public en raison de la violation de son droit à être entendu devant le juge d'origine. C'est dans ce contexte que la cour d'appel de Milan a interrogé la Cour de justice sur l'interprétation à réserver à la notion d'ordre public visée à l'article 27-1 de

la Convention de Bruxelles (34-1 du règlement Bruxelles I).

À titre préliminaire, l'avocat général Kokott a attiré l'attention de la Cour sur ce qu'il fallait tout d'abord vérifier si les jugements et ordonnance en cause pouvaient, compte tenu de la manière et du contexte très particuliers dans lesquels ils avaient été prononcés, être considérés comme une « décision » au sens de l'article 25 de la Convention de Bruxelles. D'une part, pouvait-on considérer, malgré le « défaut » imposé à M. Gambazzi, qu'il s'agissait d'un jugement rendu au terme d'une procédure contradictoire? D'autre part, l'absence de toute vérification par le juge du bien-fondé de la demande ne disqualifiait-elle pas la nature juridictionnelle de la décision? La Cour rencontre spécifiquement la première interrogation mais laisse la seconde sans réponse explicite. Elle rappelle la définition large de la notion de décision qui entre dans le champ de l'article 25 de la Convention dès qu'elle a fait l'objet ou était susceptible de faire l'objet, dans l'État d'origine, sous des modalités diverses, d'une instruction contradictoire. Or, la Cour constate que les décisions en cause sont en l'espèce intervenues dans une procédure qui, en règle, respecte le principe du contradictoire (point 25). Il suffit donc que la procédure en cause suive un modèle contradictoire, même si dans le cas concret la procédure est demeurée unilatérale, en raison du défaut, fût-il forcé, du défendeur. La circonstance que les décisions aient été rendues à titre de sanction du *contempt of court*, comme si le défendeur avait été défaillant alors qu'il n'a en réalité même jamais reçu la possibilité de se défendre, doit, selon la Cour, être examinée à l'aune du respect de l'ordre public procédural, mais elle ne permet pas de remettre en cause la qualification des jugements (point 25). La portée juridictionnelle de la décision anglaise, pourtant analysée par l'avocat général, n'est quant à elle pas expressément abordée par la Cour. Suivant une partie de la doctrine⁵⁶, les *default judgments* adoptés dans les circonstances précitées ne répondraient pas aux prescriptions de l'article 25 en raison de l'absence de tout examen judiciaire préalable du bien-fondé de la demande avant leur prononcé. Cette thèse n'est pas suivie par Mme Kokott — et implicitement par la Cour — qui considère qu'un tel jugement n'est pas uniquement déterminé par la volonté d'une des parties puisque, même s'il n'examine pas le bien-fondé en droit de l'action, le tribunal vérifie l'existence des conditions permettant de rendre une décision par défaut et qu'il est seul à décider s'il est fait droit par ce moyen à la prétention du demandeur (conclusions, point 27).

La Cour aborde ensuite la possibilité pour le juge de l'État requis de refuser l'exécution des décisions en cause en raison d'une contrariété à son ordre public. Saisi de la même question, dans le cadre de l'*exequatur* de la même décision sur la base de la Convention de Lugano, le Tribunal fédéral suisse n'avait pas considéré le jugement anglais comme étant contraire à l'ordre public en raison de l'exclusion de M. Gambazzi de la procédure⁵⁷. Ce précédent

n'est toutefois pas de nature à lier la Cour de justice ou la juridiction de renvoi. D'une part, les déclarations signées par les États membres exigent uniquement que la Cour tienne « dûment compte » des principes contenus dans la jurisprudence résultant de la Convention de Lugano (point 36). D'autre part, l'ordre public de l'article 27-1 des deux Conventions vise l'ordre public national des États respectifs et doit partant être apprécié de manière autonome et concrète par chaque juridiction nationale (point 38), même s'il appartient à la Cour, comme elle l'avait précédemment décidé dans les arrêts *Krombach* et *Renault*, de fixer les limites de cette notion (point 26). À ce dernier égard, rien ne faisait théoriquement obstacle à la possibilité pour la juridiction de renvoi de faire utilisation de la clause d'ordre public puisque la Cour avait déjà admis, dans l'arrêt *Krombach*, que celle-ci puisse être invoquée lorsque la procédure devant l'État d'origine est entachée d'une violation manifeste du droit fondamental à un procès équitable (point 26).

