

UNIVERSITE DES ANTILLES ET DE LA GUYANE
UFR DES SCIENCES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES
DE GUADELOUPE

MASTER I DROIT PRIVE

DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Enseignant : Professeur Frédéric LECLERC

INTRODUCTION

§ 1.- Qu'est-ce que le Droit International privé ?

Le droit international privé (DIP) peut être défini comme l'ensemble des règles qui gouvernent les relations juridiques impliquant des personnes privées, et qui présentent un caractère d'extranéité.

Le DIP a ainsi pour objet les rapports juridiques privés comportant un « élément d'extranéité », c'est-à-dire qui se rattachent à plus d'un Etat, soit par leurs sujets (couple composé de deux personnes de nationalités différentes), soit par leur objet (contrat de vente entre deux Français portant sur une maison située à Sainte-Lucie), soit par leur source (accident survenant en République dominicaine entre deux voitures de touristes de nationalité française).

Le DIP va permettre de fournir une solution aux problématiques que soulève la relation juridique internationale :

Par exemple, voici une jeune guadeloupéenne qui, sur la Campus de Fouillole, tombe amoureuse d'un étudiant Erasmus italien venant de l'Université de Bologne. Elle l'épouse, mais malheureusement quelques mois plus tard, alors que le couple est parti vivre en Espagne, elle apprend que son mari était déjà marié. Etant retournée chez elle, cette jeune femme décide de demander en justice l'annulation du mariage devant le Tribunal de grande instance de Pointe-à-Pitre. Mais le peut-elle ? Ne doit-elle pas plutôt porter son action en Espagne ou en Italie ? Et à supposer que le tribunal de Pointe-à-Pitre soit internationalement compétent, quel droit va-t-il appliquer pour juger de la validité ou de la nullité du mariage ? Le Droit Français, ou le Droit espagnol, ou le Droit Italien ?

Le DIP permet de répondre à ces questions.

Plus précisément, le DIP répond à une série de problématiques :

- Quand surgit un litige international, il faut déterminer quelle sera la juridiction compétente (étatique, arbitrale) pour en connaître.
- Ensuite, une fois qu'une juridiction aura retenu sa compétence internationale, il faut identifier les règles de droit que le juge devra appliquer pour trancher le litige : le Droit français ou le droit étranger ?
- Quand le juge français aura appliqué aux faits la règle de droit pertinente, il rendra une décision : or, que deviendra cette décision, pourra-t-elle produire des effets dans un pays étranger ?

Ces trois séries de problématiques forment le cœur du DIP. Mais elles ne sont pas les seules. Le DIP s'intéresse également au traitement juridique qu'il convient de réserver aux étrangers qui se trouvent sur notre territoire, ce que l'on nomme **la condition des étrangers** : par exemple, à partir de quand peut-on dire qu'un étranger en France est

en situation régulière ou au contraire en situation irrégulière ? Et quels sont ses droits s'il est interpellé sans papiers par la police ?

En outre, le DIP détermine qui est étranger et qui est national de l'Etat, à travers les règles qui composent le Droit de la nationalité. Par exemple, voilà un enfant né il y a sept ans en Guadeloupe d'un couple haïtien. A-t-il *de plano* la nationalité française, et sinon, dans quelles conditions pourra-t-il l'acquérir ?

Quelles méthodes, quels outils sont utilisés pour répondre à ces problématiques ?

Il y a plusieurs méthodes :

Selon H. Batiffol, grand auteur de DIP, il y a « *un pluralisme des méthodes en DIP* », pour reprendre le titre de l'un des cours qu'il a professés à l'Académie de Droit International de La Haye. Cependant, ces méthodes ne sont pas laissées à la discrétion des juristes. Elles doivent être utilisées de façon ordonnée et suivant une hiérarchie.

Quelles sont ces méthodes ?

Ces méthodes reposent toutes sur l'utilisation de règles de droit. Simplement, selon les cas, il s'agira de règles de droit de types différents. Afin de bien les identifier et les comprendre, il est au préalable important de remonter à la source afin de s'interroger sur ce qu'est **une règle de droit**.

- ▶ Ce qui caractérise une règle de droit, c'est qu'elle est **porteuse d'une norme de comportement qui, dès lors que certaines conditions sont remplies, s'adresse à un groupe plus ou moins étendu de destinataires, pour leur imposer cette norme sous la menace de la contrainte étatique.**

Quelle est la structure de toute règle de droit ?

Toute règle de droit se compose :

- d'une **hypothèse** ou d'un **présupposé**
- d'un **élément normatif**
- ➡ toute règle de droit est soumise à un **champ d'application** (**personnel, matériel, spatial, temporel**) ainsi qu'à des **conditions d'application** : c'est ce qu'on appelle l'**hypothèse ou présupposé**
- ➡ l'**élément normatif** : toute règle est productive d'une **norme de comportement** : **faire, ne pas faire, pouvoir de faire ou de ne pas faire, incitation à faire ou à ne pas faire.**

On peut scinder les règles de droit en plusieurs catégories :

- il y a d'une part **les règles matérielles** (qui peuvent être substantielles ou sanctionnatrices)
- et il y a d'autre part **les règles de conflits**

Qu'est-ce qu'une règle matérielle ?

C'est une règle qui fixe la matière d'un rapport de droit en édictant un complexe de droits et d'obligations bénéficiant ou incombant aux acteurs du rapport de droit. Ces règles matérielles peuvent être des règles matérielles substantielles, ou bien des règles matérielles sanctionnatrices.

- Les **règles matérielles substantielles** sont des règles qui énoncent des droits des obligations constituant l'ossature des droits subjectifs reconnus aux individus dans leurs rapports réciproques (droit de propriété, droit de créance d'origine contractuelle ou extra contractuelle). Elles définissent ainsi la substance des rapports de droit, d'où l'appellation de règles matérielles substantielles : article 544 du Code civil, article 1134 du Code civil, articles 1382 et 1383 du Code civil. C'est ainsi que le Droit civil, le Droit commercial, le Droit du travail mais aussi le Droit administratif ou le Droit international public se composent de règles matérielles substantielles.
- Les **règles sanctionnatrices** s'expliquent par la nécessité d'assurer la mise en œuvre effective des droits subjectifs, et donc des règles matérielles qui en fournissent la substance: que serait le droit de propriété sans la protection judiciaire de l'action en revendication, sans l'expulsion ou la saisie-appréhension ? Probablement rien. Le droit subjectif, pour être efficace, a besoin de la sanction étatique, notamment à travers le bras de la Justice. Or, cette sanction, ce recours à la Justice ne s'opèrent pas de n'importe quelle manière. Par exemple, l'action en revendication, qui protège le droit de propriété, se voit soumise à un complexe de droits et d'obligations auxquels sont soumis les plaideurs, et qui résultent de règles matérielles sanctionnatrices. Le constat est le même s'agissant de la saisie-appréhension, réglementée par l'article 56 de la loi du 9 juillet 1991 ainsi que par les articles 139 et suivants du décret du 31 juillet 1992, toutes règles matérielles sanctionnatrices. En bref, le Droit judiciaire privé, le Droit des voies d'exécution, le Contentieux administratif, la procédure pénale renferment des règles matérielles sanctionnatrices.
- Pour en terminer avec cette approche de la notion de « règle matérielle », précisons qu'une règle matérielle de droit international privé est une règle matérielle, qui peut être substantielle ou sanctionnatrice, spécialement faite pour s'appliquer à des rapports juridiques internationaux. Par exemple, en matière de litige international afférent à une obligation alimentaire, l'article 5 2°) du règlement communautaire du 22 décembre 2000 prévoit que l'action peut être portée devant le Tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle. Il s'agit là d'une règle matérielle sanctionnatrice de droit international privé. La règle matérielle est dite « de droit interne » lorsqu'elle a été conçue pour régir les rapports juridiques internes : par exemple l'article 42 alinéa 1 du Code de procédure civile qui énonce que « *la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur* ».

Aux règles matérielles s'opposent les règles de conflit.

Qu'est-ce qu'une règle de conflit ?

C'est une règle de droit qui, dans son élément normatif, ne définit pas des droits et des obligations. C'est une règle de partage qui intervient en amont.

- ▶ Exemple : les règles de conflit dans le temps ou dans l'espace qui délimitent pour les premières l'empire temporel de la loi ancienne et de la loi nouvelle ; et pour les secondes l'empire spatial de deux lois *a priori* désireuses de s'appliquer à une relation juridique internationale. Ceci sans créer à proprement parler de droits et d'obligations.

En fait, la règle de conflit se différencie de la règle matérielle par son élément normatif : plutôt que de prescrire un comportement à travers des droits et obligations, elles se bornent à désigner les règles de droit matérielles à appliquer pour résoudre la problématique donnée.

Comment ces différentes sortes de règles sont-elles utilisées en DIP ?

❏ Quelle méthode est utilisée pour la détermination de la juridiction compétente ?

Même si la question de la détermination de la juridiction compétente relève de la partie du DIP intitulée « conflit de juridictions », il n'en reste pas moins que cette problématique est réglée comme on le verra à l'aide de la méthode des règles matérielles sanctionnatrices, que l'on soit devant un tribunal arbitral ou devant un tribunal étatique. Soit que l'on utilise les règles matérielles de compétence internes pour fixer la compétence internationale, soit que l'on crée des règles matérielles de compétence propres aux rapports juridiques internationaux.

❏ Quelle méthode est utilisée pour la détermination du droit applicable ?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer selon que le litige est porté devant :

- Un tribunal arbitral
- Un tribunal étatique

❌ En effet, il faut savoir **qu'un arbitre**, à la différence du juge étatique **n'a pas de « for », c'est-à-dire n'appartient pas à une organisation juridictionnelle étatique**. C'est un juge privé qui n'est pas rattaché à un ordre juridictionnel : à la différence d'un juge étatique, il a donc une liberté totale des méthodes.

Le juge étatique lui, rend la justice au nom du Peuple Français. Donc il fait partie d'une organisation étatique qu'il doit respecter. Il doit donc obéir à l'ordre juridictionnel qui est le sien, qui constitue son « for »..

- ▶ Le mot « For », venant du latin « *forum* », signifie « tribunal saisi ». La loi du for, est donc la loi du tribunal saisi. C'est-à-dire la loi française pour le juge français, la loi italienne pour le juge italien, etc....

- Historiquement, il faut savoir que c'est **la méthode du conflit de lois** qui a été utilisée la première. Cette méthode part de l'idée que le propre du rapport juridique international est de concerner une pluralité d'Etats. Par conséquent, puisque peu ou pas de règles matérielles substantielles de DIP n'existent, il va falloir sélectionner parmi les droits étatiques qui ont a priori vocation à s'appliquer celui qui sera compétent pour traiter la problématique posée. Cette méthode va ainsi consister à **rattacher** le rapport juridique concerné à l'ordre juridique jugé le mieux placé pour en connaître. Or, l'ordre juridique jugé le mieux placé pour en connaître sera celui avec lequel le rapport de droit présente le lien de rattachement le plus étroit. Aussi bien, le DIP, catégorie par catégorie de rapports de droit, édicte-t-il des règles dites de conflit de lois, c'est-à-dire des règles qui énoncent le rattachement jugé le plus approprié dans la matière considérée. **Par exemple, en matière de statut personnel, le critère rattachement estimé le plus approprié est celui de la nationalité, ce qui conduit à donner compétence en ce domaine à la loi nationale de l'individu. Si par exemple se pose la question de savoir si un jeune Mexicain âgé de 19 ans est majeur, la règle de conflit donnera compétence à la loi mexicaine pour apporter la réponse à la question.** Le raisonnement comprend comme on le voit plusieurs temps : faire jouer la règle de conflit et désigner le Droit applicable, puis puiser au sein de ce Droit les règles matérielles substantielles de droit interne apportant la réponse à la problématique soumise au juge.

Cette méthode du conflit de lois qui sera étudiée plus loin, n'est pas simple. En tous les cas, elle est moins simple que la méthode qui consisterait pour le juge saisi, à appliquer directement aux litiges internationaux dont il est saisi des règles matérielles substantielles de DIP, sans avoir à se préoccuper de rechercher le Droit applicable au litige. Cette méthode, beaucoup plus simple, n'est malheureusement que très peu pratiquée, tout bonnement parce que de telles règles matérielles substantielles de DIP, dont elle présuppose l'existence, n'existent que très rarement.

Mais il existe une autre méthode, découverte à une période relativement récente : la méthode des lois de police ou d'application immédiate..

Exemple : Voici une entreprise guadeloupéenne qui achète en Thaïlande un stock de gomme et de colle destinées aux écoliers. Cependant la société guadeloupéenne n'est pas satisfaite de la qualité du produit qu'on lui a livré. La société thaïlandaise estime que la livraison est conforme au contrat. Mais la société française **invoque la nullité du contrat** car en France la commercialisation des gommes parfumées est **interdite**. Cependant, dans le contrat il est indiqué que **le présent contrat sera soumis à la loi thaïlandaise**. Ainsi pour les exportateurs Thaïlandais le contrat est donc valable. Cependant, si le litige afférent à ce contrat vient devant le juge français, ce dernier, qui devrait normalement donner compétence au Droit Thaïlandais désigné par le contrat conformément au DID français, ne le fera pas. En effet, il constatera l'existence en Droit interne français de règles matérielles substantielles relatives à la santé publique, particulièrement impératives, qui interdisent la commercialisation sur le marché français des produits concernés. Le juge appliquera immédiatement ces règles sans se référer à la règle de conflit de lois qui désigne le droit thaïlandais, et annulera par conséquent le contrat du fait de l'illicéité de son objet. De la sorte, on le voit, ne se posera même pas la question de l'applicabilité du droit étranger car ici des règles particulièrement impératives du Droit Français

revendiquent leur application du fait de la localisation des effets du contrat, et doivent donc recevoir application immédiatement, peu important que le contrat soit international.

Ainsi ce n'est **qu'en l'absence de loi de police se voulant applicable au cas d'espèce que le juge pourra se tourner vers la première méthode**, car le juge français est tenu d'office de satisfaire aux exigences de l'ordre public qu'expriment les lois de police.

En conclusion si on devait hiérarchiser ces méthodes, on obtiendrait le classement suivant :

1. La loi de police
2. La règle matérielle de droit international privé
3. La règle de conflit de lois

Sachant que 1 et 2 peuvent s'inverser : en effet si la règle matérielle est issue d'une convention internationale, la convention internationale l'emporte alors sur la loi de police, simple règle matérielle substantielle de droit interne. Ainsi dans ce cas-là, **la règle de droit matériel prime sur la méthode des lois de police.**

Quelle méthode est utilisée pour déterminer les effets à l'étranger d'une décision de justice ?

C'est le pays d'accueil, c'est-à-dire le pays où l'on veut se prévaloir de la décision étrangère, qui va fixer les conditions d'introduction sur son territoire de cette décision qui a été rendue dans son pays d'origine. Pour savoir si cette introduction est envisageable, le juge de l'Etat d'accueil va utiliser la méthode des règles de droit matériel sanctionnatrices de son droit international privé, ces règles fixant les chefs de contrôle à opérer sur la décision en provenance de l'étranger. Ainsi qu'on le verra, ces règles proviennent aujourd'hui en grande partie du droit européen ou de conventions bilatérales.

Quelle méthode est utilisée pour régler la condition des étrangers et le droit de la nationalité ?

La méthode utilisée est ici celle des règles matérielles et substantielles de droit international privé de l'Etat concerné. En effet, chaque Etat est maître chez lui pour régler la condition des étrangers qui se trouvent sur son territoire, ou pour fixer les conditions auxquelles se gagne ou au contraire se perd sa nationalité. Classées un peu artificiellement dans la matière du DIP, ces règles sont à mi-chemin du Droit privé et du Droit public, et croisent souvent la route du Droit communautaire et du Droit européen des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

§ 2.- A quelles sources puise le DIP ?

Ces sources peuvent être soit **internationales** soit **internes**. Il serait logique, au regard de leur préséance sur les sources de droit interne, de commencer par exposer les sources internationales. Cependant, les sources internes seront exposées en premier lieu. Pourquoi ? Pour deux raisons. Tout d'abord, les sources internes sont historiquement apparues les premières. Ensuite, elles conservent aujourd'hui encore une place prépondérante. Ce qui d'ailleurs met le doigt sur une donnée fondamentale du DIP. Il est très important de comprendre qu'à la différence du DI Public, qui est le même dans tous les Etats, le DI Privé, international par son objet, demeure aujourd'hui encore en large partie une discipline nationale par ses sources. En clair, il existe un DI Privé français, comme il existe un DI privé espagnol, allemand ou brésilien. La matière ici enseignée est le DI Privé français. Certes, la matière s'internationalise de plus en plus sous l'influence notamment du droit communautaire. Et ce mouvement va se poursuivre, surtout depuis que le traité d'Amsterdam a confié à l'Union européenne compétence pour légiférer en matière de DI Privé. Mais, pour l'heure, l'essentiel de la matière puise aux sources internes.

■ Les sources internes

Il y a trois sources : **la loi, la jurisprudence, la doctrine.**

- ➔ **La loi** est une source majeure du DIP dans deux domaines :
 - En matière de condition des étrangers
 - En matière de nationalité

En revanche, dans les autres domaines du DIP la loi n'a qu'une influence beaucoup plus faible. Le seul domaine où la loi a une importance notable, c'est dans l'arbitrage international (**articles 1492 à 1507 du CPC**). Et encore la jurisprudence de la Cour de cassation joue-t-elle en cette matière un rôle tout-à-fait majeur.

- ➔ **La jurisprudence**, est indiscutablement la source la plus importante. Historiquement, le DIP a été bâti par la jurisprudence. Elle a été le maître d'œuvre du DIP à partir du XIXe siècle. D'ailleurs la théorie générale des conflits de lois a été entièrement bâtie par elle, et continue d'être affinée par la jurisprudence principalement de la Cour de cassation. Le DIP a ainsi ses grands arrêts, qui fournissent largement la substance de la discipline.

Cependant, nous le constaterons, la jurisprudence est parfois très instable, et sur certains points plutôt que d'évolution jurisprudentielle, il faudrait sans doute parler de « circonvolutions jurisprudentielles ». Ce qui de l'avis de certain, doit minimiser le rôle de la jurisprudence.

- ➔ **La doctrine** : si le DIP a ses grands arrêts, il a aussi ses grands noms. L'histoire de la discipline atteste du rôle prépondérant qu'ont joué quelques grands internationalistes dans son élaboration : Dumoulin, D'Argentré, Pillet, Mancini, Bartin, Niboyet, et plus près de nous Batiffol ont pesé sur les choix de la Cour de cassation. A cet égard, il est frappant de constater une interaction entre la doctrine et la jurisprudence, celle-ci suscitant les réactions de la doctrine qui, par ses critiques et propositions suscite en retour les réactions de la jurisprudence. Un organe, le Comité français de DIP, par la rencontre et les débats qu'il permet entre universitaires, magistrats et avocats, joue un rôle tout-à-fait intéressant dans l'édification de la matière.

■ Les sources internationales

Deux catégories de sources internationales peuvent être recensées :

- Les sources d'origine publique

– Les sources d'origine privée

➡ **Les sources internationales d'origine publique** : il en existe trois sortes, et qui sont d'inégale importance.

1. Les règles non écrites du droit international public
2. Les traités diplomatiques
3. La jurisprudence des juridictions internationales

1) En ce qui concerne **les règles non écrites du droit international public**, ce sont des règles qui sont constituées par la conduite qui est habituellement suivie par la plupart des Etats lorsqu'ils sont confrontés à une problématique ; une attitude que vont suivre les autres Etats pour ne pas se mettre en contravention avec ce qui se fait habituellement.

▶ **Un exemple est fourni par l'arrêt du 2 mai 1990, rendu dans l'affaire République du Guatemala**

Une exportation illicite de café du Guatemala avait été opérée par une société qui avait son siège à Paris, avec la complicité d'un exportateur local. Or, l'État du Guatemala n'était pas content car comme l'exportation du café avait été dissimulée, les droits de douanes et autres taxes n'avaient pas été payés. Le Guatemala réclamait donc paiement des droits de douane ainsi que la restitution en nature ou en valeur des marchandises. Les juges du fond ayant s'étant estimés incompétents pour appliquer les règles de droit public fiscal, douanier ou économique d'un Etat étranger, la Cour de cassation les en a approuvés aux motifs *« qu'il résulte des principes, du droit international régissant les relations entre états que dans la mesure où leur objet est lié à l'exercice de la puissance publique, la demande d'un État étranger fondé sur des dispositions de droit public ne peuvent être portées devant les juridictions françaises »*.

Cependant la Haute Juridiction, *« ce principe peut être écarté notamment si les exigences de la solidarité internationale ou la convergence des augmentations en cause, le justifie »*.

2) **Les traités diplomatiques** : en DIP, il existe toute une série de conventions. Elles sont de différentes sortes. Premièrement il faut faire une distinction quant au nombre d'Etats parties à la convention internationale, en ce sens qu'il y a des traités bilatéraux et des traités multilatéraux. Les traités bilatéraux, historiquement, sont apparus les premiers, car ils sont plus faciles à conclure que les traités multilatéraux. Par exemple existe entre la France et le Maroc une convention du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, qui édicte des règles de conflit de lois, des règles de compétence internationale ainsi que des règles de reconnaissance mutuelle des décisions dans chacun des Etats. Cependant, depuis une quarantaine d'années, les traités multilatéraux se sont considérablement développés.

✘ Il faut savoir que le traité bilatéral l'emporte normalement sur le traité multilatéral car les lois spéciales dérogent aux lois générales. Cependant, lorsqu'un traité multilatéral est conclu, il prend souvent soin d'écarter les conventions bilatérales qui avaient été conclues en Etats signataires.

Les traités multilatéraux peuvent intervenir dans les domaines les plus variés. Ils interviennent dans le domaine des conflits de juridictions c'est-à-dire dans le domaine de la compétence internationale ou dans le domaine des effets des jugements, principalement dans l'espace communautaire où cependant, ils sont aujourd'hui transformés en Règlements communautaires..

D'autres de ces conventions uniformisent les règles de conflits de lois. À ce propos, mention doit être faite de la conférence de la Haye qui se réunit en session périodique depuis 1893 et qui est à l'origine de toute une série de conventions internationales dont la plupart sont entrées en vigueur, mais pas toujours en France.

- ▶ Exemple : en France ces conventions de la Haye concernent les matières : protection des mineurs, protection internationale des adultes, accidents de la circulation routière, responsabilité du fait des produits défectueux, représentation, enlèvement international d'enfant, régimes matrimoniaux, protection des incapables, trust, etc....

Il y a aussi des conventions qui ont créé des règles matérielles de DIP. Plus précisément des règles matérielles substantielles de DIP sous plusieurs égides, d'abord l'égide des Nations unies (vente internationale de marchandises), mais aussi celle UNIDROIT (crédit-bail international, affacturage international)...

Il convient également d'observer que la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales a des implications de plus en plus fortes en DIP. Il arrive de plus en plus souvent qu'une solution de DIP soit influencée par cet instrument : pour ne citer qu'un exemple, prenons celui des répudiations musulmanes prononcées à l'étranger qui, pourtant reconnues par des conventions bilatérales liant la France, ne peuvent plus produire effet en France, la Cour de cassation les rejetant car contraires à l'article 14 de la CEDH (principe de non discrimination) et à l'article 5 du protocole additionnel de la CEDH posant le principe de l'égalité entre les époux lors de la dissolution du mariage.

3) **La jurisprudence des juridictions internationales**

Il n'existe pas comme on le verra de juridictions spécifiques qui connaissent des litiges internationaux entre personnes privées. Néanmoins, il y a des juridictions suprnationales qui connaissent des litiges intéressant le DIP : la Cour Internationale de Justice (CIJ) qui siège à la Haye ; la CEDH ; mais aussi la CJCE qui a compétence pour interpréter les règles de droit communautaire, et donc celles qui intéressent le DIP.

➡ **Les sources internationales d'origine privée**

Elles ont une grande importance en DIP. Elles jouent un rôle de premier plan en droit des affaires internationales, surtout il faut bien l'avouer lorsque le litige se voit porté devant une juridiction arbitrale.

Ce sont par exemple les **Incoterms** : ce sont les règles émanant de la Chambre de Commerce Internationale, qui définissent les termes des contrats ayant par exemple pour objet des ventes comportant une opération de transport international (vente « départ », vente « arrivée », vente FOB, CIF, FAS, franco wagon, franco usine, etc....). Très fréquemment utilisés par les opérateurs du commerce international, ces Incoterms accèdent au rang de véritable règle de droit du fait de leur adoption généralisée.

Ou encore **les contrats-types** dans le domaine de la vente internationale des céréales par exemple.

De toutes ces pratiques, de ces contrats, de ces incoterms, se dégagent des principes, des usages qui représentent le tronc commun de toutes ces sources ; des principes communs à l'ensemble de la communauté des opérateurs du commerce international.

- ▶ **C'est la naissance de la « *Lex mercatoria* », du nom de l'antique Loi des marchands qui au Moyen-Age s'appliquait sur toutes les foires d'Europe, et qui constitue notamment l'ancêtre du droit cambiaire.**

Devant les arbitres, c'est la *Lex mercatoria* qui sera souvent appliquée, de préférence au Droit étatique, et ce contrairement au juge étatique qui lui ne peut appliquer la *Lex mercatoria* et doit appliquer le Droit étatique (article 12 du NCPC).