Sur la contrariété à l'ordre public de la déchéance du droit de se défendre, comme sanction du non-respect d'une injonction provisoire, la Cour décide qu'il appartient en l'espèce aux juges italiens d'apprécier, au regard de la procédure d'origine considérée dans son ensemble, les conditions procédurales concrètes dans lesquelles M. Gambazzi a été sanctionné pour vérifier si celles-ci ne trahissent pas une atteinte disproportionnée à son droit à être entendu. Alors qu'elle n'avait pas hésité à condamner la procédure par contumace dans l'affaire *Krombach*, la Cour refuse donc de censurer, de manière abstraite et générale, le *debarment* à titre de sanction du *contempt of court* pour les défendeurs étrangers⁵⁸. Même si le droit anglais comporte sur ce point une restriction particulièrement sévère pour les droits de la défense, la Cour relève que de telles limitations sont également prévues dans d'autres droits nationaux pour sanctionner les parties qui adoptent un comportement dilatoire qui aboutirait en fin de compte à un déni de justice (point 31). Des exigences très élevées doivent cependant encadrer cette très importante restriction aux droits de la défense (point 33). La juridiction de renvoi est appelée à vérifier, à l'aune de la procédure considérée dans sa globalité (point 40), de manière marginale et sans sombrer dans une révision au fond de la procédure anglaise elle-même (point 46), si ces conditions sont en l'espèce satisfaites. La Cour trace cependant déjà les lignes directrices de l'approche « globale » à laquelle devront procéder les juges italiens. Dans l'énoncé de ces critères, l'arrêt *Gambazzi* paraît malheureusement confondre deux questions distinctes. La première visait à vérifier que M. Gambazzi avait effectivement pu se défendre contre les injonctions préliminaires et contre la sanction qui lui avait été infligée. La seconde portait sur la propor-

rattachant aussi à l'ordre public), qui ne faisaient pas l'objet de la question préjudicielle à la Cour de Luxembourg.

(58) Ce n'était d'ailleurs pas son rôle. Il était particulièrement délicat pour la Cour de justice de faire œuvre de juge de la conformité du système du « *debarment* » aux droits fondamentaux alors que dans la même cause, la Cour européenne des droits de l'homme avait elle-même jugé la requête de M. Gambazzi fondée sur l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme, « manifestement non fondée » (voy. G. Cuniberti, « *Debarment...* », *op. cit.*, p. 8).

(55) Arrêt du 2 avril 2009, aff. C-394/07, non encore publié au *Recueil*; *Europe*, juin 2009, p. 41, note L. Idot; voy. également G. Cuniberti, « *Debarment from Defending*, *Default Judgments and Public Policy* », disponible sur www.conflictflaws.net.

(56) P. Wautelet, « Article 32 » in *Brussels I Regulation*, Magnus/Mankovski (ed.), 2007, § 8; G. Cuniberti, note sous Cass., 17 novembre 1999, *Rev. crit. D.I.P.*, 2000, p. 788.

(57) Mais le Tribunal fédéral a refusé d'accorder l'exécution de la décision anglaise pour d'autres motifs (se

tionnalité de la sanction elle-même; le droit à un tribunal et le droit d'être entendu peuvent-ils purement et simplement supprimés en raison du non-respect par le défendeur d'une injonction provisoire? La Cour n'aborde pas cette dernière interrogation de manière distincte. Elle invite les juridictions de renvoi à l'apprécier conjointement avec la première, estimant en quelque sorte que le respect des droits de la défense avant d'infliger la sanction (spécialement lors du prononcé de l'injonction initiale [point 42], lors de son exécution [point 43] et avant de prononcer l'*unless order* [point 44]) permettrait de couvrir la sanction elle-même⁵⁹. L'arrêt précise en effet que c'est au regard de la mise en balance de ces divers éléments que le juge de renvoi pourra décider si l'exclusion de M. Gambazzi de la procédure apparaît comme une atteinte manifeste et démesurée à son droit d'être entendu (point 47).

12. — La partition de Chypre est à l'origine des questions posées à la Cour dans l'affaire *Apostolides*⁶⁰. Ce dernier, un citoyen grec, était opposé à deux ressortissants britanniques qui avaient acquis, sur la partie nord de l'île, un immeuble, situé sur un terrain dont M. Apostolides soutenait qu'il avait été exproprié de manière illégitime à la suite de la division de l'île. M. Apostolides avait obtenu d'un tribunal de Nicosie une décision condamnant les époux Orams à démolir les constructions érigées sur le terrain et à lui restituer la libre disposition de son terrain. Il poursuivait l'*exequatur* de ce jugement en Angleterre. C'est dans ce cadre que la *Court of Appeal* a posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice. Celle-ci a tout d'abord confirmé que, malgré le contexte particulier du litige lié au contentieux international relatif aux conséquences de la partition de l'île, le litige opposait des particuliers au sujet de la propriété d'un immeuble et que l'on se trouvait donc bien en matière civile et commerciale au sens de l'article 1^{er} du règlement Bruxelles I (point 46).