En 1994, tous ces principes ont été codifiés par un organisme : UNIDROIT, qui a publié des principes relatifs aux contrats du commerce international.

- ▶ Ce qu'on appelle ***le soft law*** : c'est-à-dire un droit qui tire sa force de la volonté des parties. Le soft law a la valeur de loi supplétive. A noter cependant que dans un arrêt Valenciana du 22 octobre 1991, la Cour de cassation a estimé que l'arbitre ayant jugé par application de la *lex mercatoria* est réputé avoir statué « en droit ».

Le détail de la matière doit être à présent abordé. Si l'on excepte la matière de la condition des étrangers, et le droit de la nationalité, qui malheureusement ne peuvent être étudiés ici du fait du volume nécessairement réduit de cet enseignement, trois problématiques doivent retenir notre attention.

Trois problématiques qui se posent au juriste lorsqu'il vient à être confronté à un contentieux international :

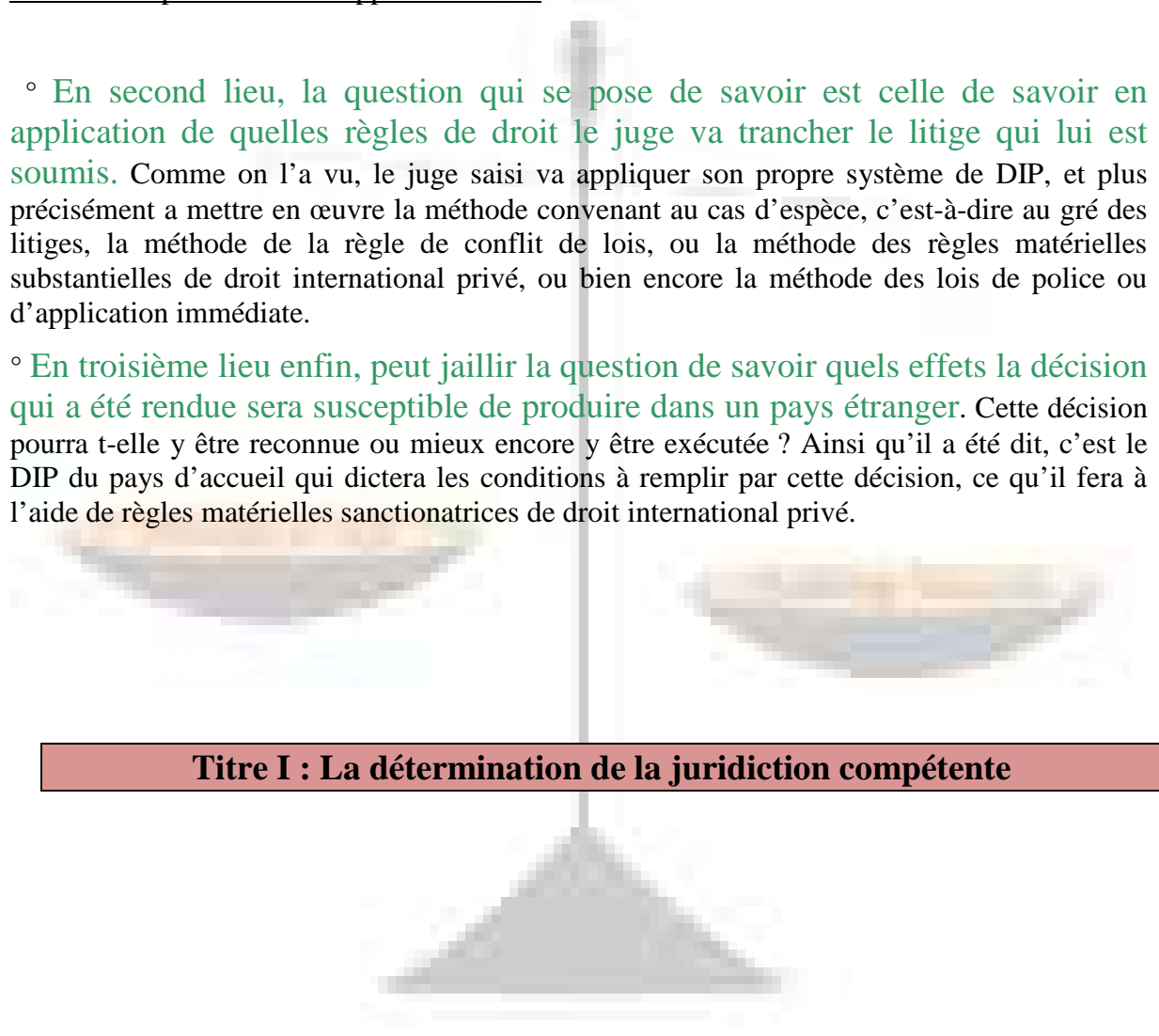
- **En premier lieu, la question de la juridiction internationalement compétente pour connaître du litige donné.** Pour ce qui nous concerne ici, à savoir un cours de DIP français, la tâche consistera à déterminer le raisonnement qu'il convient de suivre afin de savoir si une juridiction française est internationalement compétente pour connaître du litige. **Cette question de la compétence juridictionnelle internationale se pose logiquement la première.** La raison en est que, comme nous le savons maintenant, chaque Etat a son propre système de DIP, et donc ses propres règles de désignation du droit applicable. Il s'ensuit qu'il y a de fortes chances pour qu'un juge par exemple canadien, qui appliquera le DIP canadien, n'applique pas les mêmes règles de conflit de lois que son homologue français, qui lui appliquera le DIP français et donc les règles de conflit de lois françaises. Par conséquent, lorsqu'un juriste s'interroge sur le droit qui sera appliqué au rapport de droit international dont il est saisi, il doit nécessairement au préalable s'interroger sur la juridiction qu'il souhaite saisir du litige international, puisque de l'identification de cette juridiction dépend l'identification du DIP qui fournira la réponse à la question du droit applicable. **La détermination du tribunal compétent précède logiquement la détermination du droit applicable.** A supposer qu'il veuille saisir le tribunal par exemple canadien, il devra interroger le DIP canadien afin de savoir si une juridiction canadienne est ou pas internationalement compétente pour connaître de ce litige. Le principe en effet ici est que chaque Etat est maître chez lui pour fixer la compétence internationale de ses propres juridictions. Cependant, force est de constater que les

instruments internationaux ont accompli leur œuvre unificatrice en ce domaine, et que par exemple en Europe, 26 des 27 Etats membres de l'Union européenne obéissent à des règles de compétence internationales identiques dans de nombreux secteurs du droit privé.

La méthode suivie pour déterminer la juridiction internationalement compétente pour connaître du litige est la méthode des règles matérielles sanctionnatrices, soit que l'on forge des règles matérielles sanctionnatrices de DIP, soit, et c'est comme cela que tout a commencé, que l'on utilise en matière internationale des règles matérielles sanctionnatrices créées initialement pour les seuls rapports internes.

° En second lieu, la question qui se pose de savoir est celle de savoir en application de quelles règles de droit le juge va trancher le litige qui lui est soumis. Comme on l'a vu, le juge saisi va appliquer son propre système de DIP, et plus précisément a mettre en œuvre la méthode convenant au cas d'espèce, c'est-à-dire au gré des litiges, la méthode de la règle de conflit de lois, ou la méthode des règles matérielles substantielles de droit international privé, ou bien encore la méthode des lois de police ou d'application immédiate.

° En troisième lieu enfin, peut jaillir la question de savoir quels effets la décision qui a été rendue sera susceptible de produire dans un pays étranger. Cette décision pourra t-elle y être reconnue ou mieux encore y être exécutée ? Ainsi qu'il a été dit, c'est le DIP du pays d'accueil qui dictera les conditions à remplir par cette décision, ce qu'il fera à l'aide de règles matérielles sanctionnatrices de droit international privé.



Titre I : La détermination de la juridiction compétente

Réfléchir à la détermination de la juridiction compétente impose immédiatement de prendre conscience que si la plupart des litiges sont tranchés par des juridictions étatiques, le domaine des relations d'affaires internationales se caractérise par un recours fréquent à l'arbitrage international : beaucoup de contrats internationaux renferment une convention d'arbitrage, ou clause compromissoire. Les parties sont alors obligées de porter le litige, lorsqu'il survient, devant le Tribunal arbitral, sans pouvoir aller devant le juge étatique. Cette exclusivité de la justice arbitrale en présence d'une convention d'arbitrage explique qu'il faille tout d'abord

traiter de la compétence internationale de la juridiction arbitrale (Chapitre I), avant d'étudier la compétence internationale de la juridiction étatique (Chapitre 2).

■ Chapitre I : La juridiction arbitrale

- ✘ Dès que dans un contrat il y a une clause compromissoire, les parties devront obligatoirement aller devant le tribunal arbitral.
- ✘ Il y a une préséance de l'arbitre sur le juge étatique.

En liminaire il est important de remarquer que ce n'est pas parce qu'on va devant un arbitre qu'on s'affranchit de la juridiction étatique. L'arbitrage prime sur le juge étatique, mais ce dernier assure un contrôle, un encadrement, et plus généralement une présence dans le procès soumis au Tribunal arbitral. Sans entrer dans le détail, observons qu'en cas de difficultés entourant l'instance arbitrale, le juge étatique pourra être saisi afin de résoudre la difficulté : désignation d'un arbitre, octroi de mesures provisoires ou conservatoires, communication de pièces....). Surtout, une fois que la sentence aura été rendue, le juge étatique pourra connaître d'éventuelles voies de recours à son encontre, ou être saisi d'une demande tendant à rendre la sentence exécutoire.

■ Section I : Introduction au droit de l'arbitrage international

➤ Paragraphe I : définition de l'arbitrage international

A. Qu'est-ce qu'un arbitrage ?

L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressant un rapport de droit, par une ou plusieurs personnes qui tiennent leur pouvoir juridictionnel d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'État.

De cette définition, résultent deux traits importants de l'arbitrage :

- Les arbitres ont une mission juridictionnelle
- Cette mission juridictionnelle s'exerce par la grâce d'une convention privée

1) La mission juridictionnelle à l'arbitre

➤ **L'article 1496 du NCPC énonce que :** « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ».

➤ **L'article 1476 du NCPC précise quant à lui que :** « la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendu l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».

Or cette fonction juridictionnelle suppose la réunion de deux éléments :

- Il faut que la décision de l'arbitre soit obligatoire, qu'elle s'impose aux parties à qui elle est destinée.

- Il faut qu'il y ait contestation, litige.

Si ces deux éléments ne sont pas réunis alors qu'un arbitre a été saisi, cela signifierait que l'arbitre serait simplement investi d'une mission de conciliation ou d'expertise.

✘ Quand les parties ont toute liberté pour organiser la procédure, on parle d'**arbitrage ad hoc** que l'on distingue de l'**arbitrage institutionnel** (c'est quand la litige est porté devant un centre d'arbitrage)

2) Le fondement conventionnel de l'arbitrage

Les arbitres tirent leur pouvoir d'une convention. Cela signifie que l'arbitrage est **tributaire de la volonté des parties** : de ce principe, il y a toute une série de conséquences :

▶ La **désignation** de l'arbitre, c'est-à-dire son investiture est le fruit de la volonté des parties

▶ Ce sont encore les parties qui vont déterminer le **cadre, l'étendue de la mission** de l'arbitre

- ▶ De même, la volonté des parties va peser sur l'**organisation de l'arbitrage** : les parties vont **fixer la procédure**, par exemple déterminer le calendrier de l'arbitrage, le jeu des conclusions, la possibilité d'auditionner des témoins, etc....
- ▶ **Le droit applicable** au fond sera également déterminé par les parties : ce sont ainsi les parties qui décideront si le Tribunal arbitral statuera en application de règles de droit étatiques, ou en ayant recours à la *lex mercatoria* , ou bien encore en amiable composition ou e équité.
- ▶ L'arbitre doit également rendre sa **sentence dans le délai imparti** par les parties ; il ne peut par lui-même proroger le délai.

B. Qu'est-ce qu'un arbitrage « international » ?

La question de savoir si l'on est en présence d'un arbitrage international est très importante. En effet, ainsi qu'il va être constaté le Droit français de l'arbitrage international a posé des règles matérielles plus souples et libérales que celles qui gouvernent en France l'arbitrage interne.

Or, il y a deux conceptions possibles de l'extranéité d'un arbitrage :

- Une conception juridique
- Une conception économique

1) la conception juridique

- ➡ L'arbitrage **devient international** dès lors que **les éléments du litige se rattachent à plus d'un Etat.**

Exemple : une société a son siège en Guadeloupe et commande à une société de Nantes du bois importé d'Indonésie ; et dans le contrat il est inscrit qu'en cas de litige, le tribunal arbitral sera celui de Genève.

- C'est un litige international car il se rattache à plus d'un Etat, alors même que, comme on le voit, le contrat unit deux sociétés de droit français
- Cette conception juridique est ainsi une conception *a minima* de l'arbitrage international.

2) La conception économique

Elle est plus exigeante. Cette conception ne se contente pas de n'importe quelle extranéité.

- Il faut que l'arbitrage **soit intrinsèquement international**, et que donc, l'extranéité soit expressément caractérisée.
- L'arbitrage sera **intrinsèquement international** que si le **litige met en jeu des intérêts du commerce international**.

Plus précisément selon la **jurisprudence « Matter »** (nom du procureur Général près la Cour de cassation initiateur de cette jurisprudence) de la Cour de Cassation du 17 mai 1927, pour **qu'il y ait arbitrage international, le contrat** auquel se rapporte « le litige doit **produire** comme un **mouvement de flux et de reflux de valeurs économiques au-dessus des frontières, et des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre** ».

✗ L'arbitrage international n'intéresse que la vie des affaires

- Selon cette conception, l'arbitrage dans l'exemple précédent ne serait pas un arbitrage international, dès lors que l'échange de valeurs économiques concerne deux sociétés situées en France. Pour qu'il y ait « internationalité », il faudra par exemple que l'acheteur et le vendeur soient domiciliés dans deux Etats différents.

Cette conception a été consacrée en 1981(décret du 12 mai 1981) par le NCPC. Selon **l'article 1492 du NCPC**, « **est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international** ».

Aujourd'hui pour que les règles matérielles spécifiques s'appliquent il faut qu'on soit économiquement en présence d'un contrat international.

➤ Paragraphe II : Pourquoi recourir à l'arbitrage international ?

L'arbitrage présente beaucoup d'avantages :

- La rapidité, un arbitrage pouvant être rendu en l'espace de quelques mois.
- L'arbitrage est rendu par des personnes compétentes, en ce sens qu'elles seront souvent choisies en fonction de leur qualité de technicien dans le domaine abordé par le litige.
- Discrétion de l'arbitrage car les sentences ne sont pas toujours publiées

- Souplesse et liberté dans la procédure et le choix des règles applicables

➤ Paragraphe III : les sources de l'arbitrage

Ces sources sont internationales et internes

A. Les sources internationales

Elles sont de deux types :

- Les sources publiques
- Les sources d'origine privée

1) Les sources publiques

Elles sont composées de conventions internationales. Parmi celles-ci, des conventions multilatérales, dont :

- ▶ **La convention de New York du 10 juin 1958** pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ratifiée par 120 pays)
- ▶ **La convention de Genève du 21 avril 1961** sur l'arbitrage international (ratifié par une vingtaine d'États), qui édicte des règles matérielles sur les différentes phases de l'arbitrage, à l'exception de la reconnaissance et de l'exécution.

2) Les sources privées internationales

Il y a des normes privées qui ont une grande importance :

➤ **Les conventions d'arbitrage-type :**

- ▶ Les grands centres arbitraux institutionnels proposent des conventions d'arbitrage-type, qui ont un grand rayonnement et deviennent de ce fait un modèle largement suivi par les praticiens du commerce international.

➤ **Les règlements d'arbitrage**

- ▶ Le même propos que précédemment doit ici être tenu. Les règlements de quelques grands centres d'arbitrage, comme l'AAA (American Arbitration association) ou la CCI de Paris, régulièrement actualisés, servent de modèles et acquièrent de ce fait la valeur de normes.

➤ **La jurisprudence arbitrale internationale**

- ▶ Les sentences rendues par les arbitres sont de plus en plus publiées et commentées, et inspirent sur les questions d'arbitrage qu'elles traitent les instances arbitrales ultérieures..

B. Les sources internes

- Il y a **la loi** : aujourd'hui l'arbitrage international est codifié depuis 1981 dans le CPC (article 1492 à 1507)

Cette réforme législative n'a fait que reprendre la jurisprudence. En effet, c'est incontestablement la jurisprudence qui a bâti en France le droit de l'arbitrage international (deux juridictions y ont contribué : la Cour de Cassation et la Cour d'Appel de Paris).

Aujourd'hui, la Cour de cassation joue un rôle de tout premier plan dans la construction du Droit de l'arbitrage international : pour preuve la quinzaine de grands arrêts rendus depuis une dizaine d'années, sans la connaissance desquels la matière ne peut être comprise de façon approfondie. Au titre des sources législatives, mention doit être faite de l'article L.135-1 du Code de la consommation, qui prohibe en tant que clauses abusives les stipulations obligeant le consommateur « à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage », toutes les fois du moins où ce consommateur « a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne, et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté ».

Section II : Méthode du Droit de l'arbitrage international


Paragraphe I : la méthode avant la jurisprudence Dalico du 20 décembre 1993

Quels sont les problèmes que peut poser un arbitrage international ?

Schématiquement, il est possible de regrouper les problématiques que peut susciter un arbitrage international autour de trois thèmes : tout d'abord, les questions que peut soulever la convention d'arbitrage ; ensuite, l'instance arbitrale qui va de la saisine des arbitres jusqu'au rendu de la sentence ; enfin le sort de la sentence, à commencer par sa reconnaissance et les effets qu'elle peut produire au sein des différents Etats.

Cependant, ainsi que le montre la jurisprudence, le contentieux se rapporte le plus souvent à **la convention d'arbitrage, étant rappelé que la convention d'arbitrage prendra soit la forme d'une clause compromissoire insérée dans le contrat avant tout litige, soit la forme d'un compromis convenu entre les parties après la naissance du litige :**

Quels sont les problèmes que peut poser la clause d'arbitrage ?

-  La convention d'arbitrage a la nature d'une stipulation contractuelle qui, comme tout contrat peut poser des problèmes de formation, d'effets (quels sont ces effets ? quelles sont les parties liées ?), de pérennité (jusqu'à quand la convention d'arbitrage produit-elle ses effets, notamment en cas de reconduction, de prorogation du contrat qui la contient ?)

Quelle méthode employer pour répondre à ces problématiques ?

Avant de préciser la méthode devant être suivie, précisons que ces problématiques sont susceptibles de surgir devant le Tribunal arbitral, qu'une des parties par exemple prétendra incompetent car saisi sur le fondement d'une convention d'arbitrage nulle ou inopposable. Mais ces problématiques pourront également se présenter devant le juge étatique ayant à connaître d'un recours contre la sentence, ou auquel l'exequatur de la sentence est demandé : l'une des parties pourra alors soutenir que la sentence est nulle ou insusceptible d'exequatur.

L'exposé de ce qui va suivre concerne l'hypothèse où la problématique afférente à la convention d'arbitrage va être soumise à une juridiction étatique. Mais, disons le tout de suite, les Tribunaux arbitraux, lorsqu'ils sont confrontés à ce genre de problématique, suivent une démarche similaire.

Pour bien comprendre la situation d'aujourd'hui, il s'avère nécessaire de parler brièvement d'hier, et du changement radical qui s'est produit dans le choix des méthodes il y a quelques années.

Avant 1993, la Cour de cassation, lorsqu'il fallait résoudre un problème de validité ou d'efficacité d'une convention d'arbitrage, prescrivait aux juges du fond d'employer principalement la méthode du conflit de lois : par exemple, si une société partie à un litige prétendait que la sentence ne pouvait produire le moindre effet à son égard, parce qu'elle avait été rendue sur la base d'une convention d'arbitrage ayant été signée par un organe de la société dépourvu de pouvoir, le juge recherchait la loi applicable à cette problématique. Plus précisément, il qualifiait la problématique (ici une problématique de droit des sociétés), et faisait jouer la règle de conflit correspondante, en l'occurrence la règle de conflit de lois donnant compétence à la loi de la société, c'est-à-dire la loi de son siège social. Puis il recherchait au sein de cette loi la règle matérielle permettant de répondre à la question de savoir si une société doit être liée par l'arbitrage lorsque la convention d'arbitrage a été signée par un organe dépourvu de pouvoir.

Mais, parallèlement à cette démarche, assez peu satisfaisante, la jurisprudence avait commencé à dégager des règles matérielles sanctionnatrices de droit international privé, supprimant le recours à la méthode du conflit de lois, et donnant des solutions tournées vers un objectif de plein épanouissement de l'arbitrage international, le but étant de faire en sorte que la convention d'arbitrage reçoive la plus large application possible. C'est ainsi que dans un très important arrêt Gosset du 7 mai 1963, la Cour de cassation a posé la règle de l'autonomie de la clause compromissoire : en clair, même si le contrat qui contient la clause est argué de nullité ou de caducité ou de résolution ou de novation, cette clause n'en recevra pas moins effet, ce qui a pour effet de la faire échapper à toutes les vicissitudes affectant le contrat, et d'asseoir par conséquent la compétence de l'arbitre pour connaître de toutes questions afférentes au contrat et incluses dans sa mission. Dans le même esprit, l'arrêt Hecht du 4 juillet 1972 rendu par la Cour de cassation n'hésitait pas à inverser le principe valant en droit de l'arbitrage interne, et à affirmer la validité de principe de l'accord compromissoire en matière internationale, cette solution étant affirmée sans la moindre recherche du droit applicable à la convention d'arbitrage. La volonté de promouvoir l'arbitrage en matière internationale était là encore manifeste.

L'arrêt Dalico, arrêt du 20 décembre 1993, par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a accéléré le mouvement, et représente un tournant radical dans le droit arbitral français.

Dorénavant il n'y a plus lieu d'utiliser la méthode du conflit de lois. **Toutes les fois que le juge est confronté à un problème d'efficacité de la convention d'arbitrage, le juge doit résoudre cette question à l'aide d'une règle matérielle sanctionnatrice de DIP.**

► *« L'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ».*

Tout le sens de cette jurisprudence est d'une part d'abandonner la méthode des conflits de lois en invitant le juge, confronté à une problématique d'efficacité de la convention d'arbitrage, à utiliser une règle matérielle adaptée au droit de l'arbitrage international, voire d'en créer une si cette règle n'existe pas encore. Etant observé d'autre part que cette règle matérielle devra viser à donner un maximum d'efficacité et d'effet à la convention d'arbitrage. En effet, mode rapide et efficace des litiges du droit du commerce international, l'arbitrage ne doit pas voir son jeu paralysé lors de la survenance du litige par la mauvaise foi d'une des parties, prompt à invoquer la nullité ou l'inefficacité de la convention d'arbitrage.

Cependant, prend soin de réserver l'arrêt Dalico, la convention d'arbitrage ne produira d'effet

✘ Avec la jurisprudence Dalico :

- ➡ Abandon de la méthode des conflits de loi au profit des règles matérielles sanctionnatrices de DIP
- ➡ Respect de la volonté des parties afin de donner plein effet aux conventions d'arbitrage, pour une meilleure efficacité
- ➡ Ne pas oublier les limites par rapport à l'ordre public et aux lois de police

que si sont satisfaites **les exigences de l'ordre public et les règles impératives** du Droit français : en clair, si dans certains contrats, les exigences de l'ordre public ou des règles impératives détournent de l'arbitrage, réputé dangereux pour la partie faible (contrat de travail, contrat de consommation), l'efficacité de la convention d'arbitrage pourra se voir alors remise en question.

Suite à l'arrêt Dalico, plusieurs règles matérielles sanctionnatrices du droit de l'arbitrage international ont été forgées par la jurisprudence :

● Les règles matérielles

- ➡ Par exemple, la licéité de la **clause d'arbitrage par référence, c'est-à-dire la clause d'arbitrage qui** est extérieure au contrat proprement dit et à laquelle ledit contrat se réfère. **L'essentiel, selon la Cour de cassation, est que la partie destinataire des conditions générales où figure la clause compromissoire, ait pu en avoir connaissance au plus tard au moment de la conclusion du contrat (arrêt Prodexport de la 1^{ère} Ch. Civile de la Cour de cassation du 3 juin 1997).**
- ➡ Autre exemple, la transmission au banquier cessionnaire d'une créance professionnelle (cession Dailly) de la clause compromissoire qui figurait au contrat passé entre le cédant et le débiteur cédé. Ce qui fait que si le banquier veut agir à l'encontre du débiteur cédé lorsque la créance sera échue, il devra respecter la clause compromissoire (Cass. Civ1, 5 janv.1999, Banque Worms), à laquelle pourtant il n'était pas à l'origine partie.

Dernier exemple, la règle matérielle de DIP forgée par la Cour de cassation dans son arrêt Taurus Films du 8 février 2000, à propos d'un contrat de sous-mandat pour l'exploitation d'un film, et en vertu de laquelle « la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants ». En clair, de manière générale, l'ayant-cause sera lié par la convention d'arbitrage conclue par son auteur.