Se posait ensuite l'existence potentielle d'un motif de refus de reconnaissance et d'exécution déduit de l'article 35 du règlement par suite de la méconnaissance par le juge d'origine d'une règle de compétence exclusive. L'immeuble litigieux étant situé dans la partie nord de l'île, les défendeurs soutenaient en effet que le tribunal de Nicosie n'était pas compétent, en raison de l'article 22-1, pour statuer sur une action concernant des droits réels immobiliers portant sur

un immeuble situé dans un autre État. Devait-on, en d'autres termes, considérer la partie nord de l'île comme un État tiers? Suivant les conclusions de son avocat général, la Cour de justice répond par la négative, considérant qu'il s'agit là d'une question de compétence interne et non de compétence internationale et que l'article 22-1 vise les tribunaux de l'État où est situé l'immeuble (en l'espèce la république de Chypre), et non le tribunal du lieu de situation de l'immeuble (point 51). Cette dernière difficulté pouvait-elle alors rejaillir sous l'angle de la clause de l'ordre public de l'article 34-1 en raison de ce que les autorités chypriotes n'exercent pas un contrôle effectif sur le territoire où se situe l'immeuble? Rappelant une fois encore les principes applicables en la matière, quelques jours après son arrêt *Gambazzi*, la Cour n'aperçoit — cela paraît une évidence — aucune contrariété manifeste à un principe fondamental de l'ordre juridique du Royaume-Uni auquel la reconnaissance et l'exécution du jugement en cause seraient susceptibles de porter atteinte (point 61).

Devait-on néanmoins considérer que le jugement chypriote n'était pas exécutoire, au sens de l'article 38-1, du règlement, dans l'État d'origine dès lors qu'il ne pouvait pas, en raison de la situation particulière de l'île, y être mis à exécution? La Cour, qui soulève elle-même d'office la question, rappelle en effet que, suivant le mécanisme dit de « l'extension des effets », le jugement étranger ne peut se voir accorder, lors de son exécution, des droits qui ne lui appartiennent pas dans l'État membre d'origine (point 66). Toutefois, la réponse est ici aussi négative car seul compte, on le sait, pour l'*exequatur* — qui ne se confond pas avec l'exécution proprement dite — le caractère formellement exécutoire du jugement dans l'État d'origine (point 69).

Il restait enfin à examiner les conditions procédurales dans lesquels le jugement chypriote avait été prononcé puisqu'il avait été rendu par défaut sans que les défendeurs aient, dans un premier temps, disposé du temps utile pour préparer leur défense, puisque leur avocat n'avait pu les représenter, faute de disposer d'un mandat rédigé dans la langue de la procédure. Cette circonstance n'a toutefois pas été jugée pertinente dès lors que les époux Orams avaient exercé un recours contre le jugement en sorte qu'ils ne pouvaient plus valablement se prévaloir du motif de refus visé à l'article 34-2 du règlement (point 79).

2. — Procédure

13. — Le règlement Bruxelles I a renforcé le caractère sommaire, simple et rapide, de la procédure de déclaration de la force exécutoire dans l'État membre requis. Il réserve toutefois, à l'article 43, à la partie contre laquelle l'exécution est demandée, la possibilité de former un recours dans le cadre duquel cette partie peut faire valoir, pour la première fois, l'existence d'un éventuel motif de refus d'exécution, limitativement prévus par les articles 34 et 35 du règlement. Dans son arrêt *Deutsche Genossenschaftsbank*, la Cour avait déjà exclu, sous l'empire de l'article 36 de la Convention de Bruxelles, tous recours des tiers, fussent-ils interposés, contre la décision d'*exequatur*, même lorsque le droit interne de l'État requis permettrait un tel recours. La Cour avait déjà exprimé à l'époque sa volonté d'extraire la procédure

d'*exequatur* de la Convention de toute interférence procédurale basée sur le droit national.