✘ **En conclusion, toutes les décisions de la Cour de cassation sont tournées vers la création de règles matérielles permettant le plein épanouissement de la convention d'arbitrage.**

■ Chapitre II : La juridiction étatique internationalement compétente

Ainsi qu'il a été dit plus haut, les litiges internationaux opposant des personnes privées ne sont pas portés devant des juridictions spécialement créées pour en connaître. La raison en est sans doute qu'internationale ou interne, une action en divorce ou une action possessoire, ou bien encore fondée sur un contrat de travail ne perd pas sa nature profonde, ce qui justifie la compétence des juridictions qui, en droit interne, connaissent ce genre de litiges. Mais, puisque l'on a recours aux juridictions étatiques, la question se pose de savoir si dans un pays donné, comme la France, les juridictions doivent accepter de connaître d'un litige international qui ne mettrait en présence que des Etrangers. Cette question mérite d'être posée en premier lieu (Section 1), avant que soient abordées les règles qui gouvernent la compétence internationale des juridictions françaises. A cet égard, il doit être immédiatement observé que les règles régissant la compétence internationale des juridictions françaises proviennent soit de conventions internationales (Section 3), soit de ce que l'on nomme le « droit commun » (Section 2). Normalement, les règles de compétence d'origine conventionnelle devraient être étudiées les premières, ne serait-ce qu'en raison de leur primauté sur les règles de droit commun, qui impose au juge saisi de vérifier tout d'abord sa compétence en contemplation des règles conventionnelles. Néanmoins, ce sont les règles de droit commun qui retiendront tout d'abord notre attention, ne serait-ce que parce qu'elles sont historiquement apparues les premières.

■ Section I : L'aptitude des juridictions françaises à connaître d'un litige international

Pendant longtemps on a douté du fait que les tribunaux français puissent connaître des litiges internationaux impliquant des étrangers. Ceci parce que le pouvoir de juridiction apparaissait comme un aspect du pouvoir souverain sur les individus. Or en France la justice est rendue au nom du souverain (le peuple français) envers les Français sujets du souverain..

Cette conception est la conception publiciste : rendre la justice est un acte de souveraineté. Par conséquent, les tribunaux français ne peuvent rendre la justice que pour des Français. **C'est la théorie du juge naturel.** Cette théorie a influencé les rédacteurs du Code civil puisque deux articles (14 et 15 du Code civil) énoncent que: « *les tribunaux français sont compétents lorsque, soit le demandeur, soit le défendeur, est de nationalité française* ». Ainsi, avec cette conception, les tribunaux français sont compétents pour connaître de litiges internationaux, pourvu qu'une des parties soit de nationalité française. *A contrario*, en avait-on déduit, les tribunaux français devraient se reconnaître incompétents lorsque aucune des parties n'a la

nationalité française. Mais cette position allait s'attirer de nombreuses critiques du fait de ses nombreux inconvénients : **comment refuser la justice à des étrangers installés en France sous peine de commettre un déni de justice ?** Dans le même temps, la conception publiciste de la justice tendait à céder le pas à une conception plus privatiste de la justice : certes acte de souveraineté, rendre la justice consiste aussi et peut être surtout à résoudre des conflits d'intérêts privés. Cette mission doit s'inspirer de considérations telles que la commodité des plaideurs, la proximité du juge compétent avec les données du litige, et plus généralement une bonne administration de la justice. Avec une telle conception, il importe peu que les plaideurs soient de nationalité étrangère, dès lors que les intérêts qu'ils entendent voir triompher se situent sur notre territoire. C'est pourquoi la Cour de cassation progressivement, a entrepris de restreindre le principe d'incompétence des tribunaux français dans les litiges entre étrangers. Elle l'écarta donc dans différents domaines du droit, avant de l'abandonner complètement dans l'arrêt Patinõ du 28 juin 1948, dès lors que le litige s'insère suffisamment dans l'ordre juridique français.

Cependant, l'abandon de ce principe d'incompétence mettait en lumière une seconde question : où trouver les règles qui permettraient au juge français de dire au cas d'espèce s'il devrait ou non s'estimer compétent. En effet, si aucune des parties n'était française, il ne pouvait être question d'utiliser les articles 14 et 15 du Code civil. Beaucoup estimèrent alors que la problématique de la compétence internationale des tribunaux français s'apparente à celle de la compétence territoriale, le but étant d'attribuer compétence à un tribunal s'il entretient des liens suffisants avec le litige.

► **D'où une extension en matière internationale des règles de compétence territoriale interne :**

- Cour de Cassation **arrêt Pélassa 19 octobre 1959** consacré ensuite par l'**arrêt Scheffel du 30 octobre 1962** : « *l'extranéité des partis n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises, dont la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne* ».

Cette jurisprudence est demeurée constante depuis.

Ainsi, en vertu de cette jurisprudence **un tribunal pourra connaître d'un litige international toute les fois où se localiseront en France un des critères retenus par les règles de compétence territoriale que contient notre Code de procédure civile. Ce point doit être à présent approfondi.**

■ Section II : Les règles de droit commun

Ces règles de droit commun se décomposent en deux catégories de règles. D'une part les règles de compétence dites « ordinaires » (§1), par opposition aux règles de compétence « extraordinaires » ou plutôt exorbitantes de droit commun que sont les articles 14 et 15 du Code civil (§ 2). Les règles de compétence ordinaires doivent être examinées en premier lieu, car elles ont préséance sur les articles 14 et 15 qui, comme il va être vu, ont un caractère « subsidiaire ».

➤ Paragraphe I : les règles ordinaires de compétence internationale

Le principe est l' **extension en matière internationale des règles internes de compétence territoriale**. Mais ce principe souffre d'exceptions.

A. L'extension dans le domaine international des règles de compétence territoriale interne

Ce principe résulte des **arrêts Pelassa et Scheffel**. En vertu de ce principe, un tribunal français va être internationalement compétent toute les fois que se localise en France l'un des critères prévus par nos règles de compétence territoriale c'est-à-dire par exemple :

- De façon générale, le domicile du défendeur (art.42 CPC)
- En matière contractuelle, le lieu d'exécution du contrat (art.46 CPC)
- En matière de responsabilité extracontractuelle, le lieu de la réalisation du dommage (art.46 CPC)
- En matière de divorce, le lieu de résidence commune de la famille / A défaut de résidence commune, le lieu de résidence du parent avec lequel vivent les enfants mineurs /A défaut d'un tel lieu, le lieu de résidence de celui qui n'a pas pris l'initiative de la demande (article 1070 du CPC) etc.

B. Les exceptions au principe

Le principe de l'extension en matière internationale des règles de compétence territoriale est écarté dans certaines hypothèses. Pourquoi ?

Parce qu'il se peut que le critère retenu en droit interne de la compétence ne convienne pas au domaine international.

- ▶ Exemple : **les clauses attributives de juridiction** (article 48 CPC) sont mal vues en droit interne, qui ne les tolère que lorsque elles ont été convenues entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant. **Doit-on transposer cette règle matière internationale ?**

- ▶ **La réponse est négative pour une double raison:** c'est une clause importante en DIP car quand on choisit sa juridiction, ce qui appréciable lorsque les parties sont par hypothèse localisées dans des pays parfois éloignés les uns des autres, on choisit par là même le droit applicable (**on se souvient en effet que la détermination de la juridiction compétente conditionne le droit applicable**). **De plus, la ligne de partage retenue ici en Droit français entre ce qui est commercial et ce qui ne l'est n'est pas satisfaisante. Il y a bien des rapports d'affaires qui ne sont pas commerciaux (par exemple les contrats touchant à la propriété intellectuelle), certains Etats ignorant au demeurant notre *summa divisio* entre matières civiles et matières commerciales.**

On comprend donc que la Cour de Cassation n'ait pas retenu la prohibition de l'article 48, et qu'elle ait inversé en matière internationale le principe de prohibition pour en faire un principe de validité des clauses attributives de juridiction. **Ceci dans un arrêt du 17 décembre 1985, rendu dans l'affaire Compagnies des signaux et d'entreprises électriques (Sorelec), où elle a décidé que :** « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, quand il s'agit d'un litige international et quand la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française* ». Dans le même souci de donner un large champ d'application aux clauses attributives de juridiction, la Première

Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 octobre 2008, a même admis qu'en matière patrimoniale, les clauses d'élection de for désignant un tribunal étranger doivent recevoir application, quand bien même le litige relèverait au fond d'une loi de police française. La solution a de quoi inquiéter ceux qui craignent que les parties puissent ainsi, en donnant compétence à un juge étranger, échapper à l'application des lois de police française qu'appliquerait le juge français s'il avait à connaître de l'affaire. Cependant, le risque ne doit pas être exagéré : si le juge étranger ne fait pas application dans sa décision de la loi de police française qui se veut applicable, sa décision n'a guère de chance d'être reconnue en France.

La deuxième raison de l'exception au principe d'extension réside dans le besoin ressenti de dépasser les critères internes afin de donner aux Tribunaux français une compétence internationale qu'ils ne devraient normalement pas avoir. Deux exemples :

° tout d'abord l'exemple de la compétence fondée sur la volonté d'éviter un déni de justice, les juridictions françaises étant normalement incompétentes alors qu'il existe un très fort risque que les plaideurs ne trouvent à l'étranger aucun juge qui s'estime compétent. **Un exemple en est fourni par un arrêt rendu le 10 mai 2006 par la Cour de cassation dans l'affaire de l'employée de maison nigériane, où a été admise la compétence des tribunaux français pour connaître de l'action en paiement de salaires intentée par une employée de maison nigériane exerçant habituellement ses fonctions au Nigéria, à l'encontre de son employeur britannique auprès duquel sa famille l'avait placée, et qui avait été contrainte de le suivre dans l'un de ses déplacements en France, pour y accomplir un travail en contrepartie d'une rémunération dérisoire.**

° Ensuite, lorsque sont en péril sur le territoire français la sécurité des personnes ou la sécurité des biens, les juridictions françaises se reconnaîtront compétentes pour prendre les mesures adéquates alors même que normalement elles devraient être déclarées incompétentes.

Paragraphe II : les règles exorbitantes de compétence fondée sur la nationalité

L'article 14 du Code civil dispose que :

- ▶ *L'étranger même non-résident en France pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France envers un Français.*
- ▶ *Il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.*

L'article 15 énonce quant à lui qu'un Français peut être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un étranger.

- Ainsi l'article 14 concerne le Français demandeur en justice qui est lié par un rapport de droit avec un Etranger.
 - ▶ Exemple : le Français victime d'un accident de la circulation routière en Italie
- L'article 15 vise l'hypothèse du Français défendeur.
 - ▶ Exemple : le Français auteur d'un accident de la circulation routière en Italie

Pourquoi ces articles existent-t-ils ?

C'est on l'a vu la conception publiciste de **la justice, qui impose que** chaque fois qu'un justiciable français est impliqué dans un rapport de droit avec un étranger (qu'il soit défendeur ou demandeur) les juges français puissent être compétents.

Ces articles, du fait de leur caractère nationaliste, ont été beaucoup critiqués, surtout à l'étranger, ce qui d'ailleurs doit dissuader de leur utilisation, la décision rendue en France sur leur fondement n'ayant que très peu de chances d'être reconnue à l'étranger. De plus, ainsi qu'on va le voir, les instruments internationaux, notamment européens, mais aussi la jurisprudence ont très fortement diminué leur champ d'intervention (A) ainsi que leur force (B). En définitive **ces articles 14 et 15 ont un champ d'application de plus en plus réduit, et un rôle de plus en plus effacé.**

A. Le champ d'application des articles 14 et 15 du Code civil

1) Le champ d'application ratione personae

Pour que jouent les articles 14 et 15, il est nécessaire et suffisant que l'une des parties soit de nationalité française au jour de l'introduction de l'instance. C'est une règle qui vaut tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.

Une problématique particulière a surgi dans l'hypothèse d'une transmission de droits : voilà un auteur étranger qui transmet ses droits à un ayant cause français, qui ensuite exerce une action en vue de faire sanctionner les droits ainsi transmis : en la personne de qui va-t-on apprécier la nationalité française pour le jeu des articles 14 et 15 ? En la personne de l'auteur ou de son ayant cause ?

- ▶ Exemple : soit A (étranger) qui cède à B (français) une créance à l'encontre de Z (étranger)
Est-ce que B, à qui ont été cédés les droits, peut se prévaloir de l'article 14 pour agir contre Z en France ?

Si on fait jouer la logique de la transmission des droits, B ne devrait pas pouvoir se prévaloir de l'article 14, puisque celui dont il tient ses droits n'est pas français. Or, nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même. La Cour de cassation a un temps retenu cette vision des choses. Puis, dans un **arrêt du 21 mars 1966, Compagnie La Métropole**, la Cour de Cassation a changé d'opinion et estimé que « **la compétence internationale des tribunaux français est fondée en vertu de l'article 14 du Code civil, non sur les droits nés des faits litigieux mais sur la nationalité des parties** ». **En clair, c'est en la personne de l'ayant cause à titre universel ou à titre particulier, partie à l'action en justice, que devra être réalisée la condition de nationalité française.** Cette solution a été réaffirmée par la suite, et a même été étendue à l'action oblique dans un arrêt du 31 janvier 1995.

Cependant cette position a suscité quelques critiques, car elle risque de déjouer les prévisions de celui qui était lié avec l'auteur étranger, et qui, de façon pour lui imprévisible, va se voir assigné en France sur le fondement de la nationalité française d'un adversaire jusque là inconnu. Du coup la Cour de Cassation a voulu tempérer la règle et l'a écartée lorsque l'ayant cause français tient ses droits d'un auteur qui, dans le contrat donnant naissance à l'action, avait souscrit avec son cocontractant une clause attributive de juridiction en faveur d'un

tribunal étranger ou une clause compromissoire (Cass.civ.1, 25 nov. 1986, Cie Zim de navigation) : voilà une marchandises expédiée de New-York à Amsterdam par un Américain qui confie cette marchandise à une compagnie de navigation maritime israélienne. Le contrat de transport maritime contient une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions new-yorkaises. La marchandise étant arrivée avariée à Amsterdam, le destinataire néerlandais se fait garantir par sa compagnie d'assurances françaises, qui ensuite exerce une action récursoire contre la Compagnie de navigation devant les juridictions françaises en se prévalant de l'article 14 du Code civil. Selon la Cour de cassation, les juridictions françaises sont incompétentes, l'application de l'article 14 se voyant paralysée par la clause attributive de juridiction liant l'auteur de la Compagnie d'assurances, en l'occurrence le destinataire de la marchandise avariée.

2) Le champ d'application ratione materiae

Il a longtemps été estimé, par une interprétation littérale des articles 14 et 15 du Code civil, qui emploient le terme « obligations », que ces articles ne devraient jouer qu'en droit des obligations. Cette thèse restrictive a été abandonnée dès 1842 par la **Cour de Cassation** dans un **arrêt compagnie du Britannia du 13 décembre 1842**, qui a conclu à la généralité du domaine d'application des articles 14 et 15. Ce qui, quelques années plus tard, a été confirmé par l'**arrêt Weiss du 27 mai 1970**, la **Cour de Cassation** ayant dit :

✘ La compétence impérative : c'est une compétence à laquelle on ne peut déroger conventionnellement

► « **l'article 14** qui permet aux plaideurs français d'attirer un étranger devant la juridiction française, a une portée générale s'étendant à toutes matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et des demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies

d'exécution pratiquées hors de France ; l'article 14 s'applique notamment à tout litige ayant pour fondement la responsabilité extra contractuelle ».

- Cette formule vaut également pour l'article 15.
- Les exceptions au jeu de l'article 14, que réserve la Cour de cassation dans son arrêt Weiss, s'expliquent par le fait qu'en ces domaines, la souveraineté des Etats étrangers, où la décision rendue s'exécutera nécessairement, est étroitement concernée, et doit en conséquence être sauvegardée.

B. Les effets des articles 14 et 15

Ils ont pour **effet de donner compétence aux tribunaux français afin de connaître du litige international.**

Ainsi la seule nationalité française d'un plaideur suffira à donner compétence aux tribunaux français et ceci dans une hypothèse bien précise : celles où aucune règle ordinaire de compétence n'attribue compétence aux tribunaux français.

En effet dans un **arrêt du 19 novembre 1985, société Cognac and Brandies from France**, la Cour de Cassation a décidé que : « **l'article 14 du Code civil** qui donne compétence à la

juridiction française en raison de la nationalité française du demandeur, n'a lieu de s'appliquer que quand aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France ».

✘ Donc il faut retenir que **les articles 14 et 15 n'ont qu'un caractère subsidiaire**. Par exemple, si un litige oppose une société lilloise à une société marocaine située à Marrakech à propos d'une livraison à Marseille d'un lot de conserves de sardines à l'huile, la société lilloise ne pourra invoquer l'article 14 du Code civil pour assigner son adversaire à Lille. Elle devra porter son action devant le Tribunal de commerce de Marseille, compétent en vertu de l'article 46 CPC, en tant que tribunal du lieu de livraison effective de la marchandise.

Quelle est la force de la compétence qu'attribuent les articles 14 et 15 aux tribunaux français ?

Est-ce que les articles 14 et 15 confèrent une compétence impérative en même temps qu'une compétence exclusive aux tribunaux français ?

Les articles 14 et 15 ne confèrent **pas de compétence impérative**. Les parties, ainsi qu'il va être vu, ont le droit d'y renoncer.

Mais confèrent t-ils une compétence exclusive, étant précisé que le terme de « **compétence exclusive** » vise à décrire la compétence d'un Tribunal à propos d'un litige donné, qui évince toute autre compétence d'un autre Tribunal pour connaître de ce litige ?

Pendant très longtemps, la jurisprudence a estimé que les articles 14 et 15 conféraient une compétence exclusive aux Tribunaux français, et a même admis par la suite que les juges pouvaient soulever d'office l'application des articles 14 et 15 du Code civil. La reconnaissance de ce caractère exclusif s'avérait fâcheuse surtout à propos de l'article 15. En effet, elle permettait à un Français condamné à l'étranger par exemple au titre de sa responsabilité civile de faire obstacle à la reconnaissance de la décision étrangère, ce qui obligeait le plaideur étranger à recommencer un nouveau procès en France, ce qu'il ne faisait pas. Le défendeur français pouvait de la sorte échapper à bon compte à une condamnation prononcée à l'étranger par un juge pourtant compétent au regard d'une bonne administration de la justice. On ne peut en conséquence que se réjouir que la Cour de cassation, dans un arrêt Prieur du 23 mai 2006, se soit enfin décidée à admettre que *« l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisie, et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux »*. La même analyse a été suivie un an plus tard pour l'article 14 dans un arrêt de la même Première Chambre civile du 22 mai 2007.

A supposer qu'ils jouent, les articles 14 et 15 du Code civil donne compétence aux tribunaux français dans leur ensemble, mais ne précisent pas lequel est territorialement compétent. Par hypothèse, aucune juridiction française n'est compétente en vertu d'une règle de compétence territoriale. La jurisprudence admet en conséquence, depuis l'arrêt Dame Mora du 13 juin

1978 que « *le demandeur français peut saisir le tribunal français qu'il choisit en raison d'un lien de rattachement de l'instance au territoire français ou à défaut selon les exigences d'une bonne administration de la justice* ». En clair, le demandeur qui fonde son action sur l'article 14 du Code civil dispose d'une grande latitude de choix.

C. La renonciation aux articles 14 et 15

Ces articles ont aujourd'hui un caractère facultatif pour le juge, mais aussi pour les parties qui peuvent y renoncer.

Mais la renonciation qui en droit est un acte abdicatif, donc grave, doit remplir certaines conditions :

- **L'acte doit émaner du bénéficiaire**
 - Si c'est l'article 14 : du demandeur français
 - Si c'est l'article 15 : depuis l'arrêt Prieur du seul demandeur étranger, la renonciation du défendeur français n'ayant plus d'intérêt depuis que l'article 15 a perdu son caractère exclusif.
- La renonciation doit être **certaine**. Elle doit résulter effectivement d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer.
- La renonciation doit être soit **expresse** soit **tacite** :
 - Expresse : la renonciation résultera d'un accord de volonté des plaideurs prenant la forme d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause compromissoire.
 - Tacite : la renonciation résulte d'une action en justice à l'étranger de la part du demandeur français (article 14), ou du demandeur étranger (article 15).

✘ Chaque fois qu'une action sera dictée par l'urgence ou la nécessité, il ne sera pas possible d'y voir une renonciation.

➤ Paragraphe III : le régime de la compétence internationale

A. L'exception d'incompétence internationale

Comme en droit interne, celui qui soulève l'exception d'incompétence doit le faire avant toute défense au fond, *in limine litis* (art.74 CPC).

Concrètement, l'action prendra la forme d'un déclinatoire de compétence. Celui qui soulève l'exception, n'aura pas à préciser la nature ni le ressort exact du tribunal ; il lui suffira de préciser l'Etat dans lequel se trouve la juridiction compétente.

- Ainsi, soit le juge accepte l'exception et se déclare incompétent.
- Cependant « *un contredit* » est possible devant la Cour d'appel. Si la Cour d'appel le rejette, elle reverra les parties à mieux se pourvoir, puisqu'elle ne peut opérer un

« règlement de juges » comme en Droit interne, et attribuer compétence à un juge étranger. La souveraineté de chaque Etat l'interdit en effet. L'exception d'incompétence en matière internationale peut être soulevée à tout moment de la procédure (article 92 du CPC).

- Soit le juge se déclare compétent et juge au fond. À ce moment-là les parties peuvent interjeter appel, là encore par la voie du contredit. Si la Cour d'appel l'accueille, elle renverra là encore les parties à mieux se pourvoir.

B. La concurrence de procédures : l'exception de litispendance et l'exception de connexité

Lorsque surgit un contentieux international, chacune des parties va être tentée de porter l'affaire devant ses propres juridictions. D'où le risque de procédures concurrentes, avec pour corollaire le risque de contrariété de décisions pour un seul et même litige, ou pour des litiges très voisins, ce qui est particulièrement fâcheux. On sait qu'en droit interne l'exception de litispendance et de connexité permettent d'obvier à ce danger. Ces exceptions peuvent-elles jouer en matière internationale ? Ainsi qu'on va le voir, la jurisprudence, qui a dû répondre à cette question, a éprouvé des difficultés à les admettre.

1) L'exception de litispendance en matière internationale

La litispendance de façon générale suppose une **identité du litige** :

- Il faut **qu'entre les deux litiges il y ait une triple identité** :
 - D'objet
 - De cause
 - De parties
- Il faut une **dualité d'instances**. Il faut qu'une juridiction française soit saisie mais qu'auparavant une juridiction étrangère ait été saisie.
 - ▶ **Est-ce que le juge français peut ou doit se déclarer incompétent au profit du juge étranger ?**

Cette question a d'abord été réglée par des traités bilatéraux (le juge français acceptait de se déclarer incompétent au profit du juge de l'autre Etat, saisi antérieurement, et réciproquement).

En revanche, indépendamment de ces traités bilatéraux, l'exception de litispendance internationale rencontrait une franche hostilité. Ceci pour toute une série de raisons, dont le principe d'indépendance et de souveraineté des ordres juridictionnels. Mais ces raisons ont été jugées moins impérieuses que la volonté d'éliminer les inconvénients pratiques liés au refus d'admission de l'exception de litispendance. C'est pourquoi, dans un **arrêt du 27 novembre 1974, « société Miniera di Fragne »**, la Cour de Cassation a décidé que :

- ▶ **« l'exception de litispendance peut être reçue devant le juge français en vertu du droit commun français (hors droit conventionnel) en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger également compétent, à la condition que la décision à intervenir à l'étranger, soit susceptible d'être reconnue en France ».**

Ainsi, pour que l'exception prospère, le juge français doit vérifier que **le juge étranger saisi en premier est compétent** (en vertu des règles du pays étranger mais aussi en vertu des règles françaises) et que **la décision étrangère est susceptible d'être reçue en France**. Même si ces conditions sont remplies, l'admission de l'exception de litispendance n'est que facultative pour le juge français. S'il l'admet, le juge français aura le choix de se dessaisir ou de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'il se soit assuré que le tribunal étranger a été valablement saisi.

2) L'exception de connexité en matière internationale

Il s'agit d'une dualité d'instances sur des litiges non identiques mais qui ont des liens très étroits. Donc pour une bonne administration de la justice, l'intérêt est de réunir les deux litiges dans la même juridiction : **par exemple une instance en exécution du contrat et une instance en nullité de ce même contrat.**

Pendant longtemps, la France a refusé de faire jouer en droit commun l'exception de connexité. La jurisprudence est ensuite revenue sur cette position.


Ainsi **la Cour de Cassation dans un arrêt du 22 juin 1999 « Benichou »**, a posé trois conditions pour que soit accueillie l'exception de connexité internationale :

- Il faut une **dualité d'instances pendantes à la fois en France et à l'étranger**
- Les **deux juridictions** doivent avoir été **compétemment saisies**
- Il doit exister entre les deux instances en cours un lien de nature à créer un **risque de contrariété des décisions.**

Si ces trois conditions sont remplies, le juge **pourra** accueillir l'exception de connexité.

Section III : Les règles conventionnelles de compétence internationale

Paragraphe I : le dispositif conventionnel

 Ce sont des règles à vérifier en premier lieu avant toute autre chose, du fait de la primauté des règles issues de traités internationaux ou du droit communautaire sur les règles dites de droit commun.

La compétence internationale des juridictions françaises peut résulter de différents instruments.

 Il se peut qu'ait été conclu entre la France et un autre pays **un traité bilatéral.**

Ces traités ne sont pas rares. La plupart sont **des traités simples** ; mais d'autres sont **doubles**. Il est donc toujours important de **s'interroger sur l'existence ou non d'un traité bilatéral.**

Qu'est-ce qu'un traité double ou simple ?

Il faut savoir que la matière des conflits de juridictions se divise en deux séries de règles :

- Les règles fixant la compétence internationale des juridictions lorsqu'elles sont saisies directement d'un litige, ce que l'on nomme « la compétence directe ».

– Les règles déterminant les effets qu'un jugement étranger est susceptible de produire dans l'Etat dont émanent ces règles.

▶ Si le **traité est double**, cela signifie que ce traité va s'intéresser à ces deux séries de questions.

▶ Si le **traité est simple**, cela signifie qu'il ne s'intéressera qu'à une seule des deux problématiques le plus souvent la seconde.

✘ Il faut noter, qu'il sera plus facile d'uniformiser, de simplifier les règles de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères si l'on a uniformisé les règles de compétence directe au préalable. En effet, en pareil cas, les Etats parties hésiteront beaucoup moins à accueillir libéralement des décisions en provenance de juridictions d'autres Etats parties. Pourquoi ? Parce que le chef essentiel de contrôle des décisions étrangères réside dans la compétence du juge d'origine qui a rendu la décision. Or ce contrôle ne sert ici à rien puisque par hypothèse la juridiction d'origine aura apprécié sa compétence internationale à l'aide des mêmes règles de compétence que celles en vigueur dans l'Etat d'accueil. Telle est la philosophie qui a présidé à l'élaboration des dispositifs Bruxelles I et Bruxelles II dans le but d'assurer la libre circulation des jugements.

➡ Mais il y a également **des traités multilatéraux**. Il y en a beaucoup, voire trop, car cela engendre des risques de chevauchements. En effet il y a des rapports de droit sur lesquels il est possible d'hésiter entre l'application de plusieurs conventions, ce qui ne facilite pas la tâche du juriste.

▶ Exemple : pour connaître la juridiction internationalement compétente afin de connaître d'une problématique afférente à la protection d'un enfant mineur, il y a deux textes pouvant s'appliquer :

- Le règlement communautaire Bruxelles II bis du 27 novembre 2003
- La convention de la Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs

La convention de La Haye de 1961 vient cependant d'être remplacée par une nouvelle convention de la Haye du 19 octobre 1996 en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Cette nouvelle convention, qui est entrée en vigueur au mois de février 2011, concerne :

- La compétence
- La loi applicable
- La reconnaissance
- L'exécution
- La coopération

Entre les deux instruments (Règlement et Convention de 1961), il faut savoir qu'il existait des problèmes d'articulation, dont on se demande s'ils subsisteront avec l'entrée en vigueur de la nouvelle convention de 1996. . Ce point sera abordé plus loin avec l'étude du Règlement « Bruxelles II »

✘ Pour déterminer si le juge d'un Etat partie à une convention internationale doit apprécier sa compétence internationale en ayant recours aux règles de compétence prévues par telle ou telle convention , il faut toujours vérifier que le litige entre bien dans le champ

d'application de cette convention : c'est-à-dire, dans son champ d'application personnel, matériel, géographique et temporel.

A l'heure actuelle, le dispositif conventionnel en France est essentiellement l'œuvre du droit communautaire. Il se compose d'une part du dispositif Bruxelles I, issu de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence et les effets des jugements en matière civile et commerciale (§ 2). Mais il comporte également le dispositif Bruxelles II, issu de la Convention de Bruxelles du 28 mai 1998 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale (§ 3). Il faut y ajouter le Règlement n°4/2009 du 18 décembre 2008 sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, qui sera applicable à compter du 18 juin 2011 et se substituera dans son champ d'application matériel aux dispositions du Règlement Bruxelles I. Enfin, il ne faut pas oublier le Règlement communautaire n°1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité qui édicte en ce domaine des règles de compétence internationale, mais dont il ne sera pas question ici du fait des limites assignées au présent cours.

➤ Paragraphe II : Le dispositif de Bruxelles I

Pourquoi un dispositif Bruxelles I ?

Ceci pour **aménager la libre circulation des jugements, et plus largement créer un espace judiciaire européen**. Ce qui nécessitait de simplifier les règles en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements au sein de l'espace européen, objectif qui lui-même présupposait qu'aient été unifiées à travers l'Europe les règles de compétence directe.

D'où la création d'un instrument qui comporte deux volets :

- L'énonciation des règles de compétence internationale directe que devront utiliser les juridictions des Etats membres afin d'apprécier leur compétence internationale.
- L'énonciation de règles allégeant considérablement le contrôle de l'Etat d'accueil en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice et assimilés.

Cette convention a été signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 et c'est une convention double puisqu'elle concerne tant la compétence judiciaire que l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Cette convention est entrée en vigueur en 1973 entre les six premiers états membres originaires de la communauté. Puis il y a eu l'adhésion de trois autres états (Danemark, Irlande, Royaume-Uni en 1978), ensuite l'adhésion de la Grèce (1981), puis celle de l'Espagne et du Portugal (1989). Entre temps, les Etats de l'AELE (Islande, Norvège, Autriche, Pologne, Suède, Suisse, Finlande) ont souhaité participer à un dispositif similaire. Simplement, n'étant pas membres de l'Union européenne, ils n'ont pu adhérer à la Convention de Bruxelles. Il a donc fallu créer une « convention jumelle » à laquelle pourraient adhérer d'un côté les Etats de l'AELE, de l'autre les Etats de l'Union européenne. Ainsi, grâce à ce nouvel instrument venant s'ajouter à la Convention de Bruxelles, les règles de compétence directe seraient unifiées à travers l'Union européenne et l'AELE, tandis que les jugements circuleraient librement au sein de ce vaste espace.

- Ainsi naquit la Convention de Lugano signée le 16 septembre 1988, qui a été remplacée une nouvelle Convention de Lugano en date du 30 octobre 2007.

L'adoption de cette nouvelle convention s'explique par la volonté d'aligner les dispositions de la Convention de Lugano sur celles du Règlement 44/2001 dit « Bruxelles I » du 22 décembre 2000, qui comme on va le voir s'est substitué à la Convention de Bruxelles en la modifiant le 1^{er} mars 2002. Elle régit depuis le 1^{er} janvier 2010 les relations entre les Etats de l'Union Européenne et les Etats de l'AELE (aujourd'hui seulement l'Islande, la Norvège, Suisse, puisque les autres Etats ont rejoint l'Union européenne). Cependant, elle n'est applicable en Suisse que depuis le 1^{er} janvier 2011. Cette convention reprend le même dispositif que la Règlement Bruxelles I. Le champ de partage entre les deux instruments est le suivant : lorsque les critères de localisation géographique (qui vont être étudiés ci-après) se concrétisent sur le territoire d'un Etat de l'AELE, la juridiction saisie d'un Etat membre de l'AELE ou de l'Union européenne appréciera sa compétence à l'aune des dispositions de la Convention de Lugano. Par contre, si les critères de localisation se concrétisent sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, le juge saisi devra appliquer le dispositif Bruxelles I s'il relève d'un Etat membre de l'Union européenne. Si le juge saisi appartient à un Etat membre de l'AELE, il appliquera son droit commun, puisqu'il ne peut appliquer Bruxelles I et que la Convention de Lugano décline sa compétence.

A ce jour, le dispositif Bruxelles I s'applique à 27 Etats. A l'origine issu de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, il figure à l'heure actuelle dans le Règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000, qui à compter du 1^{er} mars 2002, s'est substitué à la convention. Ceci dans les 27 Etats membres, à l'exception du Danemark qui aujourd'hui encore demeure partie à la Convention de Bruxelles. Si le Règlement a repris la plupart des dispositions de la Convention de Bruxelles, il en a modifié plusieurs, et en a ajouté d'autres, notamment en matière de contrat de travail. Ce qui fait que la numérotation des articles a changé.

✘ En revanche, même si la nouvelle Convention de Lugano du 30 octobre 2007 a le même contenu que le Règlement Bruxelles, l'unification des règles n'est pas pour autant garantie. En effet, si la Cour de justice de l'Union Européenne a compétence pour interpréter Bruxelles I, cette compétence ne s'étend pas à la Convention de Lugano, qui n'est pas du droit communautaire. En outre, contrairement aux juridictions des Etats membres de l'Union européenne, les juridictions des Etats membres de l'AELE n'ont pas compétence pour saisir la CJUE d'un recours en interprétation du dispositif Bruxelles. De même que l'interprétation pouvant être donnée par la CJUE sur tel ou tel article du dispositif Bruxelles I ne s'impose pas à ces juridictions. Un protocole additionnel prévoit cependant que les Etats non membres de l'UE peuvent tenir dûment compte des principes définis par la CJUE..

Le jeu du dispositif Bruxelles I suppose que le litige soumis au juge entre dans son champ d'application. L'examen de ce champ d'application doit précéder l'étude des règles de compétence que renferme le dispositif Bruxelles I – Lugano.

A. Champ d'application matériel, temporel et géographique

✘ Quand il faudra s'interroger sur la compétence internationale de tel ou tel tribunal, il faudra en tout premier lieu s'interroger sur l'insertion du litige considéré dans le champ d'application du dispositif Bruxelles I-Lugano. Ce champ d'application doit être appréhendé à un triple point de vue

● Champ d'application matériel

Selon l'article premier du dispositif Bruxelles I - Lugano, seules sont concernées la matière civile et commerciale. Les matières rattachées ou apparentées au droit public n'y figurent donc pas :

- ▶ Exclusion de :
 - La matière fiscale
 - La matière douanière
 - La matière administrative
 - De façon générale le droit public

Même en matière civile et commerciale il y a un certain nombre d'exclusions :

- L'état et la capacité des personnes physiques
- Les régimes matrimoniaux,
- Les testaments et les successions
- Les procédures collectives liées à l'insolvabilité, objet d'un autre Règlement du 29 mai 2000.
- La sécurité sociale
- L'arbitrage
-

Ainsi, le droit la famille tant patrimonial qu'extra patrimonial échappe au dispositif Bruxelles I –Lugano, pour relever du dispositif Bruxelles II, étudié ci-après.

● Champ d'application temporel

Le Règlement de Bruxelles I entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002, s'applique aux instances pendantes après son entrée en vigueur.

● Champ d'application géographique

Le Règlement s'applique quand un des trois critères suivants mènent à un État de l'union européenne. Etant observé que ces trois critères sont hiérarchisés : ainsi le juge saisi doit tout d'abord se demander si le jeu des règles de compétence du dispositif peut résulter du critère n°1. Si la réponse est négative, il se tournera vers le critère n°2. Et ce n'est qu'en cas de nouvelle réponse négative qu'il recherchera si le critère n°3 permet ou non aux règles de compétence de Bruxelles I de s'appliquer.

- ➡ Le Règlement s'applique tout d'abord quand la matière qui est en litige fait partie de celles qui, d'après l'article 22 du règlement (article 16 de la Convention de Lugano) donne lieu à compétence exclusive, et quand cette matière se concrétise dans le cas d'espèce dans un Etat de l'Union Européenne. Si la matière se localise dans un Etat de l'AELE, c'est la Convention de Lugano qui s'applique. **Par exemple, une action réelle immobilière portant sur un immeuble situé à Barcelone relèvera du dispositif Bruxelles I, tandis qu'une action réelle immobilière ayant pour objet un immeuble situé à Genève déclenchera l'application des règles de compétence prévues par la Convention de Lugano.**

- ➡ A défaut d'application fondée sur la nature du litige, le Règlement s'applique en **présence d'une clause d'élection du for en faveur d'un tribunal de l'Union Européenne** (article 23 du Règlement, et article 17 de la Convention de Lugano). Mais il faut que l'une des parties au moins ait son domicile sur le territoire d'un Etat membre. Si le Tribunal élu est celui d'un Etat membre de l'AELE, la Convention de Lugano entre en jeu.
- ➡ A défaut d'application fondée sur la nature du litige, ou sur une élection de for, le règlement peut encore s'appliquer **si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État de l'Union Européenne. S'il est domicilié sur le territoire d'un Etat membre de l'AELE, le regard doit se tourner vers la Convention de Lugano (article 2 du Règlement et de la Convention de Lugano)**.

- ✘ Il n'y a pas de champ d'application personnel : ici la nationalité n'a aucune importance. Peu importe ainsi que le défendeur domicilié en France ou en Norvège soit de nationalité chinoise ou brésilienne : le Règlement ou la Convention de Lugano s'appliquera indépendamment de cette donnée.
- ✘ L'indication de ces trois critères d'application spatiale du Règlement permet de comprendre que, contrairement à une idée souvent reçue, ce Règlement, texte de Droit communautaire, ne cantonne pas son application aux litiges intracommunautaires. Par exemple, voici un accident de la circulation en Guadeloupe dans lequel un automobiliste de Saint-François a blessé grièvement un touriste de nationalité canadienne qui circulait à bicyclette. Si la victime canadienne décide d'agir en responsabilité civile devant le TGI de Pointe-à-Pitre à l'encontre du chauffeur, le Tribunal appréciera sa compétence à l'aide des règles de compétence internationale contenues dans le Règlement : domicile du défendeur sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne. Ou bien encore voici une société guadeloupéenne ayant passé un contrat avec une société de droit chinois, contrat qui contient une clause en faveur du Tribunal de commerce de Paris. Saisi du litige, le Tribunal de commerce de Paris appréciera sa compétence à l'aide du Règlement communautaire (tribunal élu situé en France), alors pourtant qu'à l'évidence il ne s'agit pas d'un litige intracommunautaire.

Voyons à présent les trois catégories de règles de compétence internationale résultant du dispositif Bruxelles I- Lugano.

B. Les règles de compétence internationale fondées sur la nature du litige

🔴 Les règles de compétence consacrées par l'article 22 du règlement (article 16 Lugano)

Cet article énonce un certain nombre d'hypothèses ou de litiges où **la compétence revêt un caractère exclusif**.

Chaque fois **qu'une de ces matières se concrétise sur le territoire d'un État membre**, les **tribunaux de ces états membres jouissent d'une compétence exclusive** ceci, parce qu'il existe un lien très fort entre le fond du litige et l'État en question. Ce qui exclut que la juridiction d'un autre Etat membre puisse en connaître : si tel était néanmoins le cas, la

décision rendue à tort dans cet Etat ne serait pas reconnue au sein des autres Etats membres (article 35 du Règlement ; article 28 de la Convention de Lugano).

Quelles sont ces matières ?

- Les baux d'immeubles et la matière des droits réels immobiliers (article 22-1)
 - ▶ Ces matières relèvent de la compétence exclusive du tribunal du lieu de situation de l'immeuble (*forum rei sitae*)

Mais l'alinéa de l'article 22 apporte une petite dérogation :

- ▶ **Pour les baux de courte durée (six mois au plus) le tribunal de l'État membre où le défendeur à son domicile peut être compétent à condition que le demandeur soit domicilié dans le même état.**
 - Cependant selon une décision de la **CJCE du 13 octobre 2005**, l'article 22 n'est pas applicable aux contrats de temps partagé (Time share contracts).
- L'article 22-2 est applicable aux **litiges en matière de validité, de nullité, dissolution des sociétés ou autres groupements, ayant leur siège sur le territoire d'un État membre.**
 - ▶ Cet article concerne aussi les décisions prises par les organes de ces sociétés ou groupements.
 - Les tribunaux exclusivement compétents sont ceux de l'État membre où la société ou l'organe de la société, a son siège.
- L'article 22-3 concerne **la validité des inscriptions sur les registres publics, avec compétence exclusive des tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel les registres sont tenus.**
- L'article 22-4 concerne **l'inscription et la validité des brevets, marques, dessins et modèles, donnant lieu à un dépôt ou un enregistrement.**
 - ▶ D'où la compétence des tribunaux de l'État sur le territoire duquel a été déposé ou enregistré le brevet ou autre droit de propriété intellectuelle.

✘ Les litiges visés sont exclusivement des litiges portant sur l'inscription ou la validité des droits de propriété intellectuelle, non sur les contrats d'exploitation de ces mêmes droits, qui eux relèvent des règles propres aux contrats.

- L'article 22-5 concerne **les voies d'exécution**, et attribue compétence exclusive aux tribunaux de l'État membre du lieu d'exécution de la mesure

C. Les règles fondées sur la volonté des parties : clauses attributives de juridiction et prorogations tacites de for

Le critère est ici la volonté des parties. Soit que les parties, de façon expresse, ait donné conventionnellement compétence à telle ou telle juridiction pour connaître de leur litige (1°). Soit que les parties aient saisi une juridiction normalement incompétente, dont elles ont tacitement prolongé la compétence en acceptant de lui soumettre le litige (2°).

1) Les clauses attributives de juridiction

Elles sont visées par l'article 23 du règlement, et par l'article 17 de la Convention de Lugano.

Elire une juridiction, c'est-à-dire lui attribuer compétence exclusive pour connaître du litige, a pour corollaire l'exclusion des autres juridictions qui normalement auraient pu s'estimer compétentes. Elire, c'est aussi exclure. Or il se peut que la validité ou l'efficacité de la clause attributive de juridiction soit discutée, ce qui pourra se faire soit devant le juge élu, où l'une des parties souhaitera pour contester la compétence du juge saisi paralyser le jeu de la clause, soit devant le juge exclu où l'une des parties, le défendeur, se prévaudra de l'existence de la clause pour contester la compétence du juge saisi. L'hypothèse de travail est ici celle d'une clause attributive de juridiction élisant le juge d'un Etat membre de l'Union européenne, ce qui déclenche l'application du Règlement Bruxelles I, ou d'une clause élisant le juge d'un Etat membre d'un Etat de l'AELE, ce qui déclenche l'application de la Convention de Lugano. Clause dont l'efficacité ou la validité ou les effets se voit discutée devant le juge (exclu ou élu) d'un Etat membre.

- ➡ **Quand le juge élu est un juge de l'Union Européenne (Bruxelles 1), si la question afférente à la clause se pose devant ce juge élu d'un Etat membre de l'Union Européenne, ce juge pour résoudre la question doit appliquer l'article 23 du Règlement.**

Par exemple, si un litige d'ordre contractuel oppose une entreprise guadeloupéenne à une entreprise grecque, et que le Tribunal élu est le Tribunal mixte de Pointe-à-Pitre, alors que l'entreprise grecque défenderesse conteste sa compétence motif pris de ce que la clause d'élection de for serait nulle, le juge pointois, pour résoudre cette question appliquera l'article 23.

- ➡ De même si la question se pose **devant le juge exclu, l'article 23 sera également applicable, si du moins le juge appartient à un Etat de l'Union Européenne.**

Si l'on reprend l'exemple précédent, mais en supposant que le juge élu est le Tribunal d'Athènes, alors que la société guadeloupéenne, estimant la clause nulle a cru pouvoir porter son action devant le Tribunal mixte de commerce de Pointe-à-Pitre, ce dernier, qui devra examiner la validité de la clause d'élection de for, se référera là encore à l'article 23 afin de répondre à cette question.

- ✘ En revanche, si le **juge élu/exclu est un juge d'un Etat tiers à l'Union Européenne ou à l'AELE, il appliquera son droit commun, ce qui est logique puisque l'Etat auquel il appartient ne fait partie ni de l'Union Européenne, ni de l'AELE.**
- ✘ De même **appliquera son droit commun, le juge exclu de l'Union Européenne ou de l'AELE quand le juge élu est celui d'un Etat tiers, comme l'explique l'exemple suivant : dans le cas d'un contrat passé entre une entreprise martiniquaise et une société américaine, qui donne compétence aux tribunaux de Miami, si la société martiniquaise a saisi le Tribunal mixte de commerce de Fort de France nonobstant la clause, le juge martiniquais, qui doit examiner la clause pour savoir s'il doit la considérer comme valable ou nulle, appliquera le DIP commun français.**

En quoi le dispositif Bruxelles I/Lugano régleme-t-il les clauses attributives de juridiction ?

Le règlement de Bruxelles I et la Convention de Lugano apportent certaines réponses à ces questions d'efficacité ou d'effets de la clause attributive de juridiction, en posant dans leurs articles 23 et 17 des règles matérielles sanctionnatrices de droit international privé.

Le dispositif Bruxelles I/Lugano ne traite pas de toutes les problématiques que peut poser une clause attributive de juridiction. En effet, il ne s'intéresse qu'à certaines problématiques ; plus précisément le dispositif Bruxelles I/Lugano **s'intéresse** principalement aux problématiques suivantes :

- En premier lieu, le dispositif reconnaît la licéité de principe des clauses attributives de juridiction dès l'instant où le litige a une nature internationale, peu important que l'une ou l'autre des parties n'ait pas la qualité de commerçant (Cass. Civ1, 9 janv. 2007). Ce qui ne l'empêche pas ensuite de tempérer le jeu de ce type de clause dans les hypothèses où elles peuvent s'avérer redoutables, c'est-à-dire lorsque elles sont insérées dans des contrats comportant une partie faible. En pareille hypothèse, le Règlement (article 13 pour le contrat d'assurances ; article 17 pour les contrats conclus par les consommateurs ; article 21 pour le contrat de travail) limite le risque afférent à de telles clauses en les rendant moins redoutables pour la partie faible : elles ne produiront leur plein effet que si elles ont été conclues postérieurement à la naissance du différend ; sinon, elles ne peuvent produire leur plein effet qu'à la condition d'être invoquées par la partie faible demanderesse. Par contre, elles ne peuvent, si elles sont invoquées par la partie forte à l'encontre de la partie faible défenderesse, la priver de la compétence des juridictions de son domicile ou de sa résidence habituelle.

- En second lieu, le dispositif édicte des conditions de forme que doit satisfaire la clause, de façon à ce que l'on soit sûr qu'elle a bien été connue et acceptée par la partie qui ne l'a pas stipulée, mais est censée y avoir adhéré.

Pour être bien sûr que les parties ont eu connaissance de la clause, l'article 23 du Règlement et l'article 17 de la Convention de Lugano imposent que la clause ait été passée selon certaines formes : soit par écrit, soit verbalement avec confirmation écrite, soit en une forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit, dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance, et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce.

Mais le dispositif conventionnel **n'exige aucun lien entre le tribunal élu et le litige, ce qui se comprend, les parties pouvant fort bien avoir intérêt à élire le Tribunal d'un Etat tiers**, insusceptible *a priori* de favoriser l'une ou l'autre partie.

● Les effets de la clause attributive de juridiction

Le tribunal qui a été élu jouit d'**une compétence exclusive (art.23-4)**. Cela signifie que :

- Le tribunal **ne peut en principe refuser sa compétence**
- **Une seule partie ne peut rompre unilatéralement la clause et aller porter l'action devant un autre Tribunal que le Tribunal élu.**

-
2) La prorogation tacite de for

Il résulte de l'article 24 du règlement que, si le demandeur saisit le tribunal d'un État contractant normalement incompétent, mais que le défendeur accepte de comparaître sans contester la compétence du tribunal saisi, dans ce cas, on considère qu'il y a **accord tacite passé entre les deux parties** pour élire ce Tribunal qui de la sorte va échapper à l'incompétence.

✘ Cette prorogation tacite de for ne peut évidemment pas jouer en matière de compétence exclusive, dès lors que ce type de compétence est normalement au-dessus de la volonté des parties en litige.

D. Les règles de compétence internationale découlant du domicile du défendeur sur le territoire d'un État contractant (article 2)

L'hypothèse ici est que l'on ne se situe pas dans une des matières de l'article 22 et qu'aucune prorogation de for n'a été convenue entre les parties. Quelles juridictions peut alors saisir le demandeur ?

La règle de principe, énoncée par l'article 2 des deux instruments, est que ce sont **les juridictions de l'État du domicile du défendeur** qui sont **en principe internationalement compétentes pour connaître de l'action**. Cependant cette règle souffre de trois séries de tempéraments :

- Tout d'abord, le dispositif de Bruxelles I/Lugano a voulu faire en sorte que, dans certaines matières, **le demandeur jouisse d'une option et puisse saisir une autre juridiction que celle de l'État du domicile défendeur** ; cela afin de donner compétence à un juge géographiquement plus proche du litige que les juges de l'État du domicile défendeur.
 - ▶ Ces règles de compétence dérogatoires sont appelées **règles de compétence spéciale**. Elles permettent ainsi au demandeur de porter son action dans un autre État membre que celui du domicile du défendeur, devant une juridiction apparaissant particulièrement bien placée au regard d'une bonne administration de la justice. **Par exemple, si sur une plage guadeloupéenne, un enfant italien en vacances avec ses parents blesse une personne habitant à Capesterre en lui jetant dans l'œil une boule de sable, il est certes possible à la victime d'assigner l'enfant ou plutôt ses parents devant les juridictions italiennes de l'État de leur domicile. Cependant, chacun admettra qu'en l'occurrence, la juridiction guadeloupéenne apparaisse comme mieux placée que la juridiction italienne pour connaître de ce litige. C'est pourquoi une règle de compétence spéciale du dispositif Bruxelles I- Lugano permet de confier le litige en un tel cas à la juridiction guadeloupéenne (art. 5 3°).**
- Ensuite, à l'instar du droit judiciaire privé interne, le dispositif Bruxelles I / Lugano a eu pour souci d'éviter un morcellement du litige. On a ainsi permis de déroger à la compétence de principe des juridictions de l'État du domicile du défendeur afin de regrouper l'ensemble du contentieux devant une seule et même juridiction :
 - ▶ Ce sont **les règles de compétence dites dérivées**, qui permettent à une **juridiction saisie d'une action principale, de connaître également des autres actions qui en sont dérivées**. **Par exemple, si une personne domiciliée à Paris a été victime d'un accident de chasse au Luxembourg**

parce qu'elle a été prise pour un sanglier par un groupe de trois chasseurs dont l'un est domicilié à Parme (Italie), l'autre à Madrid (Espagne) et le troisième à Lisbonne (Portugal), il lui sera évidemment plus facile d'assigner les trois chasseurs codéfendeurs à Parme, plutôt que de devoir assigner séparément chacun des défendeurs devant les juridictions de l'Etat où chacun des défendeurs est domicilié. L'article 6 1°) du dispositif permet cela.