Dans l'arrêt *Draka n.v. Kables*, du 23 avril 2009⁶¹, les juges de Luxembourg ont confirmé, tout en la renforçant, cette jurisprudence, mais à propos de l'article 43-1 du règlement Bruxelles I et dans une hypothèse différente : celle de l'exercice du recours contre la décision d'*exequatur*, au nom et pour le compte de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, par ses créanciers agissant au moyen de l'action oblique. Ce mécanisme, prévu par l'article 1166 du Code civil belge, permet au créancier de prendre la place de son débiteur et d'exercer les droits et actions de ce dernier afin de gérer ou de conserver le patrimoine du débiteur. Peut-on dès lors assimiler au débiteur contre lequel l'*exequatur* est demandé le créancier exerçant l'action oblique « en lieu et place » du premier? La Cour refuse de procéder à cette vérification en analysant le contenu, d'ailleurs discuté, du droit national. Considérant que la procédure d'*exequatur* doit rester imperméable aux vicissitudes, substantielles ou procédurales, issues du droit interne, elle adopte une approche stricte et rigide de l'instance en *exequatur*. Suivant l'arrêt, les recours contre la décision d'*exequatur* ne peuvent être exercés que par le demandeur à l'*exequatur* (en cas de rejet) et la partie contre laquelle l'exécution est demandée (en cas de déclaration de force exécutoire). Les autres personnes, qui ne sont pas « formellement » intervenues à la procédure initiale, ne peuvent exercer de recours, même si le droit de l'État membre requis le permettrait. Ceci paraît donc exclure non seulement les véritables tiers à la procédure d'*exequatur* mais également les éventuels ayants cause, à titre particulier ou universels (cessionnaires, subrogés, héritiers...), de la partie contre laquelle l'exécution est demandée qui pourraient pourtant être assimilés, en vertu du droit national, à cette partie elle-même. La Cour prend le soin de souligner que ces tiers sur le plan « formel », et en particulier, les créanciers de la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie, ne sont pas cependant dépourvus de toute possibilité d'action puisqu'ils « pourront tenter contre les mesures d'exécution forcée les recours qui leur sont ouverts par le droit de l'État où l'exécution forcée a lieu » (point 29). Elle rappelle ainsi une fois de plus la distinction entre la déclaration de la force exécutoire et l'exécution proprement dite, qui demeure régie, y compris sur le plan des recours, par le droit national.

Ce sont donc manifestement des objectifs d'efficacité qui ont conduit la Cour à consacrer le caractère totalement autonome et uniforme de la procédure d'*exequatur*, prévue par le règlement Bruxelles I. Celle-ci ne peut se voir « polluée » par des incidents qui en perturberaient la rapidité et la simplicité. Cette solution s'inscrit clairement dans la tendance, voire ouvre la voie, à la prochaine étape de l'approfondissement de l'espace judiciaire européen, qui consisterait à supprimer cette phase intermédiaire de l'*exequatur*, tout en maintenant un contrôle résiduel au stade de l'exécution proprement dite⁶².

(61) Aff. C-167/08, non encore publié au *Recueil*, *Rev. crit. D.I.P.*, 2009, p. 569, note E. Pataut.

(62) *Supra*, n° 1 sur les travaux de révision du règlement Bruxelles I. *Adde.* Hess, Pfeiffer, Schlosser, *The Brussels I Regulation 44/2001 - Application and Enforcement in the EU*, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2008, n°s 564 et s.

(59) La Cour précise — et cet élément est important compte tenu de ce qui a été dit ci-avant au sujet de la portée juridictionnelle des *default judgments* — que le respect des droits de la défense suppose que le bien-fondé des prétentions des demandeurs contre le défendeur a fait, au stade du jugement ou à un stade antérieur, l'objet d'un examen et qu'il convient donc de vérifier si M. Gambazzi a eu, à ce stade ou à un stade antérieur, la possibilité de s'exprimer sur ce sujet et s'il a disposé d'une voie de recours (point 45). On a relevé que le jugement par « défaut forcé » ne comportait pas un tel examen. Cependant, il est possible que le bien-fondé de l'action principale ait été discuté à l'occasion de l'octroi des mesures provisoires ou des recours introduits contre ces mesures.

(60) Arrêt du 28 avril 2009, aff. C-420/07, *Europe*, juin 2009, p. 9, note V. Michel et p. 42, note L. Idot. Une des questions posées à la Cour, mais qui ne sera pas analysée dans cette chronique, concernait l'application du règlement Bruxelles I à une décision rendue par une juridiction chypriote siégeant dans la zone de l'île contrôlée par le gouvernement chypriote mais concernant un immeuble sis dans les zones non contrôlées par ce dernier pour lesquelles le protocole n° 10 sur Chypre prévoit la suspension de l'application de l'acquis communautaire.