➡ Enfin, on a pris conscience du déséquilibre qui peut affecter certains rapports de droit.

En effet, dans certains contrats, une partie se présente en position de faiblesse par rapport à l'autre. Ex : les contrats conclus par les consommateurs, les contrats d'assurance et les contrats de travail.

▶ On a voulu compenser ce déséquilibre sur le terrain juridictionnel en avantageant la partie faible en matière de compétence

juridictionnelle, spécialement en lui permettant de pouvoir plaider devant une juridiction proche de son domicile. Par exemple, il est bien certain que si un consommateur domicilié à Toulouse, qui a passé un contrat par correspondance avec une société dont le siège social est à Birmingham au Royaume-Uni, devait en cas de litige aller plaider à Birmingham, les difficultés pratiques liées à une telle instance le dissuaderaient de faire valoir ses droits. Cependant, pour que jouent ces règles protectrices, encore faut-il que le défendeur soit domicilié sur le territoire d'un Etat contractant.

1) La compétence de principe des juridictions de l'Etat contractant de l'Etat du domicile du défendeur

Cette compétence de principe résulte de l'article 2. C'est une règle de compétence qui n'appelle pas d'observations spécifiques ; si ce n'est que doit être relevée ici la volonté du dispositif d'éliminer le plus largement possible les discriminations fondées sur la nationalité.

▶ Exemple : un Vietnamiens tient un restaurant à Paris. Il a des clients moldaves vivant à Bruxelles et qui viennent manger sa cuisine. Suite à une intoxication alimentaire ils reviennent à Bruxelles pour se faire hospitaliser, mais souhaitent tenter une action en responsabilité. Ils pourront le faire devant la juridiction parisienne, peu important que les uns et les autres aient la nationalité d'Etats ne faisant partie ni de l'Union européenne, ni de l'AELE.

➤ **Bruxelles 1 va s'appliquer même si le défendeur est vietnamien**

Les articles 2 et 3 du règlement renforcent cet objectif d'élimination du critère de nationalité pour fonder la compétence juridictionnelle :

- en paralysant, quand le dispositif est applicable, le jeu des privilèges de juridictions (comme les articles 14 et 15 du Code civil), qui ne peuvent permettre d'attirer un défendeur hors de l'Etat membre où il est domicilié (Par exemple, un demandeur de nationalité française, victime d'un accident de ski dans les alpes autrichiennes, ne saurait utiliser l'article 14 du Code civil pour attirer en France l'auteur de l'accident, ressortissant allemand domicilié à Munich).

✘ Le dispositif ne s'applique pas uniquement aux

- et en prévoyant que quand le dispositif n'est pas applicable d'un point de vue géographique, alors que le litige entre bien dans son champ d'application matériel (article 3), les privilèges de juridiction, qui peuvent alors le cas échéant jouer, ne doivent pas être réservés uniquement aux nationaux, mais doivent bénéficier à toutes les personnes présentes sur le territoire, peu important leur nationalité. Par exemple, un Mexicain propriétaire d'un restaurant mexicain à Paris, et qui commande ses marchandises à Mexico où l'un de ses employés va régulièrement en prendre livraison, pourra invoquer l'article 14 du Code civil s'il désire assigner en France son fournisseur de marchandises avariées qui ont intoxiqué plusieurs des clients du restaurant.

✘ Il faut donc retenir qu'on ne peut user des privilèges de juridiction quand le dispositif est applicable. Et quand il ne l'est pas, les règles exorbitantes (c'est-à-dire les privilèges de juridiction) s'applique à tout le monde même aux non nationaux, à partir du moment où ils résident sur le territoire

2) La dérogation à la compétence de principe fondé sur la volonté de protéger la partie faible (articles 8 et suivants du règlement)

- Les articles 8 à 14 concernent la compétence en matière d'assurance
- Les articles 15 à 17 concernent la matière des contrats conclus par les consommateurs
- Les articles 18 à 21 concernent les contrats de travail

Etant précisé que la Convention de Lugano ne connaît pas de dispositions spécifiquement protectrices du salarié, à l'exception de celle qui figure à son article 5 1°).

Toutes ces règles ne jouent a priori qu'à une seule condition : **le défendeur doit être domicilié dans l'union européenne.**

Le dispositif s'applique également nonobstant l'absence du domicile du défendeur dans l'Union Européenne, **dès lors que la partie forte a un établissement/ une succursale/une agence dans un État contractant**, et que le litige apparaît comme une contestation relative à l'exploitation de cette succursale/établissement/ou de cette agence.

Les règles de compétence protectrices suivent une triple modalité :

- Il s'agit de reconnaître à **la partie faible toute une série d'options de compétence** :
 - ▶ Quand la partie faible est demanderesse, il lui est notamment reconnu le **droit d'agir devant les tribunaux de l'État membre ou elle a son domicile**
 - ▶ Quand la partie faible est défenderesse, elle ne peut être assignée que devant **les tribunaux de l'État membre ou elle a son domicile**
 - ▶ Il y a un phénomène de **neutralisation des clauses attributives de juridiction, qui a été exposé plus haut lors de l'étude des clauses d'élection de for** : ces dernières sont réglementées de telle sorte qu'elles ne puissent nuire à la partie faible

3) Les dérogations à la compétence de principe, fondée sur la volonté de donner compétence à un juge proche du litige : les règles de compétence spéciales de l'article 5

L'hypothèse est ici celle où le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre. En vertu de l'article 2 (du Règlement si le domicile se situe sur le territoire d'un Etat membre de l'UE ; de la Convention de Lugano si le domicile se situe sur le territoire d'un Etat de l'AELE) **le demandeur a la possibilité de porter l'affaire devant les juridictions de cet État.**

Mais avec les règles de compétence spéciales, le demandeur peut également s'il le souhaite attirer **le défendeur devant un autre État membre que celui de l'État du domicile du défendeur.**

- ▶ Ceci parce que souvent le tribunal du domicile du défendeur n'est pas bien situé au regard d'une bonne administration de la justice

Quelles sont ces règles ?

● Elles interviennent tout d'abord en matière contractuelle :

▶ **Article 5-1°) :** « le demandeur peut **attirer le défendeur dans un autre Etat membre que celui de son domicile**, en matière contractuelle : **devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée** ».

- ▶ Cet article pose difficulté à un triple égard :

Que faut-il entendre par matière contractuelle ?

- La CJCE a estimé que cette **notion doit être définie de façon autonome** sans renvoi aux droits nationaux. Elle a donc rendu toute une série d'arrêts ou elle a **défini** ce qu'il fallait entendre par « **matière contractuelle** ».
- Par exemple, dans **un arrêt Jakob Handte du 17 juin 1992, la CJCE** a refusé d'appliquer l'article 5-1°) dans un litige opposant un sous-acquéreur au fabricant : elle considère que la matière contractuelle **ne saurait être comprise** au sens de l'article 5-1°) comme **visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers l'autre. Or il n'y a pas d'engagement entre le sous-acquéreur et le vendeur initial. En réalité, la CJCE rejette en ce contexte la théorie des chaînes de contrats.**
 - Elle estime donc que l'on **se trouve alors en matière délictuelle** au sens de l'article 5-3°) de la convention.

Que faut-il entendre par « obligation qui sert de base à la demande » ?

- **L'article 5-1°) donne compétence au tribunal du « lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée »**. La formule incite à répondre à deux problématiques :

- **Qu'est-ce que « l'obligation qui sert de base à la demande » ?**

A priori la réponse est simple. L'obligation qui sert de base à la demande est celle sur laquelle se fonde l'action en justice, c'est-à-dire l'obligation inexécutée. Mais la réponse à cette question n'est pas toujours aussi évidente, notamment parce que dans un même litige, **une demande peut s'appuyer sur plusieurs obligations.**

- en présence de plusieurs obligations servant de base à la demande, **la CJCE a considéré dans l'arrêt Shenavai du 15 janvier 1987, qu'il fallait retenir l'obligation principale** d'entre elles. **Mais il n'est pas facile de distinguer l'obligation principale des autres.**

Comment déterminer le lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ?

L'article 5 1°) donne compétence en matière contractuelle au Tribunal du lieu où l'obligation servant de base à la demande a été ou aurait du être exécutée.

Pour déterminer ce lieu, plusieurs techniques sont possibles : en effet ce lieu peut être déterminé en fait ou en droit. On sait en effet que le Droit précise le lieu d'exécution de certaines obligations : par exemple lieu d'exécution du paiement au domicile du débiteur (paiement quérable) ; ou bien lieu de délivrance de la marchandise dans les magasins du vendeur. Dans d'autres cas, le Droit ne disant rien, il faudra se référer à la convention des parties ou à la réalité des faits pour déterminer le lieu d'exécution de l'obligation : par exemple, le lieu d'exécution d'un contrat de distribution.

Dès lors la question qui s'est posée a été celle de savoir si le lieu sera déterminé en droit ou en fait.

- La CJCE dans un arrêt Tessili du 6 octobre 1976, a considéré que le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée au sens de l'article 5-1°) doit être déterminé en droit, et plus précisément conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflits de la juridiction saisie.

Donc quant un tribunal s'interroge sur la question de savoir s'il est compétent au sens de l'article 5-1°), ce tribunal va d'abord devoir :

- Identifier l'obligation servant de base à la demande
- Ensuite rechercher où son exécution a eu lieu ou aurait du avoir lieu d'après ce que dit le droit applicable à cette obligation.
 - Aussi bien, pour résoudre le problème de compétence internationale, il faudra au préalable résoudre la question du droit applicable. On se rend compte que ce système est compliqué et déficient car il présuppose qu'il existe une localisation en droit de toutes les obligations qu'engendre le contrat. Or, tel n'est évidemment pas le cas.

Donc la jurisprudence Tessili a été régulièrement court-circuitée par les juges du fond, qui au lieu de rechercher une hypothétique localisation en droit au sein du droit applicable, préféraient procéder à une localisation en fait (quitte à se faire censurer par la Cour de Cassation).

C'est pourquoi il a été proposé de supprimer l'article 5-1°). Et la Cour de Cassation a posé à la CJCE une question préjudicielle tendant à savoir s'il fallait maintenir la jurisprudence Tessili.

Malheureusement, la CJCE a répondu en 1999 que la jurisprudence Tessili devait être maintenue.

- CJCE 28 septembre 1999

Pourquoi ce maintien ? Sans doute parce que la CJCE savait que le Règlement devant dans les mois suivant se substituer à la Convention de Bruxelles allait modifier l'article 5 1°) de façon à échapper aux griefs encourus par la jurisprudence Tessili. Effectivement, aux termes de la nouvelle rédaction de l'article 5 1°) :

- Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre en matière contractuelle **devant le tribunal du lieu où l'obligation servant de base à la demande a été ou doit être exécutée (article 5 1°) a).**
- **Article 5-1°) b) :** aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu de l'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :
 - Pour la vente de marchandises : le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, **les marchandises ont été ou auraient dû être livrées.**
 - Pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, **les services ont été ou auraient dû être fournis.**

Ces dispositions sont un progrès notable car désormais, en matière de vente ou en matière de prestation de services, **le tribunal compétent en vertu de l'article 5-1°) sera toujours, peu important l'obligation concernée par le litige, le tribunal du lieu de livraison des marchandises ou le tribunal du lieu d'exécution de la prestation de service.**

✘ Le progrès est notable. Mais tous les contrats ne sont malheureusement pas des contrats de ventes ou des prestations de services. Comme par exemple le contrat de location d'une voiture, ou le prêt à usage ou d'argent, ou bien encore le contrat de distribution, ainsi que l'a affirmé récemment la Cour de cassation dans un arrêt du 23 janvier 2007 à propos d'un contrat de concession exclusive. Que faire en pareil cas ?

- **Il faut avoir recours à l'article 5-1c)** qui prévoit que **le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas.**
- ▶ C'est donc notamment **le retour à la jurisprudence Tessili pour les contrats autres que la vente ou la prestation de services, ce qui peut être regretté.**

✘ A noter cependant que la jurisprudence Tessili n'interdit tout de même pas aux parties de déterminer dans le contrat le lieu d'exécution des différentes obligations, ce lieu étant alors pris en compte pour le jeu de l'article 5 1°). Tel est le message qu'a délivré la CJCE dans son arrêt Zelger du 17 janvier 1980.

➤ **Elles interviennent en matière d'obligations alimentaires (art.5 2°)**

En la matière, l'article 5 2°) permet au demandeur créancier d'aliments d'assigner le débiteur domicilié dans un autre Etat membre devant **le tribunal du lieu de son domicile ou de sa résidence habituelle. La finalité est évidemment de protéger le créancier d'aliments qui de la sorte n'aura pas à se déplacer pour obtenir les aliments auxquels il a droit**

- ▶ L'article 5-2 est également applicable aux obligations alimentaires accessoires à une demande en matière d'État des personnes, et permet au créancier de formuler sa demande devant le Tribunal qui est compétent pour connaître de la demande principale en matière d'état des personnes (par exemple une demande alimentaire accessoire à une demande en divorce ou à une demande en matière de filiation)

A noter qu'à compter du 18 juin 2011 entrera en vigueur le Règlement 4/2009, qui maintient les solutions actuelles. Ce Règlement ne subordonne pas son application à la condition que le

défendeur soit domicilié sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne. Lorsque le défendeur est domicilié sur le territoire d'un Etat tiers, autre que la Suisse, la Norvège et l'Islande, deux chefs de compétence supplémentaires sont à titre subsidiaire offerts au demandeur : d'une part, le demandeur pourra saisir les tribunaux de l'Etat membre dont il est le ressortissant si le défendeur est également ressortissant de cet Etat membre. D'autre part, lorsqu'une procédure ne pourra être « raisonnablement introduite ou conduite » dans un pays tiers, il pourra saisir les tribunaux de l'Etat membre avec lequel le litige présentera « un lien suffisant ».

❶ **Elles interviennent en matière délictuelle ou quasi délictuelle (article 5 3°)**

En la matière, le demandeur, c'est-à-dire la victime du délit ou du quasi-délit peut poursuivre l'auteur du dommage non seulement devant les tribunaux de l'Etat membre de son domicile (art.2), mais encore devant le Tribunal d'un autre Etat membre **du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Ainsi, si un touriste domicilié à Edimbourg (Ecosse) cause un accident de la circulation routière à Sainte-Rose, blessant deux guadeloupéens, ceux-ci pourront agir en responsabilité civile devant le Tribunal de grande instance de Pointe-à-Pitre, plutôt que de devoir porter leur action en Ecosse.**

✘ Attention à la question de la compétence en cas de dissociation du fait générateur et du lieu de réalisation du dommage, c'est-à-dire lorsque le délit est commis dans un pays A alors que ses effets sont subis dans un pays B. En pareil cas, la CJCE, depuis un arrêt Mines de potasse d'Alsace, où était en cause une pollution du Rhin par une entreprise alsacienne qui avait porté préjudice à une entreprise riveraine située en aval aux Pays-Bas en déversant des déchets salins dans le Rhin, a admis que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit doit être entendue n ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal. Par exemple, en matière de délits commis par la voie d'un site Internet exploité par une personne dans un autre Etat membre, la victime domiciliée en France pourra ainsi agir sur le fondement de l'article 5 3°) dans tous les Etats membres où ce site est accessible et lui cause un préjudice. La Cour de cassation a ainsi admis qu'une société française exploitant une marque prestigieuse de Champagne puisse agir en contrefaçon devant le Tribunal français à l'encontre d'une société qui, en Espagne proposait par internet un vin pétillant qui, par son appellation, prêtait à confusion avec la célèbre marque française. Simplement, en pareil cas, la juridiction française ne pourra ordonner la réparation que du seul dommage subi en France, non celui subi en Espagne ou dans d'autres pays.

- ▶ Ainsi, quand il y a dissociation, le dispositif Bruxelles I donne **le choix de porter l'action** soit :
- Devant le tribunal du **domicile du défendeur** (article 2)
 - Devant le tribunal du **lieu du fait générateur** (article 5 3°)
 - Devant le tribunal du **lieu où le dommage s'est produit** (article 5 3°)

✘ Le lieu où le dommage a été subi est le lieu où le dommage immédiat est apparu, mais non le lieu où se sont manifestés les préjudices consécutifs (CJCE, 19 septembre 1995, Antonio Marinari). De même s'agit-il du lieu où le dommage a été subi par la victime immédiate, mais non le lieu où le préjudice a pu être subi par des victimes par ricochet (CJCE, 11 janvier 1990, Dumez France). .

❷ **Elles interviennent en matière de réparation du dommage ou d'actions en restitution fondées sur une infraction (article 5 4°)**

Le tribunal saisi d'une action publique résultant de la commission d'une infraction est également **compétent** (si la loi de ce tribunal le permet) **pour connaître de l'action en réparation du dommage ou de l'action en restitution fondées sur cette infraction.**

❖ **Elles interviennent en matière de contestation relative à l'exploitation d'une succursale etc. (article 5 5°)**

C'est une transposition de la **jurisprudence dite des « gares principales »**. S'il s'agit d'une **contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence** ou de tout autre établissement... **le demandeur peut agir devant le tribunal du lieu de situation de cette succursale, de cette agence ou de cet établissement. Ce qui là encore permet de donner compétence à un juge plus proche des données du litige.**

4) **Les dérogations à la compétence de principe fondée sur la volonté d'éviter un morcellement du litige : les compétences dérivées de l'article 6**

Ces règles ouvrent une option aux demandeurs avec cependant un objectif différent de celui que poursuivent les règles de compétence spéciale.

Le but est n'est pas ici de trouver un juge proche des données du litige, mais de réaliser une **concentration du litige, une économie de procédure** et donc une meilleure administration de la justice.

C'est ainsi que **les codéfendeurs domiciliés sur le territoire d'un État membre** pourront être **attraits** dans un autre État membre, **devant le tribunal du domicile de l'un d'entre eux** (article 6 1°).

- ▶ Exemple : A domicilié à Nantes, a 2 codéfendeurs (B à Bruges ; C à la Haye)
A assigne B à Bruges et pourra attirer l'autre également à Bruges

Cette règle existe du fait du rapport étroit entre les deux relations juridiques. Cependant pour que le tribunal saisi puisse connaître d'une action contre le codéfendeur au titre de **l'article 6**, il faut que le tribunal saisi soit celui du domicile de l'un d'eux, et qu'il existe réellement un lien sérieux entre les demandes formées contre les différents défendeurs.

- **Article 6-2** relatif à **la demande en garantie ou en intervention, en vertu duquel le demandeur peut attirer devant le tribunal saisi de la demande originaire une personne** domiciliée dans un autre Etat contractant: **par exemple, un vendeur domicilié à Bruxelles est assigné à Montpellier par son acheteur français sur le fondement de l'article 5 1°) du Règlement. L'article 6 2°) lui permettra d'y attirer en garantie son propre vendeur, domicilié à Düsseldorf, qu'il estime responsable du manquement qu'on lui reproche. Cependant, cet appel en garantie serait impossible si, dans le contrat liant ce défendeur à son vendeur allemand figurait une clause attributive de juridiction en faveur du Tribunal de Düsseldorf. Dans ce cas en effet la clause attributive de juridiction prévaudrait. (l'article 23 du Règlement l'emporte en effet sur l'article 6 2°)).**

- De manière très classique, l'article 6 3°) permet au tribunal saisi d'une demande originaire de connaître de la demande reconventionnelle dérivant du contrat ou du fait sur lequel est fondé la demande originaire.

- **Article 6-4** : Quant un défendeur a été assigné par une action **en matière de droits réels immobiliers**, devant le tribunal du lieu de situation de l'immeuble (par exemple une action relative à une hypothèque), ce tribunal pourra également connaître de l'action contractuelle dirigée contre ce défendeur (par exemple action relative au contrat qui contient l'hypothèque).

5) La dérogation à la compétence de principe fondée sur l'urgence : les mesures provisoires et conservatoires de l'article 31 du règlement

- **Article 31** : « *les mesures provisoires/conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet État, même si en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétent pour connaître du fond* ».

E. Le régime de la compétence internationale

La matière est traitée par les articles 25 à 30 du Règlement.

Le dispositif Bruxelles I/ Lugano n'a pas vocation à régler la procédure pendante devant la juridiction saisie. Celle-ci relève classiquement de la « **lex fori** ».

Le dispositif Bruxelles I/ Lugano ne s'est intéressé qu'aux questions de procédure qui touchent à la compétence. En fait sont traitées :

- La question de la vérification de la compétence et de la recevabilité de la demande devant la juridiction saisie du litige (articles 25 et 26)
- La litispendance et la connexité (articles 27 à 30)

Les articles 25 et 26 traitent des modalités par lesquelles le juge saisi vérifie sa compétence ainsi que la recevabilité de la demande.

- ▶ Exemple : il est prévu que le juge saisi doit se déclarer d'office incompetent s'il est saisi d'un litige qui relève de la compétence exclusive d'un autre État membre.
- ▶ Il en va de même, quand le défendeur domicilié sur le territoire d'un autre État membre est attiré devant une juridiction d'un autre État membre mais ne comparait pas ; si le juge saisi constate alors qu'il n'est pas compétent, il doit se déclarer d'office incompetent. De même, en pareil cas, le juge saisi devra vérifier si le défendeur défaillant a été mis à même d'être prévenu de la procédure engagée contre lui.
- ▶ Dans tous les autres cas, la façon selon laquelle le juge saisi contrôle sa compétence, relève de la **lex fori**.

Quant à la litispendance et à la connexité, le dispositif établit une **distinction entre litispendance et connexité** :

- En cas de **litispendance**, indique l'article 27 du Règlement, le tribunal saisi en second lieu et qui est informé d'une procédure dans un autre État membre **va surseoir à statuer** (il est tenu de le faire ; il devra même le faire d'office).
 - ▶ S'il constate que le tribunal saisi en premier est compétent, il doit obligatoirement se dessaisir.
- En revanche, en matière de **connexité**, le **dessaisissement n'est pour le juge saisi en second lieu n'est qu'une faculté** (article 28).

➤ Paragraphe III : Bref aperçu du dispositif « Bruxelles 2 » en matière matrimoniale et de responsabilité parentale

Ce dispositif réside aujourd'hui dans le Règlement du Conseil n°2201/2003 du 27 novembre 2003, dit Règlement Bruxelles II bis, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

Ce Règlement complète le Règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000, entré en vigueur le 1^{er} mars 2002, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Règlement dit « Bruxelles I », ayant pris la suite de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Ces instruments s'inscrivent dans le dessein de construction d'un espace judiciaire européen, auquel participent d'autres Règlements. Par exemple, le Règlement n°1348/2000 du 28 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, entré en vigueur le 31 mai 2001. Egalement le Règlement n°1206/2001 du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2001. Ou bien encore le Règlement n°805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, entré en vigueur le 21 janvier 2005.

L'objectif assigné aux Règlements Bruxelles I et II est de favoriser la libre circulation à travers l'Europe des décisions de justice et autres actes assimilés, en allégeant et simplifiant les formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires.

Pourquoi a-t-il fallu ajouter au « dispositif Bruxelles I » de 1968 un dispositif « Bruxelles II » ?

Tout simplement parce que, comme l'indique l'article 1^{er} du dispositif Bruxelles I, c'est-à-dire aujourd'hui le Règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000, bien que visant de façon générale la « matière civile et commerciale », ce dispositif exclut de son application : 1°) *L'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions (...)*. En bref, ce que l'on nomme le droit des personnes et de la famille, aussi bien patrimonial qu'extra patrimonial. Pourquoi cette exclusion ? La raison provient essentiellement des grandes divergences qui existaient en 1968 en la matière entre les

législations nationales, sur des sujets aussi brûlants que le divorce ou la filiation hors mariage, ou bien encore la question des mariages religieux. Divergences qu'accompagnaient des différences assez profondes en matière de compétence juridictionnelle. Le temps n'était pas encore venu pour que tous les législateurs nationaux acceptent que des décisions venues d'ailleurs en matière de divorce ou de filiation puissent presque sans contrôle franchir leurs frontières.

Il a ainsi fallu attendre les années 90 pour que, stimulée par les travaux que menait en droit de la famille la Conférence de La Haye de droit international privé, mais aussi par des faits divers d'enlèvements internationaux d'enfants issus de couples « européens », l'Union européenne se décide à entamer l'élaboration d'une convention internationale qui serait bâtie sur le modèle de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, mais concernerait le droit de la famille. C'est ainsi que vit le jour le 28 mai 1998 la convention de Bruxelles concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, immédiatement nommée « Bruxelles II », par référence à son illustre aïeule, qu'elle complète. Cette convention n'est jamais entrée en vigueur puisque, après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam permettant à l'Union européenne de prendre des mesures dans le domaine du droit international privé, elle a fait l'objet d'une transformation en Règlement le 29 mai 2000 (Règlement n° 1347/2000 dit « Règlement Bruxelles II » entré en vigueur le 1^{er} mars 2001). Mais ce Règlement n'a pas vécu longtemps. Du fait de son champ d'application trop étiqué, puisque ne comprenant que les problématiques de responsabilité parentale afférentes aux enfants communs au couple en désunion, et ce pendant la seule durée de l'instance en désunion, ce Règlement a été remplacé par le Règlement n°2201/2003 du 27 novembre 2003.