3

**Compétence et exécution
(obligations alimentaires,
matière matrimoniale
et responsabilité parentale)****A. — Règlement n° 4/2009
sur les obligations alimentaires**

14. — Le règlement n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 règle de manière uniforme et regroupe, dans un seul et même texte, les conflits de juridictions, les conflits de lois, la reconnaissance et l'exécution des décisions, l'aide judiciaire et la coopération entre autorités centrales dans la matière des obligations alimentaires. En ce qui concerne la compétence, le règlement remplace le régime du règlement Bruxelles I, et notamment son article 5-2. Pour la loi applicable, le texte doit se combiner avec le protocole de La Haye du 23 novembre 2007. Pour l'essentiel, le règlement s'appliquera à compter du 18 juin 2011, à la condition que le protocole précité soit applicable dans l'Union à cette date⁶³.

B. — Règlement n° 2201/2003**1. — Compétence**

15. — Dans le domaine de la responsabilité parentale, le système de compétence judiciaire est centré essentiellement sur le critère de la résidence habituelle de l'enfant (articles 8 à 10 du règlement Bruxelles IIbis). Cette notion pivot, non définie par le règlement, a été explicitée par la Cour de justice dans un arrêt du 2 avril 2009⁶⁴. En l'espèce, la question était de savoir où se trouvait la résidence habituelle de trois enfants, ayant vécu à l'origine en Finlande mais s'étant installés en Suède depuis 2001, qui étaient retournés avec leur mère pour passer des vacances en Finlande à l'été 2005, mais étaient ensuite restés sur le territoire finlandais où ils logeaient dans des caravanes sans être scolarisés. Après avoir souligné que la résidence habituelle au sens de l'article 8 du règlement est une notion autonome et uniforme (point 34), la Cour, tout en s'abstenant de dégager une définition proprement dite, a souligné comme principe de base que la résidence de l'enfant implique « une certaine intégration dans un environnement social et familial » (point 38). Selon la Cour, la détermination de la résidence habituelle de l'enfant doit se faire de manière concrète, « sur la base d'un ensemble de circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce » (point 37). L'analyse prend pour point de départ le lieu de « présence physique de l'enfant », pour autant que celle-ci n'ait pas « un caractère temporaire ou occasionnel ». Pour aider la tâche du juge national dans la recherche du point de savoir s'il existe une certaine intégration dans un environnement social et

familial, la Cour dresse une liste non exhaustive de facteurs qui « doivent » être pris en compte. Ils peuvent être rassemblés en quatre groupes, se rapportant respectivement aux séjours de l'enfant (durée, régularité, conditions et raisons des séjours et déménagements), à ses activités (lieu et conditions de scolarisation), à sa personne (sa nationalité, ses connaissances linguistiques), et aux liens qu'il entretient avec d'autres personnes (rapports familiaux et sociaux) (point 39). Ce n'est que si, au regard de l'ensemble de ces éléments, il est « impossible d'établir » où se trouve la résidence habituelle de l'enfant, que, à titre « exceptionnel », la juridiction de l'État membre dans lequel l'enfant est présent acquiert compétence pour connaître du fond selon l'article 13 du règlement (point 43).

L'interprétation est utile non seulement pour les éléments qui sont retenus, mais aussi pour ceux qui ne le sont pas. En particulier, la Cour ne retient pas l'élément de volonté de s'établir de manière stable dans un lieu, qui représente le critère central de la définition de la notion de résidence habituelle dans la jurisprudence communautaire en matière de sécurité sociale⁶⁵. La Cour prend soin à cet égard de souligner que cette définition « ne saurait être directement transposée » dans le cadre de l'appréciation de la résidence habituelle de l'enfant au sens de l'article 8 du règlement. La solution est logique, car « dans la grande majorité des cas, les enfants ne peuvent pas former ou réaliser leur propre détermination parce qu'ils sont trop jeunes ou parce qu'ils sont soumis à la volonté des titulaires de l'autorité parentale »⁶⁶. Si la Cour ne retient pas la volonté de l'enfant comme critère d'appréciation de sa résidence habituelle, elle considère, en revanche, que peut constituer un « indice » du « transfert » de la résidence habituelle « l'intention des parents de s'établir avec l'enfant dans un autre État membre, exprimée par certaines mesures tangibles, telles que l'acquisition ou la location d'un logement dans l'État membre d'accueil » (point 40).

Est ainsi consacrée l'idée que la résidence habituelle est, en droit communautaire, une notion fonctionnelle⁶⁷, qui peut varier selon la personne en cause, la finalité et les objectifs poursuivis dans la matière considérée. La Cour a d'ailleurs souligné explicitement que l'interprétation retenue de la notion de résidence habituelle de l'enfant était, en l'espèce, effectuée au regard du contexte de l'article 8 et de l'objectif du règlement et des règles de compétence en matière de responsabilité parentale qui, selon le préambule, sont conçues « en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, et en particulier, du critère de proximité » (point 35). La notion de résidence habituelle consacrée par cet arrêt est donc propre à la mise en œuvre de la compétence en matière de responsabilité parentale. Elle n'est pas nécessairement transposable à la règle de compétence en matière de divorce de l'article 3, ni à la matière des conflits de lois (non réglée pour le moment en droit communautaire).

2. — Mesures provisoires

16. — Tout tribunal d'un État membre, même s'il n'est pas compétent pour connaître du fond selon le règlement, est habilité à prendre des mesures provisoires ou conservatoires (article 20 du règlement Bruxelles IIbis). Pour pouvoir invoquer cette compétence, qui vaut tant en matière de divorce qu'en matière de responsabilité parentale, des conditions assez strictes doivent être remplies. Saisie d'une question portant sur l'interprétation de cette disposition dans l'arrêt du 2 avril 2009, cité ci-dessus, la Cour a souligné que ces conditions, comme il ressort du libellé de l'article 20, sont au nombre de trois (point 47). Premièrement, les mesures concernées doivent être urgentes. Selon la Cour, cette condition est remplie lorsque des mesures sont prises dans l'État où séjourne à titre temporaire l'enfant qui se trouve dans une situation susceptible de nuire gravement à son bien-être, y compris à sa santé ou à son développement, justifiant ainsi l'adoption immédiate de mesures de protection. Deuxièmement, les mesures doivent être de nature provisoire. Selon la Cour, cette nature découle du fait que, selon le paragraphe 2 de l'article 20, les mesures cessent d'avoir effet lorsque le tribunal compétent au fond a pris les mesures qu'ils estiment appropriées. Pour le surplus, le règlement ne déterminant pas le type de mesures qui peuvent être prises, c'est au législateur national de les énoncer, sous la réserve qu'elles doivent viser « la préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant » (point 51). Troisièmement, les mesures doivent être prises à l'égard de personnes ou de biens présents dans l'État membre où siège la juridiction saisie de l'affaire. C'est la condition de territorialité des mesures.

La Cour était aussi saisie de la question de savoir si, lorsque le juge d'un État membre ordonne des mesures provisoires concernant un enfant, il doit ensuite déferer l'affaire à la juridiction compétente au fond. La Cour répond logiquement par la négative, en soulignant que le seul cas de « transfert » de compétence prévu par le règlement est celui de l'article 15, qui joue lorsqu'une juridiction compétente au fond demande à la juridiction d'un autre État membre, mieux placé pour connaître de l'affaire, d'exercer sa compétence. Si la Cour refuse d'étendre en tant que tel ce mécanisme à l'hypothèse dont elle était saisie, elle souligne cependant que le tribunal qui a ordonné les mesures provisoires pourrait, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, être tenu d'« informer, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité centrale au titre de l'article 53 du règlement, la juridiction compétente d'un autre État membre » (point 61). Cette forme de coopération judiciaire directe peut également s'imposer, selon la Cour, lorsqu'une juridiction nationale se déclare d'office incompétente pour connaître du fond (point 70).

3. — Reconnaissance et exécution

17. — C'est une douloureuse affaire de garde d'enfant, opposant M. Rinau, resté en Allemagne et Mme Rinau, son ex-femme, partie en Lituanie avec leur enfant, qui a donné lieu à l'arrêt du 11 juillet 2008 qui se prononce, dans le cadre de la procédure d'urgence, sur l'existence et les conditions procédurales, au sein du règlement Bruxelles IIbis, d'une action en non-

(63) Pour une première analyse du texte, voy. I. Bambust, « Le règlement européen 4/2009 en matière d'obligations alimentaires », *J.T.*, 2009, pp. 381 et s.

(64) Aff. C-523/07, « A. », non encore publié au *Recueil*; *Rev. dr. des étr.*, 2009, pp. 645 et s., note H. Storme.

(65) Voy. la définition classique donnée dans l'arrêt *Magdalena Fernandez*, aff. C-372/02, *Rec.*, p. I-10761, point 22.

(66) H. Storme, *op. cit.*, p. 654, n° 13.

(67) Voy. H. Storme, *op. cit.*, p. 653, n° 10.

reconnaissance d'une décision ordonnant le retour d'un enfant⁶⁸.