Le nouveau Règlement reprend les règles de compétence de son prédécesseur en matière de désunion, mais étend la partie du texte propre à la responsabilité parentale à tous les enfants, indépendamment d'une quelconque procédure de désunion parentale. D'où son appellation de « Règlement Bruxelles II bis ».

L'étude brève de ce Règlement doit être menée à travers la description de son champ d'application (A), des règles de compétence directe qu'il édicte (B).

A.- Champ d'application du Règlement n°2201 /2003 « Bruxelles II bis »

La détermination de ce champ d'application s'avère déterminante dans la mesure où le Règlement, lorsqu'il s'applique, remplace les règles de DIP existantes en Droit français, c'est-à-dire les règles de compétence issues aussi bien de conventions bilatérales que de ce que l'on

nomme le droit international privé commun. Son champ d'application doit être apprécié à un triple point de vue :

1°) D'un point de vue spatial tout d'abord, le Règlement s'applique dans les 27 Etats membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, soit 26 Etats membres. Il importe ici d'observer que le Règlement ne limite pas son application aux situations intracommunautaires : dès lors qu'un élément d'extranéité touche la demande de désunion ou de responsabilité parentale, le Juge de l'Etat membre devra appliquer le Règlement, sans qu'il ait à distinguer selon que la situation est intracommunautaire ou non. Par exemple, si un juge français est saisi d'une demande en divorce émanant d'un ressortissant chinois domicilié à Paris à l'encontre de son épouse australienne résidant à Marrakech, il devra, pour apprécier sa compétence internationale, faire application du Règlement n°2201/2003 alors même que cette situation n'a à l'évidence rien d'intracommunautaire. En bref, le Règlement s'applique sitôt que la demande entre dans son champ d'application matériel. En revanche, les dispositions propres aux déplacements illicites d'enfants ne s'appliquent qu'aux déplacements intracommunautaires d'enfants, la Convention de La Haye de 1980 s'appliquant aux autres déplacements.

Cependant, il ne faudrait pas croire que ce texte appréhende toutes les situations marquées d'un élément d'extranéité. En effet, le Règlement prévoit un certain nombre de chefs de compétence. Par conséquent, le juge saisi va rechercher si l'un de ces chefs lui permet de se reconnaître compétent. Dans la négative, il va rechercher s'il n'y a pas un autre juge d'un Etat contractant qui soit compétent d'après le Règlement. Ce n'est qu'en cas de nouvelle réponse négative qu'il aura le droit de rechercher s'il peut s'estimer internationalement compétent sur le fondement d'une règle française de DIP soit conventionnelle (par exemple une convention bilatérale), soit de droit commun (règles ordinaires ou règles exorbitantes).

Ainsi, on le voit, le Règlement Bruxelles II bis ne contient pas, à la différence du Règlement Bruxelles I, de critères généraux de compétence géographique. Afin de savoir s'il s'applique spatialement à propos de telle ou telle demande en justice, il convient de rechercher si dans le cas concret l'un des chefs de compétence qu'il prévoit permet de fonder la compétence de la juridiction française ou, dans le cas contraire, celle d'une juridiction d'un autre Etat membre.

Ajoutons pour conclure sur ce point que les règles de compétence sont pour la plupart indifférentes au fait que les parties aient la nationalité d'un Etat membre ou d'un Etat tiers. Le critère de compétence prédominant est celui de la résidence habituelle des parties ou de l'une d'entre elles. Toutefois, la nationalité a ici un petit rôle attributif de compétence : c'est ainsi que deux époux pourront introduire une action en divorce devant le juge de l'Etat dont ils ont tous deux la nationalité, même si aucun des deux n'a sa résidence habituelle dans cet Etat.

Par exemple, deux époux Français pourront porter leur action en divorce en France alors même qu'ils ont leur résidence habituelle à Boston, aux Etats-Unis.

2°) Le champ d'application temporel du Règlement s'étend aux actions formées après le 1^{er} mars 2005, date à laquelle le Règlement n°2201/2003 s'est substitué au Règlement n° 1347/2000, dont la période d'application s'est étendue du 1^{er} mars 2001 au 1^{er} mars 2005. Ainsi les actions engagées avant le 1^{er} mars 2005 restent soumises au Règlement n°1347/2000.

3°) Le champ d'application matériel du Règlement couvre la matière matrimoniale, ainsi que la responsabilité parentale. A l'intérieur de ce champ, le Règlement a une structure double, en ce sens qu'il édicte à la fois des règles de compétence directe que doivent respecter les juridictions des Etats membres lorsqu'elles sont saisies d'une action en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, et des règles gouvernant la reconnaissance et les effets à travers les Etats membres des décisions rendues en ce domaine. Deux notions doivent ainsi être explicitées ici : la notion de « matière matrimoniale », et la notion de « responsabilité parentale ».

a) La notion de matière matrimoniale, négativement, exclut les obligations alimentaires, qui relèvent du Règlement Bruxelles I ou de la Convention du Lugano, et de leurs articles combinés 2 et 5 2°). Le demandeur d'aliments pourra ainsi saisir les juridictions de l'Etat du domicile du défendeur débiteur d'aliments (article 2), ou bien le tribunal de son propre domicile (article 5 2°)), ou bien encore le tribunal saisi de l'action relative à l'état des personnes, comme par exemple le juge du divorce (même article). Si le défendeur est domicilié dans un Etat tiers (ni membre de L'UE, ni membre de l'AELE), la compétence du Juge pour connaître de la créance alimentaire relèvera du DIP commun français).

Autre exclusion de la matière matrimoniale, tous les effets de la désunion, patrimoniaux ou personnels, ce qui place hors du Règlement les questions par exemple de régime matrimonial, ou de nom, ou d'attribution du logement familial.

En réalité, la notion de matière matrimoniale n'englobe que les procédures de désunion matrimoniale, ce qui comprend le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage (art. 1^{er} a)). Le Règlement ne définit pas ce qu'il faut entendre par « mariage », ce qui suscite l'interrogation : faut-il appliquer le Règlement en cas de mariage polygamique, de mariage privé ou religieux, de mariage entre homosexuels ou de partenariat enregistré ? Si la réponse doit sans conteste être positive pour les mariages religieux ou polygamiques, et négative pour les partenariats enregistrés, elle apparaît plus délicate à propos des mariages homosexuels, la doctrine étant sur ce point divisée.

b) La notion de responsabilité parentale n'est comme on le sait plus la même dans le Règlement 2201/2003 que dans le Règlement 1347/2000 : alors que la notion dans ce dernier Règlement ne concernait que la responsabilité parentale à l'égard des enfants communs du couple, et ce durant la procédure de désunion, elle acquiert à présent un contenu beaucoup plus vaste. En effet, la notion de responsabilité parentale ne se limite plus aux enfants communs du couple, et surtout déborde la procédure de séparation d'un couple pour viser toute problématique de responsabilité parentale. Etant précisé que selon l'article 2-7 du Règlement, la responsabilité parentale se définit comme « l'ensemble des droits et obligations conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et le droit de visite ». La notion déborde donc l'autorité parentale, pour s'étendre à tout ce qui touche à la protection de la personne de l'enfant ou de ses biens ». Avant de parler brièvement de la protection de l'enfant et de ses biens, indiquons que toute une série de thèmes sont expressément exclus par l'article 1-3 du Règlement de la catégorie juridique « responsabilité parentale : la filiation, l'adoption, le nom et le prénom de l'enfant, son émancipation, les obligations alimentaires, les trusts et successions, les mesures prises sur l'enfant suite à des infractions pénales. Observons également que la notion d' « enfant » n'est pas définie par le Règlement, ce qui imposera aux juges des Etats membres de rechercher par le biais de la méthode du conflit de lois la loi applicable à l'enfant, c'est-à-dire sa loi nationale, afin de savoir si, au vu de l'âge de la personne, celle-ci doit être considérée comme majeure ou mineure.

Quant aux titulaires de la responsabilité parentale, indique l'article 2-8 du Règlement, il s'agira de toute personne exerçant la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, personne physique ou personne morale, sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur. Ce qui inclut bien sûr les parents ; mais pas seulement, des tiers pouvant parfaitement être titulaires de la responsabilité parentale.

La protection de la personne de l'enfant est visée à l'article 1^{er} du Règlement qui vise toute une série de thèmes couverts par la responsabilité parentale, sachant que la liste fournie n'est pas exhaustive (droit de garde et de visite, tutelle, curatelle, désignation et fonctions de toute personne ou institution chargée de s'occuper de la personne de l'enfant, etc....). Les articles 2-9 et 2-10 définissent quant à eux les termes de « droit de garde » et de « droit de visite » ; notions fort importantes puisque, ainsi que le prévoit l'article 2-11, le déplacement illicite d'un enfant, dont s'occupe également le Règlement, se définit comme le déplacement ou le non-retour ayant lieu en violation d'un droit de garde résultant d'une décision judiciaire, de la loi ou d'un accord en vigueur dans le droit de l'Etat dans lequel l'enfant résidait immédiatement avant son déplacement ou son non-retour.

La protection des biens de l'enfant ne concerne que les mesures de protection liées aux biens de l'enfant (par exemple la désignation et les fonctions de ceux qui peuvent représenter ou assister l'enfant), mais non le régime juridique proprement dit de ces opérations, qui lui relèvera du Règlement Bruxelles I.

4°) **Les relations du Règlement avec d'autres instruments internationaux** méritent d'être évoquées. Pourquoi ? Parce que, du fait de son champ d'application matériel, ce Règlement empiète sur le domaine d'autres instruments, comme la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs, ou la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les déplacements illicites d'enfants. Les articles 59 à 63 du Règlement se préoccupent de ces relations fondées sur un double souci : primauté et articulation.

La primauté du Règlement sur les autres instruments en vigueur dans les Etats membres se voit affirmée par les articles 59 et 60. Ces articles prévoient en effet que le Règlement remplace les accords ayant pu être conclus entre Etats membres sur les sujets qu'il traite. En outre, il prévaut sur les conventions multilatérales conclues avec des Etats tiers sur des sujets visés par le Règlement : Conventions de La Haye de 1961 et 1980 ; Convention du Conseil de l'Europe du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants.

L'article 61 a pour objet les relations du Règlement avec la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Concrètement, le but est ici d'éviter les chevauchements entre les deux textes. C'est ainsi que pour les règles de compétence directe, le Règlement s'appliquera si l'enfant a sa résidence habituelle dans un Etat membre, la Convention de 1996 s'appliquant dans les autres cas. Pour les règles de reconnaissance et d'exécution des décisions, le Règlement s'appliquera à la reconnaissance et à l'exécution dans un Etat membre de décisions provenant d'un autre Etat membre, peu important que l'enfant réside habituellement dans un Etat membre ou dans un Etat tiers partie à la Convention de La Haye de 1996.

L'articulation entre le Règlement et d'autres instruments peut poser problème. Tel sera le cas lorsque le Règlement n'évince que partiellement un instrument international, et laisse subsister son application pour le surplus. Par exemple, la Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs, en vigueur dans la plupart des Etats européens, régit à la fois les conflits de juridictions et la loi applicable. Evincée dans les Etats membres par le Règlement pour ce qui a trait aux conflits de juridictions, cette convention a vocation à déterminer la loi applicable dans l'hypothèse du moins où le mineur a sa résidence habituelle dans un Etat contractant. Or, cette convention repose sur un principe de coïncidence des compétences

juridictionnelles et législatives, l'objectif étant que le juge saisi en tant que juge de la nationalité de l'enfant ou de la résidence habituelle de l'enfant applique sa propre loi. L'application du Règlement risque de perturber cet ordonnancement dès lors qu'elle peut déboucher sur la compétence d'un juge qui ne sera ni le juge national de l'enfant, ni le juge de l'Etat de sa résidence habituelle, par exemple le juge du divorce de la dernière résidence habituelle des époux (application combinée des articles 3-1 a) et 12-1 du Règlement). Le jeu de la Convention de 1961 s'en trouvera alors paralysé, puisque celle-ci suppose que le juge saisi applique sa propre loi qui est celle de la nationalité de l'enfant ou de sa résidence habituelle. Que faire en pareille hypothèse de blocage ? Aucune solution n'a été jusqu'ici proposée. Peut-être devrait-on alors privilégier l'application par le juge de la loi nationale de l'enfant ou de la loi de sa résidence habituelle, ce qui serait la solution la plus proche de celle retenue par la Convention de 1961 ?

B.- Les règles de compétence retenues par le Règlement n°2201/2003

1°).- Les règles de compétence en matière matrimoniale

Il s'agit de règles de compétence générales en ce sens qu'elles donnent de façon globale compétence aux juridictions d'un Etat membre, sans désigner le Tribunal spécialement compétent. Celui-ci sera alors désigné par le droit judiciaire interne du pays concerné. Ces règles de compétence instaurées par le Règlement offrent une pluralité de chefs de compétence alternatifs, non hiérarchisés (a), qui ne laissent aux règles de compétence nationales qu'un rôle résiduel (b).

a) Les chefs de compétence retenus par le Règlement

L'article 3 du Règlement retient **huit chefs de compétence**, parmi lesquels l'un ou l'autre époux peut choisir le juge de l'Etat membre qui lui convient. Ces chefs de compétence retiennent le critère de la résidence habituelle comme critère principal (résidence habituelle des époux, dernière résidence habituelle des époux si l'un s'y trouve encore, résidence habituelle du défendeur ou de l'un des époux en cas de demande conjointe, résidence habituelle du demandeur à certaines conditions). Une place secondaire est attribuée au critère de la nationalité, en cas de nationalité commune des époux, ou en renfort de la résidence habituelle du demandeur, chef de compétence si elle date d'au moins six mois avant la date de la demande et correspond à sa nationalité). Le Règlement ne définit pas ce qu'il faut entendre par « résidence habituelle ». Dans un arrêt du 14 décembre 2005, la Cour de cassation a défini la résidence habituelle comme « le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un

caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts ». Ces règles de compétence ont un caractère exclusif, ce qui interdit aux époux de choisir leur juge d'un commun accord.

Cette multiplicité des chefs de compétence, même si elle procède de la louable intention de promouvoir une compétence de proximité et donc une bonne administration de la justice, n'est pourtant pas sans présenter des risques : le risque de *forum shopping*, ainsi que le risque de voir chacun des époux saisir en toute hâte le juge le plus proche de sa résidence afin de devancer son conjoint. Afin de réduire ce risque, la Commission a le 14 mars 2005 publié un Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, préconisant d'unifier en Europe les règles de conflit de lois en la matière, ce qui aurait pour effet de désarmer les velléités de *forum shopping* en le privant d'intérêt, mais aussi renforcerait la sécurité juridique des plaideurs qui pourraient déterminer à l'avance le droit applicable à la désunion quelle que soit la juridiction saisie. C'est ainsi qu'une proposition de Règlement « Rome III » a été présentée le 17 juillet 2006, porteuse de règles de conflit de lois en matière de désunion matrimoniale.

Ces efforts sont louables, même s'ils ne supprimeront le « course au tribunal », que permet la multiplicité de chefs de compétence de l'article 3 au nom de la commodité procédurale des parties, chacun souhaitant bien évidemment porter l'action chez lui ou au plus près.

Avant de conclure sur ces règles de compétence communautaires, précisons qu'en vertu de l'article 20 du Règlement, les juridictions des Etats membres peuvent prendre des mesures provisoires et conservatoires, alors même qu'elles ne seraient pas compétentes en vertu du Règlement. Cependant, pour que la juridiction d'un Etat membre puisse se prévaloir de cette compétence, encore faut-il que la personne ou le bien qu'il s'agit de protéger soit présent dans cet Etat, et que la mesure sollicitée soit justifiée par l'urgence. Cette compétence au titre du provisoire n'a vocation à durer que tant qu'une autre juridiction d'un autre Etat membre, compétente d'après le Règlement, n'aura pas pris le relais.

b) Le rôle attribué aux règles de droit international privé commun

Les règles de compétence contenues dans l'article 3 du Règlement ont un caractère exclusif, en ce qu'un défendeur qui a sa résidence habituelle dans un Etat membre ou en a la nationalité ne peut être attiré devant les juridictions d'un autre Etat membre qu'en vertu des règles de compétence énoncées par le Règlement, mais non en vertu des Règles de droit international privé de droit commun nationales. Par exemple, un néerlandais domicilié en Suède ne pourra être attiré devant la juridiction française sur le fondement de l'article 14 du Code civil par son épouse de nationalité française.

Plus généralement, les règles de compétence de droit commun des Etats membres n'ont vocation à intervenir que lorsque aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu du Règlement (article 7-1). Et encore faut-il préciser que en un tel cas, si le défendeur est un « défendeur intégré », c'est-à-dire s'il a sa résidence habituelle dans un Etat membre ou est national d'un Etat membre, il ne pourra se voir attrait dans un autre Etat membre sur le fondement de règles de compétence nationales de droit commun. Les règles de droit commun ne devront donc permettre que son assignation devant la juridiction de l'Etat membre où il a sa résidence habituelle ou dont il est ressortissant. En clair les Règles de compétence nationales de droit commun n'interviendront que si d'une part les règles de compétence communautaires ne trouvent pas à s'appliquer, et si d'autre part le défendeur n'est pas intégré (ni résidence habituelle dans un Etat membre, ni nationalité d'un Etat membre), ou s'il s'agit d'assigner le défendeur intégré devant la juridiction de l'Etat membre de sa nationalité ou de sa résidence habituelle. Par exemple, l'épouse espagnole d'un mari de nationalité française parti vivre au Japon pourra l'assigner en divorce devant le Tribunal de grande instance de Paris où elle vient d'emménager avec les enfants mineurs du couple (article 107à du Code procédure civile).

Enfin, il faut préciser qu'en vertu de l'article 7-2 du Règlement, tout ressortissant d'un Etat membre ayant sa résidence habituelle sur le territoire d'un autre Etat membre peut y invoquer comme les nationaux de cet Etat les règles de compétence applicables dans cet Etat contre un défendeur non intégré, c'est-à-dire un défendeur qui n'a ni résidence habituelle dans un Etat membre, ni la nationalité d'un Etat membre. Ainsi, une épouse britannique domiciliée à Paris pourra invoquer l'article 14 à l'encontre de son mari américain domicilié à Washington.

2°) Les règles de compétence en matière de responsabilité parentale

Le Règlement édicte en cette matière un certain nombre de règles de compétence communautaires, qui ont ici également pour effet d'évincer les règles de compétence nationales. Celles-ci, qu'elles soient issues d'une convention internationale ou du droit commun, ne retrouvent application selon l'article 14 que lorsque aucun critère de compétence prévu en cette matière par le Règlement ne se concrétise dans un Etat contractant. Il n'y a pas ici à distinguer entre défendeur intégré ou non intégré. Afin d'exposer ces règles, il convient de distinguer suivant que l'on se trouve dans l'hypothèse où l'enfant n'a pas été déplacé (a) ou dans celle où l'enfant a fait l'objet d'un déplacement (b).

a) L'enfant n'a pas été déplacé

Le Règlement attribue compétence en matière de responsabilité parentale aux juridictions de la résidence habituelle de l'enfant (article 8) : si un enfant réside dans un Etat membre, les

autorités de cet Etat sont d'après le Règlement compétentes pour prendre des mesures concernant la protection de la personne ou des biens de cet enfant, peu important sa nationalité.

Cette compétence de principe se voit concurrencée par plusieurs autres chefs de compétence :

- **Tout d'abord**, le Règlement permet dans son article 12-1, dans un but de concentration du contentieux familial devant un juge unique, de confier la compétence qui revient au juge de la résidence habituelle de l'enfant, au juge de la désunion de l'article 3. Ainsi, le juge du divorce pourra connaître, même s'il n'est pas en même temps le juge de la résidence habituelle de l'enfant, des questions de responsabilité parentale liées à la procédure de divorce. Pour cela trois conditions doivent être remplies : d'une part le fait que la responsabilité parentale soit exercée par au moins l'un des époux, d'autre part l'accord des époux et des titulaires de la responsabilité parentale pour confier ce contentieux au juge du divorce, accord qui devra se manifester au moment de la saisine, mais non auparavant. En troisième lieu, cette prorogation de compétence doit servir l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui ne sera pas le cas si par exemple l'enfant, avant la procédure de divorce, a déjà fait l'objet de mesures dans l'Etat de sa résidence habituelle, dont il est bon que les juridictions conservent alors le contentieux de la responsabilité parentale. Cette prorogation de compétence peut jouer même si la résidence habituelle de l'enfant se trouve dans un Etat tiers (article 12-4).L'intérêt de l'enfant est présumé s'il a sa résidence habituelle dans un Etat tiers non partie à la Convention de La Haye de 1996. Dans le cas où l'enfant a sa résidence habituelle dans un Etat partie à la Convention de 1996, le Règlement laisse cette convention décider de la possibilité de prorogation.

- **Ensuite**, l'article 12-3 du Règlement permet aux juridictions d'un Etat membre autres que celles de la résidence habituelle de l'enfant de connaître du contentieux de la responsabilité parentale propre à cet enfant, dès lors qu'elles entretiennent un lien étroit avec cet enfant, que les parties à la procédure ont accepté cette prorogation qui va dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant. Trois conditions sont là encore exigées :

° L'existence d'un lien étroit entre le juge saisi et l'enfant, comme par exemple le fait que l'un des titulaires de la responsabilité parentale réside habituellement dans l'Etat membre du juge saisi.

° En second lieu, une acceptation de la prorogation de compétence contemporaine de la saisine de la juridiction par toutes les parties à la procédure.

° Enfin, la conformité de cette prorogation de compétence à l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'hypothèse où l'enfant a sa résidence habituelle dans un Etat tiers est traitée comme dans le cas de prorogation au profit du juge de la désunion.

- **Troisième mécanisme de prorogation**, le « renvoi de compétence », prévu à l'article 15 et reposant sur la théorie du *forum non conveniens*, par lequel les autorités en principe compétentes normalement pour connaître de la question de responsabilité parentale ont la faculté de transférer leur compétence à d'autres autorités qu'elles estiment mieux placées pour statuer à l'égard de l'enfant sur la totalité ou une partie seulement de l'affaire, du fait du lien particulier qu'elles entretiennent avec l'enfant. Ce renvoi de compétence peut aussi être opéré à l'initiative des parties ou des juridictions de l'Etat membre qui s'estiment mieux placées du fait de ce lien particulier dont l'article 15 donne une liste d'exemples exhaustive (par exemple si l'enfant est ressortissant de cet Etat membre, ou y a résidé, ou si l'un des titulaires de la responsabilité parentale y a sa résidence habituelle....). Le jeu du renvoi de compétence est subordonné au respect d'un certain nombre de conditions relevant de l'appréciation des juridictions normalement compétentes.

Première condition, l'existence d'un lien particulier entre l'enfant et l'Etat dont les juridictions apparaissent potentiellement mieux placées.

Seconde condition, l'acceptation du renvoi opéré par la juridiction normalement compétente par au moins l'une des parties à l'instance.

Troisième condition, la démonstration par la juridiction normalement compétente de la proximité de l'autre juridiction, et de la conformité de sa compétence avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Juridiction normalement compétente qui surseoirait à statuer tant que le renvoi de compétence n'aura pas été accepté par l'autre juridiction.

- **Enfin, ultime prorogation de compétence**, celle qui permet à la juridiction d'un Etat membre, qui n'est normalement pas compétente pour statuer sur la question de responsabilité parentale, de prendre des mesures conservatoires ou provisoires qui vaudront jusqu'à ce qu'une juridiction d'un Etat membre normalement compétente ait pris les mesures adéquates. Pour que joue cette compétence dérogatoire prévue par l'article 20 du Règlement, deux conditions sont requises :

- d'une part la présence dans l'Etat membre de la juridiction des personnes ou des biens concernés par la mesure ;

- d'autre part une situation d'urgence.

Cette double condition a suscité la critique en ce qu'elle aboutira bien souvent à priver le juge du divorce de la possibilité de prendre des mesures provisoires ou conservatoires concernant

les enfants du couple : il en ira ainsi toutes les fois que l'enfant ou ses biens seront situés dans un autre Etat membre.

b) L'enfant a été déplacé

L'hypothèse qui mérite d'être étudiée ici est celle du déplacement illicite de l'enfant. En effet il se peut que pour des raisons tout à fait licites, la résidence habituelle de l'enfant passe d'un Etat à un autre. Que faire en pareil cas ? Etant précisé qu'aujourd'hui, un enfant peut avoir deux résidences habituelles, par exemple s'il y a garde alternée alors que les deux parents séparés habitent de l'un et l'autre cotés de la frontière, par exemple à Perpignan et à Barcelone.

En présence d'un changement de résidence habituelle, l'article 9 du Règlement prévoit un transfert de compétence au profit des autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant, les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence conservant simplement pendant trois mois après le changement compétence pour modifier le droit de visite qu'elle auraient accordé avant le changement de résidence.