La Cour précise tout d'abord qu'une telle action est exclue lorsque la juridiction d'origine, faisant usage de la procédure du *fast track*⁶⁹, a délivré, à la suite d'une première décision de non-retour préalablement rendue dans l'État requis, le certificat visé à l'article 42 du règlement. Dans ce cas, il n'est plus possible de s'opposer à l'exécution de la décision et le juge de l'État requis doit faire droit au retour immédiat de l'enfant. L'œuvre interprétative de la Cour permet de confirmer que le certificat conférant la force exécutoire à la décision de retour ne peut être délivré que dans l'hypothèse où les juridictions de l'État requis ont antérieurement pris une décision de non-retour (point 84). Mais également qu'il ne faut pas avoir égard aux éventuels recours ou modifications de la décision de non-retour prise dans l'État requis. Il suffit de constater que le retour de l'enfant n'a pas effectivement eu lieu (point 88). Le dispositif du *fast track*, prévu par les articles 11-8 et 42 du règlement Bruxelles IIbis, vise en effet à éviter que les lenteurs des procédures judiciaires dans l'État d'exécution ne conduisent à entériner l'enlèvement de l'enfant à son nouveau milieu. En l'espèce, il était donc indifférent que la décision de non-retour prise par les juridictions lituaniennes ait été invalidée à la suite de l'exercice de voies de recours.

Lorsque la décision de retour a été ordonnée sur pied des articles 11-8 et 42 du règlement Bruxelles IIbis, il n'est donc pas possible de s'opposer à son exécution, le cas échéant par le biais d'une demande de non-reconnaissance. Mais dans les autres cas, la Cour confirme la possibilité, prévue par l'article 21-3 du règlement, d'une demande de non-reconnaissance d'une décision juridictionnelle, et ce, même si une demande de reconnaissance de la décision n'a pas été déposée préalablement (point 97). Des motifs légitimes peuvent en effet justifier une telle démarche préventive comme l'intérêt supérieur de l'enfant, la stabilité et la tranquillité de la famille ou le risque de disparition de moyens de preuve (point 95).

Une telle demande de non-reconnaissance ne peut toutefois bénéficier de la procédure sommaire, rapide et simplifiée prévue par l'article 31 du règlement Bruxelles IIbis. En particulier, la partie contre laquelle est introduite la demande de non-reconnaissance ne saurait être privée de la possibilité de présenter des observations (point 104). Cette procédure, dont la mise en œuvre pratique est laissée au droit national, doit donc nécessairement prendre un tour contradictoire car elle implique une appréciation négative et la vérification de l'existence d'un éventuel motif de refus (point 105). L'introduction d'une demande de non-reconnaissance peut être assimilée à l'exercice par la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie du recours contre une décision unilatérale accor-

dant la reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire. Les parties se retrouvent donc directement à la phase contradictoire de la procédure. Ceci paraît devoir exclure la possibilité pour une des parties d'encore obtenir, dans une procédure séparée et de manière unilatérale, la reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire. L'effet de surprise qui justifie la « clandestinité » de la procédure disparaît lorsque l'adversaire sollicite préventivement la non-reconnaissance de la décision contestée.

4

Insolvabilité

18. — Le règlement n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité (« règlement Insolvabilité ») traite non seulement de la procédure proprement dite d'insolvabilité transfrontière, qu'elle soit principale ou secondaire, mais aussi des diverses actions et pouvoirs que peut exercer le syndic. Parmi ceux-ci figurent l'« action révocatoire utile aux intérêts des créanciers » (article 18-2, *in fine*). Le règlement ne comporte pas de règle de compétence spécifique déterminant devant quel tribunal une telle action peut ou doit être introduite. Les seules règles de compétence internationale instaurées par le règlement se rapportent au point de savoir où peut s'ouvrir la procédure d'insolvabilité » (article 3). Dans l'arrêt *Seagon c. Deko Marty*⁷⁰, la question a été posée à la Cour de savoir si la compétence du tribunal du lieu d'ouverture de la procédure vaut aussi pour l'action révocatoire introduite par le syndic contre un tiers. En l'espèce, le syndic, désigné par un tribunal allemand, avait introduit devant ce tribunal une action contre une société belge en vue d'obtenir la restitution d'une somme de 50.000 EUR qui avait été payée par le failli la veille de la déclaration de faillite. Selon la Cour, l'article 3-1 donne compétence au tribunal allemand, en sa qualité de tribunal du lieu d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, pour connaître de cette action révocatoire. Pour justifier la solution, la Cour commence par relever que l'action en cause ne relève pas du règlement Bruxelles I. Elle se réfère, sur ce point, à la jurisprudence *Gourdain*⁷¹, selon laquelle l'exception de la matière des « faillites, concordats et procédures analogues » vaut pour l'action qui dérive directement de la faillite et qui s'insère étroitement dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire (point 19). De manière parallèle, relève la Cour, il ressort du préambule du règlement sur les procédures d'insolvabilité que les règles de compétence prévues par ce dernier valent pour la procédure d'insolvabilité et pour « la prise des décisions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement » (considérant 6). La Cour en déduit que l'article 3-1 du règlement « attribue également une compétence interna-