L'hypothèse qui doit ici être observée est celle d'un déplacement illicite, c'est-à-dire un déplacement réalisé en violation d'un droit de garde. En ce domaine existe la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, qui est en vigueur dans tous les Etats membres de l'Union européenne, et règle les problématiques civiles afférentes au déplacement illicite d'un enfant. Le Règlement renvoie aux dispositions de cette convention (Considérant 17 et article 11 du Règlement). Sauf si le déplacement illicite est « intracommunautaire », c'est-à-dire a été réalisé entre deux Etats membres (par exemple enfant confié à la mère qui vit en France, et enlevé par l'autre parent résidant en Allemagne). Dans ce cas, le système mis en place par la Convention de La Haye de 1980 demeure, mais est complété par des règles matérielles destinées à améliorer le dispositif, et figurant à l'article 11 du Règlement. En revanche, si le déplacement concerne un Etat membre et un Etat tiers partie à la Convention de La Haye comme la Turquie, le juge français appliquera les Règles de la Convention de 1980. Et si le déplacement implique un Etat tiers qui n'est pas partie à la Convention de La Haye de 1980, comme par exemple les Etats du Maghreb (Algérie, Maroc, Tunisie), il recherchera l'existence d'une convention bilatérale (comme par exemple avec les trois Etats susdits).

Ces précisions apportées, reste à s'interroger sur les problématiques que suscite le déplacement illicite d'un enfant. Ces problématiques sont au nombre de deux : d'une part, le

contentieux lié à la procédure de retour immédiat de l'enfant déplacé ; d'autre part, le contentieux sur le fond concernant la garde de l'enfant déplacé. Ces deux problématiques doivent être successivement abordées.

- Le contentieux du retour de l'enfant déplacé

Le but est ici de favoriser au mieux la coopération des autorités afin de rendre possible le retour immédiat dans l'Etat d'origine de l'enfant déplacé de façon illicite. L'article 11 du Règlement énonce ainsi un certain nombre de règles qui ont vocation à s'appliquer lorsque le titulaire du droit de garde demande aux autorités d'un Etat membre de prendre une décision de retour d'un enfant qui a été déplacé ou est retenu illicitement dans un Etat membre autre que l'Etat membre dans lequel il avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites (article 11-1). Quelles sont ces règles ?

Sans trop entrer dans le détail, indiquons qu'il y a reprise ici des mécanismes prévus par la **Convention de La Haye du 25 octobre 1980 dans ses articles 8 à 20**, avec cependant quelques modifications dans un souci de plus grande efficacité. Rappelons donc que celle-ci prévoit un système de saisine de l'Autorité centrale d'un Etat contractant par celui qui prétend qu'il y a eu déplacement illicite d'un enfant (article 8). L'Autorité centrale de l'Etat où se trouve l'enfant doit prendre ou faire prendre toute mesure propre à assurer sa remise volontaire (article 10), sachant que les autorités administratives ou judiciaires de cet Etat doivent procéder d'urgence, c'est-à-dire dans un délai de six semaines à partir de sa saisine (article 11). Et si moins d'une année s'est écoulée depuis le déplacement illicite de l'enfant au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité administrative ou judiciaire de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie doit ordonner son retour immédiat (article 12-1). Dans le cas où plus d'une année se serait écoulée, le retour immédiat sera également ordonné, sauf s'il est établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (article 12-2).

Cependant, indique l'article 13, dans toute une série de circonstances, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant. Parmi ces circonstances, retenons celles du risque grave de danger physique ou psychique attaché au retour de l'enfant, de l'opposition manifestée par l'enfant d'un certain âge à son retour, ou bien encore la circonstance que celui qui avait le soin de l'enfant au moment du déplacement ou du non-retour n'exerçait pas effectivement le droit de garde ou avait consenti ou acquiescé à ce déplacement ou à ce non-retour. A quoi il faut ajouter la circonstance, visée par l'article 20, où le retour de l'enfant ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des droits fondamentaux. Enfin, précise l'article 15, avant d'ordonner le retour de l'enfant, les autorités judiciaires ou administratives

de l'Etat requis peuvent demander la production par le demandeur d'une décision ou d'une attestation émanant des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, et constatant que le déplacement ou le non-retour était illicite au sens de la convention.

A ce dispositif de la Convention de La Haye de 1980, l'article 11 du Règlement apporte quelques compléments destinés à favoriser encore le retour de l'enfant déplacé de façon illicite. Ces compléments sont au nombre de cinq :

- En premier lieu, l'article 11-2 pose le principe qu'il y a lieu de veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure, sauf si cela s'avère inapproprié au regard de son âge ou de son degré de maturité.

- En second lieu, ajoute l'article 11-3, la juridiction saisie de la demande de retour doit utiliser les procédures les plus rapides prévues par son droit national, et doit statuer sauf impossibilité dans les six semaines au plus tard après sa saisine.

- En troisième lieu, d'après l'article 11-4, une juridiction ne peut refuser le retour de l'enfant au motif de l'existence d'un risque grave lié à ce retour (article 13 b) de la convention de La Haye), si des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour.

- En quatrième lieu, une juridiction ne peut aux termes de l'article 11-5 refuser le retour de l'enfant si la personne qui a demandé le retour de l'enfant n'a pas eu la possibilité d'être entendue.

- En cinquième et dernier lieu, et là réside sans doute le complément le plus important apporté par le Règlement, nonobstant une décision de non-retour prise par l'autorité de l'Etat requis sur le fondement de l'article 13 de la Convention de La Haye, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant peuvent ordonner le retour de l'enfant, et auront ainsi le dernier mot (article 11-8 du Règlement). Cette suprématie des autorités de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant ne joue cependant pas si le refus d'ordonner le retour de l'enfant par l'autorité de l'Etat requis a été fondé sur l'article 12 de la Convention de la Haye du fait de l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu. Afin de rendre possible cette compétence des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, l'article 11-6 prévoit qu'elles doivent être informées de la décision de non-retour dans un délai d'un mois, ce qui ouvre alors aux parties un délai de trois mois pour présenter leurs observations devant ces autorités. En France, l'article 1210-4 du Code de procédure civile prévoit que cette information doit être communiquée au ministère Public près le Tribunal de grande instance spécialement compétent, qui saisit par requête le JAF.

- **Le contentieux de fond sur la garde de l'enfant**

Le principe est ici le maintien de la compétence des autorités de l'Etat d'origine, c'est-à-dire de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement illicite, pour statuer sur toute question relative à la responsabilité parentale. La seule faculté qu'aient les juridictions de l'Etat où se trouve l'enfant déplacé est de prendre des mesures provisoires qui seraient dictées par l'urgence.

Le but est d'éviter qu'une décision de fond sur la garde rendue dans l'Etat où se trouve l'enfant déplacé de manière illicite ne fasse obstacle à son retour. La Convention de La Haye poursuit également ce but à travers ses articles 16 et 17. L'article 16 interdit ainsi aux autorités de l'Etat où se trouve l'enfant de prendre une décision sur la garde tant que le déplacement est considéré comme illicite. Quant à l'article 17, il déclare qu'en tout état de cause, une décision sur le fond ne peut faire obstacle au retour immédiat.

La décision de fond appartient aux juridictions de l'Etat dans lequel l'enfant résidait habituellement avant son déplacement illicite. Mais, si les juridictions de l'Etat où se trouve l'enfant ont rendu une décision de non-retour, et ont communiqué aux juridictions de l'Etat membre de résidence habituelle la décision, les parties disposent alors d'un délai de trois mois pour présenter leurs observations, faute de quoi les juridictions de l'Etat de résidence habituelle clôtureront l'affaire et laisseront leur compétence partir vers les juridictions de l'Etat membre de la nouvelle résidence habituelle. Par contre, si les parties ont présenté leurs observations dans le délai requis, les juridictions de la résidence habituelle de l'enfant, soit ordonneront le retour de l'enfant, soit, si elles décident de ne pas le faire, rendront une décision sur la garde n'impliquant pas le retour (article 10 b). Elles devront alors organiser le droit de visite du parent demandeur au retour de l'enfant, mais qui n'a pas obtenu satisfaction.

C -. Le régime de la compétence directe

Le système mis en place par le Règlement Bruxelles II vise à permettre la libre circulation des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, et donc à alléger voire supprimer le contrôle de la décision dans l'Etat d'accueil. Un tel système suppose que la juridiction d'origine ayant statué ait réellement vérifié sa compétence, ce qui se traduit par l'existence d'un certain nombre d'obligations à la charge du juge, que l'on peut chiffrer à trois :

1°) **C'est ainsi que** le juge doit en vertu de l'article 18 du Règlement vérifier la recevabilité de l'action lorsque le défendeur, qui réside habituellement dans un autre Etat membre, ne comparait pas. La raison de ce contrôle est d'être sûr que le défendeur a été mis à même de

recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent, en bref qu'il a pu pourvoir utilement à sa défense.

2°) **En outre**, le juge saisi est tenu de vérifier sa compétence, que les parties aient ou non soulevé une exception d'incompétence. L'exception d'incompétence sera ainsi soit soulevée par les parties dans les formes prescrites par le droit international privé commun, soit soulevée d'office par le juge. Dans ce dernier cas, l'article 17 du règlement prescrit au juge de se déclarer d'office incompétent lorsque d'une part aucun des critères de compétence prévus par le Règlement ne lui attribue compétence, et lorsque d'autre part ces critères donnent compétence à la juridiction d'un autre Etat membre. Dans cette hypothèse, le juge ne saurait par conséquent fonder sa compétence en puisant dans ses Règles de droit commun de la compétence internationale. A l'inverse, lorsque l'un de ces critères se concrétise sur son territoire, le juge a l'obligation de fonder sa compétence sur le Règlement, mais non sur l'une de ses règles de compétence nationales.

3°) **En troisième lieu**, le juge, si du moins il a été saisi en second lieu, a l'obligation de surseoir à statuer en cas de litispendance, jusqu'à ce que la juridiction saisie en premier lieu se soit reconnue compétente, auquel cas le juge saisi en second se dessaisira (article 19 du Règlement).Le but est d'éviter l'existence de décisions inconciliables, qui constitue un des rares motifs de refus de reconnaissance ou d'exequatur des décisions en provenance d'autres Etats membres. Or, le risque de décisions inconciliables en l'absence de l'exception de litispendance serait grand, du fait de la multiplicité des chefs de compétence retenus par le Règlement, qui pourraient inciter chacun des époux à porter l'action devant « sa juridiction ».

Plusieurs conditions sont requises pour qu'il y ait litispendance obligeant le juge à surseoir à statuer :

Des conditions relatives aux demandes (demandes entrant toutes deux dans le champ d'application matériel du Règlement entre les mêmes parties en matière matrimoniale ; demandes toutes deux relatives à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, ayant le même objet et la même cause).

Des conditions relatives aux juridictions saisies, qui doivent tous deux être des juridictions d'Etats membres différents. En effet, si la juridiction saisie en premier lieu est celle d'un Etat tiers, la question de savoir si le juge d'un Etat membre doit ou peut accueillir l'exception de litispendance relève de son droit international privé commun.

Titre II : la détermination du droit applicable

Une fois que la juridiction s'est reconnue internationalement compétente, se posera alors la question des règles de droit qu'il va falloir appliquer afin de résoudre la problématique soumise au juge.

Comment faire pour identifier ces règles de droit ?

1. Une première méthode pourrait être pour le juge d'appliquer les **règles matérielles substantielles de son droit interne, en occultant le caractère international du litige. Une telle façon de procéder ne peut être admise sous peine de nier toute spécificité aux rapports de droit affectés d'un élément d'extranéité.**
2. Une autre méthode serait concevable : appliquer des **règles matérielles substantielles spécialement forgées pour les rapports de droit internationaux, c'est-à-dire des règles matérielles substantielles de droit international privé que le juge appliquerait directement lorsqu'il est saisi d'un litige international** : par exemple sur le divorce international, sur les successions internationales, sur le contrat de vente internationale, sur la responsabilité extracontractuelle internationale, etc....
 - Malheureusement, si elles existent, ces règles sont peu nombreuses, et ne concernent que le domaine du droit des affaires, et encore de façon très parcellaire. **Il est donc extrêmement rare qu'un juge puisse traiter un litige international en lui appliquant directement des règles matérielles de droit international privé.**
 - Force est alors de se replier sur les règles qui existent, c'est-à-dire, les règles matérielles substantielles de droit interne. **Oui mais lesquelles ? Le propre d'un rapport juridique international étant de concerner a priori plusieurs Etats, il importe de déterminer lequel d'entre eux va fournir les règles matérielles de droit interne devant s'appliquer au rapport international soumis au juge. Il faut donc opérer un choix, une sélection. Tel est l'objet de la méthode des règles de conflit de lois dans l'espace qui, précisément vont avoir pour mission de désigner l'ordre juridique étatique compétent pour gouverner le rapport de droit.**

3. **La méthode de conflits de lois dans l'espace** : c'est donc la méthode principale qui aujourd'hui encore est utilisée pour traiter les rapports juridiques internationaux. Concrètement, cette méthode consiste à sélectionner parmi les ordres juridiques nationaux en concours celui qui paraît le mieux placé pour fournir les règles de droit matérielles devant être appliquées par le juge au rapport de droit considéré. La méthode suppose ainsi un raisonnement en trois temps :

- le juge va qualifier le rapport de droit qui lui est soumis, c'est-à-dire rechercher sa nature profonde afin de lui appliquer la règle de conflit de lois qui lui correspond ;
- puis le juge va faire jouer cette règle de conflit de lois dans l'espace et va ainsi identifier l'ordre juridique compétent pour résoudre la problématique dont il est saisi ;
- enfin, le juge va devoir rechercher à l'intérieur de cet ordre juridique compétent (que l'on appelle « lex causae ») les règles matérielles substantielles pertinentes, et en faire application au cas d'espèce considéré.

Cette méthode a fait l'objet de beaucoup de critiques :

- Certains disent qu'elle est trop compliquée, par la longueur du processus qu'elle suppose, et par le fait qu'in fine, le juge sera amené à rechercher puis appliquer des règles de droit étranger, ce qui n'est pas une tâche aisée ;
- Avec cette méthode, ajoute-t-on, on finit par utiliser des règles matérielles substantielles de droit interne, qui ne sont peut-être pas toujours adaptées aux litiges internationaux.
- Le problème, enfin, est que les Etats n'ont pas les mêmes règles de conflits de lois, ce qui fait que le droit applicable à un seul et même rapport de droit risque de varier au gré de la juridiction qui aura été saisie.

■ Chapitre I : La méthode du conflit de lois

■ Section I : L'émergence de la méthode (période antérieure à Savigny)

La détermination de la loi applicable à un rapport de droit international peut se réaliser selon une première approche : prendre pour point de départ du raisonnement la règle matérielle de droit interne afin d'en délimiter le champ d'application dans l'espace, et en déduire quelles situations internationales seront soumises à cette règle.

Donc **ici le point de départ c'est la règle de droit**. Cette méthode a été mise en œuvre pour la première fois à partir du XIII^e siècle en Italie, à l'époque où l'Italie n'était pas unifiée et où chaque grande ville avait ses propres règles de droit, ses « statuts ». Dès le XI^e siècle en Italie, les différentes villes indépendantes se sont en effet dotées de codes municipaux, c'est-à-dire de recueils de statuts dérogeant au droit privé issu du droit romain. Mais la diversité des statuts engendrait des conflits de statuts à mesure que se développaient les relations entre les villes.

Par exemple, quel statut fallait-il appliquer lorsque par exemple un habitant de Bologne venait conclure un contrat à Florence, ou bien commettait un délit à Milan ? Du fait de point de départ du raisonnement mis en œuvre par cette méthode, on l'a appelée « **méthode italienne des statuts** ».

Pour y répondre, l'école des glossateurs (dans leur travail d'interprétation des textes) a indiqué que pour résoudre ces conflits de statuts, il fallait partir des statuts pour fixer leur emprise dans l'espace.

C'est ainsi que progressivement, les statuts ont été **classés par catégories** en fonction de **l'empire spatial** qui devait leur être reconnu compte tenu de leur teneur et de leurs objectifs.

- ▶ Exemple : on a constaté que les statuts relatifs à la personne, c'est-à-dire tout ce qui concerne la capacité, le pouvoir etc. devaient de par la matière qu'ils régissaient suivre la personne en ses déplacements et s'appliquer à elle où qu'elle se trouve. Il eût en effet été gênant qu'au gré de ses déplacements, cette personne voit sa capacité obéir à des règles différentes. Ainsi naissait l'« extraterritorialité » des statuts. A l'opposé, il fut très tôt admis que les statuts gouvernant les biens devaient du fait de leurs objectifs avoir une portée territoriale et s'appliquer à tous les biens situés dans le ressort de la ville, quelle que soit la nationalité de leur propriétaire.

Cette démarche « statutiste » a été reprise et approfondie en France aux XVIe et XVIIe siècles par deux juristes, Dumoulin et D'Argentré.

Dumoulin a voulu reprendre les acquis de l'école italienne en préconisant un certain nombre de règles d'application spatiale des coutumes, la France étant à l'époque divisée en Provinces dotées chacune de coutumes. Il se voulait universaliste, c'est-à-dire croyait que le Règlement des conflits de lois devait être le même partout. Sa célébrité vient sans doute de la nouvelle catégorie de statut qu'il a distinguée :

- **Les statuts fondés sur la volonté des parties, c'est-à-dire les statuts gouvernant la matière des régimes matrimoniaux et des contrats, dont l'application internationale doit être le fruit de la volonté des parties : l'autonomie de la volonté était née !**

A l'opposé, Bertrand D'Argentré, partisan de l'autonomie de sa région la Bretagne a construit un système particulariste, c'est-à-dire entièrement conçu en contemplation du contexte de sa région et à des fins politiques : faire en sorte que la coutume de Bretagne s'applique le plus largement possible au détriment du droit français. Ainsi a-t-il privilégié le territorialisme de façon à ce que les personnes, quelle que soit leur origine, et les biens présents en Bretagne relèvent de la coutume bretonne. La coutume bretonne devenait territoriale voire extraterritoriale, afin de suivre les Bretons lorsqu'ils se déplaçaient !. Ses idées ont pénétré la province hollandaise, en quête elle aussi d'indépendance, et ont par l'intermédiaire de la famille d'Orange gagné le Royaume-Uni puis donc les Etats-Unis. Aujourd'hui encore, le DIP anglais et américain a une forte connotation statutiste. Peu se souviennent que cette approche statutiste provient des idées d'un juriste breton !

La doctrine statutiste a aussi influencé le Code civil, comme le montre la rédaction son article 3, dont le point de départ on le perçoit immédiatement est la règle de droit dont il s'agit de fixer l'empire spatial :

- **Article 3 alinéa 1^{er}** : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

- **Alinéa 2** : « *les immeubles mêmes ceux possédés par les étrangers sont soumis à la loi française* ».
- **Alinéa 3** : « *les lois concernant l'État et la capacité des personnes régissent les Français mêmes résidant en pays étranger* ».

Mais toute cette approche fut remise en cause par **Friedrich Karl Von Savigny** (1779 -1861), grand juriste allemand romaniste.

Jusqu'à Savigny, le conflit de lois se concevait comme un conflit de souverainetés, ce qui explique le succès de la doctrine statutiste, qui respecte la souveraineté, la loi du souverain devant se voir reconnaître le domaine d'application que ses objectifs postulent. Ceci parce que la soumission des personnes aux lois comme d'ailleurs la soumission des personnes aux juridictions d'une autorité politique étaient conçues comme des manifestations du pouvoir de cette autorité.

D'où la démarche statutiste, désireuse de réserver à chaque loi, la sphère d'application qu'elle revendique ; d'où l'absence d'équivalence entre la loi du for et la loi étrangère, la loi du for ayant la primeur sur la loi étrangère expression d'une souveraineté étrangère.

Avec Savigny, la perspective change radicalement.

Savigny n'envisage pas la règle de droit comme l'expression d'une souveraineté. Différemment, il perçoit le droit comme l'instrument de la coexistence des volontés individuelles. Pour lui le droit a une mission :

- Fixer autour de chaque individu des sphères de liberté externes, égales pour tous, où peut s'épanouir librement chaque volonté individuelle sans léser l'égale liberté d'autrui

Avec un tel postulat, la loi étrangère peut être regardée comme l'équivalent de la loi du for puisque la mission de l'une et de l'autre est la même : coordonner les intérêts privés.

De plus Savigny, romaniste de formation croyait en l'existence d'une communauté de droit entre les différents peuples des nations issues de l'influence du christianisme et du droit romain.

D'où là encore la volonté et la possibilité de traiter la **loi étrangère comme l'égale de la loi du for, et de renverser la démarche statutaire fondée sur l'idée de souveraineté et de préséance de la loi du for.**

Aussi bien, sur la base de ces prémisses, Savigny va proposer une nouvelle approche : le point de départ ne devra plus être la règle de droit mais le rapport de droit pour lequel il faut trouver la loi qui lui convient le mieux.

Dans ce but, **il faut s'attacher à la nature de chaque rapport de droit.** Et en fonction de cette nature, **déterminer le lieu où se localise le rapport de droit.** Le droit applicable sera donc celui qui est en vigueur au lieu où le rapport de droit se localise ; là où se situe le siège du rapport de droit. En un mot, **le droit applicable sera celui du pays où le rapport de droit à son siège.**

La méthode sera donc analytique, fondée sur la nature de chaque catégorie de rapports de droit, dont il faudra pour chacune déterminer le lieu où par ses éléments, elle se localise.

Mais, également, la méthode sera universaliste, l'approche devant conduire à des résultats similaires dans tous les Etats de la famille romaniste.

C'est cette méthode qui l'a emporté. Les règles de conflit de lois dans l'espace qui composent le DIP de la plupart des Etats, en tous cas européens, se présentent en effet comme de type « savignien ». Cependant, ce constat ne saurait masquer que, postérieurement à Savigny, quelques auteurs ont continué à prôner des méthodes plus statutistes, et qu'aujourd'hui encore certaines solutions demeurent marquées par la doctrine statutiste : un exemple flagrant en est fourni par le phénomène des lois de police ou lois d'application immédiate (voir infra).

Section II : Caractérisation de la méthode des règles de conflits de lois bilatérales

Le DIP français, comme la plupart des DIP, a recours pour déterminer le droit applicable au rapport de droit à la méthode des règles de conflit de lois bilatérales. Il a donc recours à la technique des règles de conflit de lois (§ 1), bilatérales (§ 2).

Paragraphe I : Le recours à des règles de conflits de lois

Quand le juriste est confronté à la problématique du droit applicable à un rapport de droit international, il va utiliser des règles de droit d'un type particulier : **les règles de conflit de lois dans l'espace (A). Tous les Etats ne procèdent pas ainsi (B).**

A. Les règles de conflits de lois

Une règle de conflits de lois dans l'espace est une règle de droit qui se compose comme toute règle de droit de 2 éléments :

- L'hypothèse où le présumé
- L'élément normatif

Dans la règle le conflit de lois on retrouve les mêmes éléments, mais portant un autre nom :

- **La catégorie de rattachement : c'est-à-dire la catégorie de rapports de droit à laquelle s'applique la règle de conflit de lois considérée : par exemple la catégorie formation du mariage, ou bien la catégorie conditions de forme du testament, etc.... Chaque règle de conflit de lois dans l'espace a vocation à s'appliquer à une catégorie de rapports de droit.**
- **Le critère de rattachement**, qui est associé à la catégorie de rattachement, et qui représente l'élément normatif de la règle de conflit de lois dans l'espace. En effet, la règle de conflit de lois, comme toute règle de conflit, n'édicte pas de droits et d'obligations. Elle se contente d'opérer un rattachement, ici dans l'espace, du rapport de droit considéré à un ordre juridique, sans préjuger du contenu substantiel qui lui sera ensuite donné par le juge.

1) Le recours à la technique de rattachement

Le but de la règle de conflit de lois est de **désigner l'ordre juridique qui a compétence** pour régir le rapport de droit international dont il est question.

Afin de parvenir à cette désignation, la méthode telle que défini par Savigny consiste :

- A **rechercher l'ordre juridique au sein duquel se localise le rapport de droit international.**
- Et pour opérer cette localisation, la méthode consiste à rechercher quelle est pour chaque type de rapports de droit, **l'élément de ce type de rapport** qui le caractérise le mieux, ce que l'on nomme « **l'élément de rattachement** ».
- Ensuite, **une fois isolé l'élément** de rattachement qui caractérise le mieux le type de rapport de droit, on va **attribuer à cet élément un critère** qui permet de **localiser** et donc de le **rattacher à un ordre juridique étatique**. Ce que l'on nomme « **le critère de rattachement** ».

Comment mettre en évidence cet élément de rattachement et ce critère de rattachement ?

a) La mise en évidence de l'élément de rattachement

Comment faire pour identifier à propos d'un rapport de droit déterminé l'élément de rattachement c'est-à-dire l'élément qui caractérise le mieux ce rapport de droit ?