tionale de l'État membre sur le territoire duquel a été ouverte la procédure d'insolvabilité pour connaître des actions qui dérivent directement de cette procédure et qui s'y insèrent étroitement » (point 21).

Dans ses conclusions, l'avocat général, tout en prônant cette interprétation, avait souligné que cette compétence devait être considérée comme « relativement exclusive », en ce sens qu'elle « doit être comprise comme un privilège du syndic », lequel peut également, s'il le souhaite, introduire l'action dans un autre État membre. Selon l'avocat général, cette solution est déduite, notamment, de l'article 18-2 du règlement, qui permet au syndic de poursuivre diverses actions dans « tout État membre » (conclusion, points 64 à 68). La Cour n'a pas confirmé explicitement la nature — exclusive ou optionnelle — de la compétence en cause. Mais elle a souligné que cette compétence permet la « concentration de l'ensemble des actions directement liées à l'insolvabilité d'une entreprise devant les juridictions de l'État membre compétent pour l'ouverture de la procédure d'insolvabilité », et que « la possibilité que divers fors exercent une compétence en ce qui concerne les actions révocatoires engagées dans différents États membres aboutirait à affaiblir la poursuite d'un tel objectif » (points 22 et 24). Ces motifs ont conduit certains commentateurs à suggérer que la compétence du lieu d'ouverture de la procédure pourrait avoir un caractère exclusif en cette matière⁷². Cependant, un autre motif de l'arrêt paraît impliquer une solution différente. La Cour relève que, selon l'article 25-1 du règlement, les décisions prises par le tribunal du lieu d'ouverture de la procédure relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité doivent être reconnues dans tous les États membres, « même si elles sont rendues par une autre juridiction » que celle du lieu d'ouverture de la procédure. Tout en soulignant que ce bout de phrase n'implique pas que le législateur communautaire ait voulu « exclure une compétence » des tribunaux de l'État du lieu d'ouverture de la procédure, la Cour relève que « ces termes signifient... qu'il incombe aux États membres de déterminer la juridiction territorialement et matériellement compétente, laquelle ne doit pas nécessairement être celle qui a procédé à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité » (point 27). Il semble que l'on doit, *in fine*, en déduire que le syndic peut introduire l'action révocatoire, soit devant le tribunal de l'État d'ouverture de la procédure, sur pied de l'article 3-1 du règlement, soit devant le tribunal d'un autre État membre (par exemple, à l'endroit où se trouve les actifs concernés), conformément aux règles de compétence territoriale du droit national.

Arnaud NUYTS
et Hakim BOULARBAH⁷³

(68) Aff. C-195/08, non encore publié au *Recueil*; *Euro-pe*, octobre 2008, p. 40; *Rev. crit. D.I.P.*, 2008, p. 871, note H. Muir-Watt.

(69) Cette procédure prévue par les articles 11-8 et 42 du règlement Bruxelles IIbis prévoit que la juridiction d'origine peut certifier comme titre exécutoire sa décision ordonnant le retour de l'enfant. Cette décision peut être immédiatement mise à exécution dans l'État dans lequel l'enfant a été illicitement déplacé sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance.

(70) Aff. C-339/07, arrêt du 12 février 2009, non encore publié au *Recueil*; *D.*, 2009, p. 1311, note J.-L. Vallens; *Sem. jur.*, éd. Entreprise et affaires, 2009, p. 30, note F. Mélin.

(71) Aff. 133/78, 22 février 1979, *Rec.*, p. 733.

(72) *Cfr* J.-L. Vallens, *op. cit.*, p. 1314.

(73) Professeurs à l'Université libre de Bruxelles, avocats au barreau de Bruxelles. Les remarques relatives à la présente chronique peuvent être envoyées aux adresses suivantes : anuyts@ulb.ac.be ou houlbarb@ulb.ac.be.