- Pour le savoir, il faut se souvenir que tout rapport de droit se caractérise par la réunion de plusieurs éléments :
- Tout rapport de droit est issu d'une ou plusieurs **sources**
- Tout rapport de droit a un ou plusieurs **sujets (actifs et passifs)**
- Tout rapport de droit à un ou plusieurs **objets**

Selon le type de rapport de droit, tel ou tel élément de rattachement sera prédominant : par exemple, s'il s'agit de rapports de droit intéressant l'état et la capacité des personnes, on comprend aisément que l'élément prédominant du rapport de droit est la personne sujet de ce rapport de droit ; s'il s'agit d'un rapport de droit intéressant le Droit des biens, l'élément prédominant est sans conteste l'objet de ce rapport de droit, c'est-à-dire le bien. S'il s'agit d'un rapport de droit relatif à la responsabilité civile, la source de ce rapport apparaît comme l'élément central, puisque c'est elle qui définira si la responsabilité est contractuelle ou extracontractuelle.

b) A cet élément de rattachement, est associé un critère de rattachement

C'est ce critère qui permet de localiser l'élément de rattachement dans l'espace, et de le rattacher à un ordre juridique. Comment faire pour identifier le meilleur critère de rattachement ?

Il suffit de se pencher sur chaque élément de rattachement et de rechercher comment le localiser : la réponse viendra souvent d'elle-même, sans hésitations comme par exemple pour l'objet du rapport de droit, qu'il faudra bien entendu localiser à son lieu de situation. De même pour la source du rapport de droit, qui sera localisée au lieu où elle s'est manifestée. Il est vrai que parfois l'hésitation sera permise : ainsi concernant les personnes, est-il possible de les « localiser » soit par leur lieu de domicile ou de résidence, soit par leur nationalité.

Effectivement, les Etats se partagent entre partisans de la nationalité et partisans du domicile ou de la résidence.

L'association du critère de rattachement à l'élément de rattachement va donc fournir l'élément normatif de la règle de conflit de lois : par exemple la loi nationale de la personne en matière d'état et de capacité des personnes.

2) Le recours à des catégories de rattachement

Pour chaque type de rapports de droit, il existe une règle de conflit de lois dans l'espace édictant un critère de rattachement. Le type de rapports de droit représente la catégorie de rattachement à laquelle va être associé comme il vient d'être vu un critère de rattachement.

Par exemple, la règle de conflit de lois en matière de forme du mariage donne compétence à la « *lex loci celebrationis* ». La catégorie de rattachement est la matière des conditions de forme du mariage, tandis que le critère de rattachement est le lieu de célébration du mariage.

Il existe ainsi en DIP français, toute une série de règles de conflits de loi en fonction des matières concernées.

- ▶ Exemple : dans le domaine du droit de la famille, il existe une règle de conflits de lois en matière de mariage, une autre en matière de filiation etc.

Plus encore, à l'intérieur d'une seule et même institution, plusieurs règles de conflits peuvent coexister.

Exemple : en matière de mariage, il y a les **règles de conflit de lois** propres aux conditions de **formation du mariage**, et il y en a une autre propre **aux effets** du mariage ; et même au sein des conditions de formation du mariage, il y a une règle de conflit lois propre aux **conditions de fond** et une autre propre aux **conditions de forme du mariage**.

Donc du fait de cette pluralité de règles de conflits de lois, le juriste ne doit pas se tromper quand il sélectionne une règle de conflits de lois. Il doit être conscient que chaque règle de conflits de lois a vocation à appréhender une certaine catégorie de rapports de droit, qui forme sa catégorie de rattachement (à laquelle sera associé un critère de rattachement).

- ➡ La règle de conflit de lois possède une structure identique à la structure de toute règle de droit, puisque d'un côté on trouve une **hypothèse** ou un **présupposé** (la **catégorie de rattachement**) et de l'autre, **l'élément normatif** (le **critère de rattachement**).

Ce qu'il faut comprendre également, c'est que catégories et critères de rattachement interagissent l'un sur l'autre. Il est certain que le critère de rattachement est conçu en fonction des besoins, des intérêts de la catégorie de rattachement :

Exemple : en matière de **statut personnel**, il est clair que le **critère de rattachement** doit offrir à l'individu une continuité dans sa capacité, dans son état ; à cet égard, le meilleur critère est donc celui de **la nationalité**.

B. Le recours à des règles : le rejet des méthodes anglo-américaines

Le DIP français comme d'ailleurs le DIP de nombreux pays édicte toute une série de règles de conflits de lois, qui vont entrer obligatoirement en application dès lors que le rapport de droit vient s'insérer dans leur catégorie de rattachement.

Une méthode différente a été retenue dans d'autre pays comme le Royaume-Uni et les États-Unis. Une méthode beaucoup plus empirique, fondée sur l'analyse du cas par cas car, et portant le nom de méthode de la « *proper law* ». Pourquoi cette méthode ? Parce que dans ces pays, on estime que la méthode des règles de conflits de lois est inappropriée car elle trop abrupte et pas suffisamment subtile, ce qui peut la conduire à des solutions tout-à-fait inadaptées.

Exemple : voilà deux familles françaises venant de Marseille qui visitent la Dominique chacune dans sa voiture respective. Une voiture percute l'autre. Cela va engendrer une action en justice d'une famille contre l'autre. Si l'action est portée devant le juge français, il va devoir qualifier la problématique et déterminer le droit applicable : ce qui va le mener à la compétence de la loi dominiquaise, puisque en matière de responsabilité extracontractuelle, compétence est donnée à la *lex loci delicti*, c'est-à-dire à la loi du lieu de survenance du délit. Cette conclusion peut être critiquée, dès lors que la loi française, loi nationale des victimes, loi de leur domicile, loi de l'assurance paraît avoir plus de titres à s'appliquer que la loi dominiquaise qui, une fois les victimes rentrées chez elle, ne paraît guère avoir de raisons de s'appliquer.

C'est pourquoi les Américains réfutent la règle de conflit de lois pour privilégier une autre méthode : la méthode de la recherche dans chaque cas de la loi appropriée, ou méthode de la « *proper law* ».

De quoi s'agit-il ?

➤ Quand le juge est confronté à un litige international, il va en fonction des circonstances concrètes de l'espèce rechercher la loi qui apparaît la plus appropriée. Précisément, il va passer en revue tous les éléments de ce rapport de droit, c'est-à-dire tous les points de contact qu'entretient ce rapport de droit avec différents ordres juridiques, pour en déduire la loi qu'il lui paraît préférable d'adopter.

Il s'agit d'une méthode au cas par cas : c'est la **théorie de la *proper law*** ; théorie utilisée en matière de responsabilité délictuelle dans **l'arrêt Babcock c/Jackson rendu par la Cour suprême de New York en 1963**. Cette dernière, à propos d'un accident de circulation survenu dans l'Etat d'Illinois et qui impliquait un véhicule où se trouvaient deux personnes domiciliées à New York, a retenu la méthode de la *proper law* c'est-à-dire la **méthode du groupement des points de contact**. Elle a décortiqué le rapport de droit considéré, et recherché **avec quel Etat américain ce rapport de droit entretenait les points de contact les plus étroits. Ce qui l'a conduite à la loi new-yorkaise, loi de résidence des victimes, et au surplus loi d'immatriculation des véhicules ainsi que loi de la compagnie d'assurances.**

Cette méthode est critiquable, notamment parce que du fait de son caractère empirique, il faudra, pour connaître le Droit applicable, attendre que le juge ait statué.

Elle a les défauts de ses qualités, c'est-à-dire qu'on ne sait pas d'avance quel Droit sera applicable, ce qui risque en outre de déboucher sur des décisions arbitraires du juge, qui entre

autres défauts, aura naturellement tendance à privilégier l'application du droit du for, c'est-à-dire son propre droit.

Mais cette méthode n'a pas prospéré, même aux États-Unis, où les Américains ont fini par codifier leur DIP en élaborant des règles de conflits de lois.

Cependant, les Européens n'ont pas été sourds aux critiques américaines. Il s'en est suivi un affinement des catégories de rattachement, afin d'y faire correspondre des critères de rattachement mieux adaptés, ce qui s'est traduit par une augmentation du nombre des règles de conflits de lois au fil des années.

- Ainsi, pour ne prendre que la matière de la responsabilité extra contractuelle, qui avait cristallisé les critiques américaines, plusieurs règles de conflit spécifiques sont venues compléter le rattachement de principe à la loi du lieu de survenance du délit.
- ▶ La **convention de la Haye du 4 mai 1971** sur la **loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière**, en vigueur en France, a ainsi créé de nouveaux rattachements en ce domaine, dérogeant à la compétence de principe de la *lex loci delicti*. En particulier, quand l'accident implique des véhicules immatriculés dans le même état, la *lex loci delicti* cède le pas à la loi du pays du lieu d'immatriculation des véhicules.

➤ Paragraphe II : Le recours à des règles de conflits de lois bilatérales

La règle de conflit de lois est dite **bilatérale**, en ce que le **critère de rattachement** qu'elle comporte **vaut de manière générale** et permet de désigner aussi bien la loi française qu'une loi étrangère.

- ▶ **Exemple** : les conditions de fond du mariage sont régies par la loi nationale de chacun des époux. C'est ce que l'on appelle une règle de conflit de lois « distributive ». Or, si se pose devant un juge français un litige intéressant les conditions de fond d'un mariage unissant un Français à une Indienne, la loi applicable sera la loi française si le problème de fond affecte l'époux Français (par exemple parce qu'il n'était pas majeur au moment de la célébration du mariage), ou sera la loi indienne si le problème de fond concerne l'épouse indienne. Ainsi, la règle de conflit de lois peut selon la question posée mener aussi bien à la loi française qu'à une loi étrangère.

Il est donc acquis que du fait du caractère bilatéral de la règle de conflit, un juge français peut fort bien résoudre le litige qui lui est soumis par application d'un droit étranger.

Or, un certain nombre d'auteurs n'ont pas voulu de cette conséquence. Certains d'entre eux, appelés les unilatéralistes, comme Niboyet, n'ont pas accepté qu'une règle de conflit française puisse décider à l'aide de critères français de l'application ou non d'un droit étranger. Ils y ont vu une atteinte à la souveraineté étrangère, et ont prôné l'application **de règles de conflit « unilatérales »**.

Qu'est-ce qu'une règle de conflit unilatérale ?

- Une règle de conflit de lois dans l'espace est **unilatérale** lorsqu'elle **se borne à déterminer le champ d'application dans l'espace** de la loi de l'ordre juridique auquel appartient cette règle de conflit.

- Autrement dit, une règle de conflit de lois unilatérale française ne peut déterminer que le champ d'application dans l'espace de la loi française.

Que se passe-t-il si la loi française ne veut pas s'appliquer ?

- On va interroger les lois étrangères *a priori* concernées par le rapport de droit, pour savoir si elles veulent ou non s'appliquer. Mais il ne saurait être question de désigner d'autorité la loi étrangère applicable à nos yeux.

En France cette méthode a été promue par un grand auteur : J. Paulin Niboyet. Il voyait dans le conflit de lois un conflit de souverainetés, imposant que seul le souverain étranger décide de l'application ou de la non application de ses lois.

Un autre auteur italien Quadri a justifié l'unilatéralisme par une argumentation plus rationnelle, plus scientifique. Pour lui en effet, le but du DIP est d'assurer la continuité de la vie juridique des particuliers, et pour y parvenir, de respecter le lien qui existe entre le commandement que formule la loi et la détermination des destinataires de ce commandement.

Or pour y parvenir, il faut respecter le lien qui existe entre le commandement que formulent la loi et la détermination des destinataires de ce commandement.

Donc selon Quadri, il y a un lien entre le contenu de la loi et son champ d'application spatial, ce qui rappelle beaucoup la démarche statutiste.

Cependant la méthode unilatérale n'a pas prospéré. En France 99 % des règles de conflits de lois sont bilatérales. Sauf en matière de divorce, où la règle de conflit de lois est unilatérale :

- **Article 309 du Code civil** : « le divorce la séparation de corps sont régies par la loi française :
- Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française
 - Lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français
 - Lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps »

La méthode unilatéraliste encourt un 1^{er} reproche : celui de permettre une application très large, trop large de la loi locale. En effet l'unilatéralisme est une méthode qui sert à élargir indûment le champ d'application de la loi locale. L'article 309 du Code civil en est une illustration flagrante, et il y en a d'autres.

Mais surtout la méthode unilatéraliste peut s'avérer impraticable. En effet si la loi du for ne veut pas s'appliquer, la méthode unilatéraliste commande au juge saisi d'interroger les lois étrangères susceptibles de s'appliquer afin de donner compétence à celle qui veut s'appliquer au litige considéré.

Mais que faire si plusieurs lois étrangères revendiquent leur application ?

En pareil cas, la méthode unilatéraliste avoue son impuissance, puisque face à cette difficulté elle propose de retenir la loi étrangère la plus effective c'est-à-dire la loi étrangère qui a le plus de titres à s'appliquer. Ce qui ramène à l'application d'un droit étranger et à l'élimination d'un autre à l'aide des critères français : il y a retour à ce que les unilatéralistes se proposaient d'éliminer !

C'est donc une méthode qui est insatisfaisante, ce qui explique qu'elle n'ait pas prospéré. Au demeurant, plusieurs règles de conflits unilatérales ont été bilatéralisées. L'exemple du statut personnel est à cet égard frappant : de l'article 3 du Code civil, qui déclare que les lois françaises concernant l'état et la capacité régissent les Français, même résidant en pays étranger, ce qui constitue une approche unilatéraliste, la jurisprudence a le 13 juin 1814 dans son arrêt Busqueta posé en règle que l'état et la capacité des personnes relèvent de leur loi nationale, ce qui constitue une règle de conflits de lois unilatérale.

➤ Paragraphe III : Le recours à des règles de conflits de loi dite neutres

Il est souvent affirmé que la règle de conflit de loi est « neutre ». Cela signifie **qu'elle n'entend pas privilégier l'une des solutions matérielles possibles du litige.**

En effet, quand une règle de conflit de lois donne compétence au Droit d'un État, c'est parce que le rapport de droit considéré est réputé se localiser dans cet État, non parce que le Droit de cet Etat renferme des règles de tel ou tel contenu .

Par conséquent ce n'est pas la teneur matérielle de ce Droit étatique qui dicte sa compétence. La preuve en est d'ailleurs que quand la règle de conflit de lois va jouer, quand elle va désigner le droit applicable, la teneur matérielle de ce Droit ne sera par hypothèse pas encore identifiée.

- ▶ Exemple : un touriste français fait une chute dans l'escalier d'un l'hôtel de Venise où il était client ; il veut agir en France en responsabilité contre cet hôtel.

Quel Droit va appliquer le juge français ?

On va donner compétence au Droit italien (*en tant que lex contractus*) sans connaître le contenu de ses règles en matière de responsabilité contractuelle.

Mais certains auteurs, outre atlantique, ont critiqué cela et ont déclaré à propos de la méthode du conflit de lois qu'il s'agirait d'une « *blind eyes justice* ». (« *Justice Les Yeux Fermés* »), car indifférente au contenu matériel du Droit dans le processus de désignation.. **Méthode qui présenterait ainsi le grave inconvénient de donner compétence à un Droit dont le contenu matériel ne sera pas du tout adapté à la solution du litige.**

Aussi bien certains auteurs américains ont ils proposé une méthode qui, dans le choix de la loi applicable, ferait intervenir des considérations de choix matériel. Avec cette méthode, on donnerait compétence à une loi parce que son contenu matériel serait jugé bon.

- Un célèbre professeur de droit américain, David Cavers a ainsi proposé dans les années trente une nouvelle méthode : la « *result selective method* » : « **la méthode en fonction du résultat** ».

Il a été fait justice de ces critiques, notamment par un grand professeur allemand , Gerhard Kegel. Dans son cours à l'Académie de Droit International de La Haye en 1965, intitulé « *The Crisis of conflict of Laws* », il a exposé tous les reproches adressés à la méthode des conflits de lois et les a combattus l'un après l'autre.

Il a démontré avec succès que la neutralité de la règle de conflits de lois ne doit pas faire croire à l'image d'une méthode d'application mécanique, désincarnée, dépourvue de toute considération de justice.

Propos repris par le Professeur Bernard Audit dans son Cours professé à La Haye en 1986, intitulé : « *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois* ». De ces deux démonstrations, il résulte que si la méthode du conflit de lois est une méthode de désignation où n'interfèrent pas *a priori* des considérations substantielles (ou matérielles), il est faux d'affirmer (comme les Américains), que cette désignation opère de manière mécanique et aveugle.

Au contraire, lors de l'élaboration de la règle de conflits de lois, un certain nombre d'intérêts sont promus afin de faire régner la justice. Certes il ne s'agit pas de la justice matérielle mais de la justice de droit international, c'est-à-dire une justice propre au traitement des litiges internationaux, ce qui n'est pas négligeable. **Par exemple, comment nier que donner compétence en matière d'action réelle immobilière à la *lex rei sitae* (loi du lieu de situation de l'immeuble) sert les intérêts non seulement de l'Etat (puisque l'immeuble est une portion de son territoire), mais aussi des tiers, qui doivent pouvoir connaître aisément les droits constitués sur l'immeuble ?** Chaque règle de conflit de lois trouve ainsi à se nourrir d'un élément rationnel, attaché à la promotion de certains intérêts : intérêts des parties, intérêts des tiers, intérêts de l'Etat, etc....

Plus encore, il existe même des règles de conflits de lois qui par dérogation à la méthode habituellement suivie, ont pour objectif de promouvoir un résultat matériel :

- ▶ Exemple : **article 311-14** du Code civil : « *la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant* » (ici c'est une règle le conflit de lois classique, bilatérale, qui ne privilégie aucun résultat substantiel).
- ▶ **Article 311-17** du Code civil : « *la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant* ».
- C'est une règle de conflits de lois à coloration matérielle, ou en d'autres termes à caractère substantiel : ici ce qui est recherché, c'est la validité de la reconnaissance, que l'on favorise en la consacrant si elle est admise par une des deux lois retenues (ce que l'on appelle une règle de conflit alternative)

■ Chapitre II : la mise en œuvre de la règle de conflits de lois

La règle de conflit de lois, avons-nous vu, se compose d'une part d'une catégorie de rattachement, d'autre part, d'un critère de rattachement. Lors de la mise en oeuvre de la règle de conflit, des facteurs de complication peuvent affecter l'un et l'autre éléments.

Section I : Mise en œuvre et catégorie de rattachement

➤ Paragraphe I : Les conflits de qualifications

A. La problématique

- L'opération de qualification juridique consiste à rattacher la prétention à une catégorie juridique déterminée. Nécessaire à tout raisonnement juridique, elle est également incontournable dans le jeu de la règle de conflit de lois : elle va en effet permettre de

classer la prétention émise dans une des catégories de rattachement, et donc de choisir la règle de conflit pertinente. Il n'y a là rien de bien original, si ce n'est qu'en DIP l'opération de qualification apparaît riche de conséquences, car si une erreur est commise lors de sa réalisation, le regard va se porter vers une mauvaise règle de conflit, ce qui débouchera probablement sur la compétence d'un droit étatique qui n'aurait pas dû être déclaré applicable.

- ➔ La problématique qui est ici abordée est celle du « **conflit de qualifications** » : elle suppose que la loi du juge saisi (*lex fori*), donne une qualification différente de la prétention, par rapport à la qualification que donne le droit étranger qui semble a priori applicable (*lex causae*).

Ce problème du conflit de qualifications a été mis en évidence par **Bartin** dans son article paru au « *Clunet* » (Journal de DIP) en 1897, et intitulé : « *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de loi* ».

Pour illustrer cette problématique **Bartin** va prendre une affaire jugée par **la cour d'appel d'Alger le 4 décembre 1889 : l'affaire Bartholo, connue sous le nom de l'affaire de « la quarte du conjoint pauvre »**.

Les époux Bartholo étaient anglo-maltais. Le mari parti s'installer en Algérie y avait acquis des immeubles. À la mort de ce dernier, sa veuve réclama sur les immeubles situés en Algérie **la quarte du conjoint pauvre, c'est-à-dire le quart en usufruit**. Or cette institution n'était connue que du droit maltais alors que le droit français l'ignorait à l'époque.

Or en matière de régime matrimonial, la règle de conflit de lois donne compétence à la loi du premier domicile conjugal, ce qui en l'espèce menait à la loi maltaise.

En revanche en matière de succession immobilière la loi applicable est celle du lieu de situation des immeubles, ce qui en l'espèce menait à la loi française.

Dès lors la qualification revêtait ici une importance primordiale, puisque si la prétention de Mme Bartholo recevait une qualification matrimoniale, le Droit maltais s'appliquait et sa prétention aboutissait. Si par contre la qualification successorale l'emportait, le Droit français se voyait reconnaître compétence, et Mme Bartholo n'obtenait rien.

- Or **Bartin** va partir de l'hypothèse selon laquelle le droit anglo-maltais y voit une institution d'ordre matrimonial, tandis que le Droit français la classe dans la catégorie successorale. D'où un **conflit de qualifications, avec en toile de fond la question suivante : le juge français doit-il préférer la qualification française ou la qualification maltaise ?**

B. Les solutions

Lorsque le juge est confronté à ce conflit de qualifications:

- Doit-il préférer sa qualification ?
- Ou doit-il préférer celle résultant du droit étranger concerné par le litige ?

La Cour de Cassation a répondu à cette question dans l'arrêt « **Caraslanis** » du 22 juin 1955 :

Dimitri Caraslanis avait été assigné par son épouse française en divorce à Paris. Le mari (grec) répliqua par une demande reconventionnelle en nullité du mariage, car l'union avait été célébrée en la seule forme civile. Or jusqu'en 1983 la loi grecque exigeait la célébration du mariage des ressortissants par un ministre du culte. Donc un mariage simplement civil était nul.

M. Caraslanis soutenait que cette exigence grecque d'une célébration religieuse du mariage devait être qualifiée de condition de fond de la formation du mariage (selon lui c'était la position du droit grec). Or cette qualification menait à l'application du droit grec, compétent en tant que loi nationale des époux d'après la règle de conflit de lois française. Avec pour résultat final la nullité du mariage

Son épouse s'y opposait et disait que l'exigence d'une célébration religieuse n'était qu'une condition de forme du mariage, soumise à la loi du lieu de célébration. Analyse menant au Droit français et donc à la validité du mariage, puisque en Droit français, le mariage a un caractère laïc.

Il y avait donc bien **un conflit de qualifications**. Laquelle l'a emporté ?

➤ **La Cour de Cassation** a dit que : « *la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranché selon la conception du droit français en vertu de laquelle le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme* ».

➤ Autrement dit le juge français **doit qualifier selon les conceptions de sa propre loi : il doit qualifier *lege fori***.

Cette solution est logique car qualifier la prétention dans un litige international pour la rattacher à telle ou telle catégorie de rattachement, c'est interpréter la règle le conflit de lois française. Or, il appartient à l'auteur de la règle de droit de l'interpréter (*ejus est interpretari cujus est condere*).

Cette qualification lege fori n'a jamais été contestée par la suite. **Par exemple, récemment, dans l'affaire de l'époux absent à son mariage, la Cour de cassation a par un arrêt du 28 mars 2006 approuvé une Cour d'appel d'avoir estimé que la présence d'un Français à son mariage, même contracté à l'étranger, constitue une condition de fond du mariage régie par sa loi personnelle** ». Cela étant, il serait faux de dire que la loi étrangère n'a aucun rôle à jouer dans l'opération de qualification.

➤ **Premièrement**, quand l'objet de la qualification, c'est-à-dire la prétention et son fondement juridique, proviennent de l'étranger, le juge, afin de mieux comprendre la prétention qu'il s'agit de qualifier, **devra consulter le droit étranger**, mais seulement **si cette institution est inconnue du droit français**.

➤ Selon l'expression de Melchior « *l'opération de qualification aboutit à placer l'étoffe juridique étrangère dans les tiroirs du système national* ». Or ce peut être au **Droit étranger de dire de quoi est fait l'étoffe juridique étrangère**.

➡ **Ensuite** la loi étrangère peut fournir une qualification **quand cette qualification ne commande pas le droit applicable**. En effet quand une qualification commande le droit applicable, c'est une **qualification principale de premier rang et cette qualification est nécessairement opérée *lege fori*** : par exemple qualifier une prétention successorale de mobilière ou d'immobilière se présente comme une qualification principale, dès lors qu'elle conditionne le droit applicable puisque les successions mobilières relèvent de la loi du dernier domicile du défunt, tandis que les successions immobilières relèvent de la loi du lieu de situation de ces immeubles. Donc savoir si une succession est mobilière ou immobilière se présente *a priori* comme une qualification de premier rang devant être donnée par la *lex fori*.

➤ Mais quand cette qualification est de second rang, ou « en sous-ordre », donc quand **elle ne commande pas la loi applicable, la qualification peut être donnée par la loi étrangère** : par exemple si une question de droits réels se pose à propos de biens situés en Italie, il pourra être demandé au droit italien de qualifier ces biens de meubles ou d'immeubles afin de leur appliquer les règles adéquates : la qualification, on le voit, n'influera pas sur le droit applicable, qui sera de toute façon le droit italien en tant que *lex rei sitae*.

➡ Paragraphe II : Les questions préalables

A. La problématique

La question préalable c'est la question qui se **pose en amont d'une question principale, préalablement**, et qui est **susceptible d'exercer une influence sur cette question principale**.

Dans le présent contexte, il y a deux questions :

- Une **question principale** dont a été saisi un juge
- Une **question préalable** soulevée par l'une des parties

Par exemple, voici un enfant qui suite au décès d'une personne conteste le partage opéré entre les enfants du défunt, et dont il a été écarté. Cette question, principale, est d'ordre successorale. Mais, avant de la régler, encore faut-il s'assurer que cet enfant a bien la qualité d'héritier, et qu'il est bien l'enfant du défunt, ce qui pose une question préalable de filiation.

Puisqu'on se trouve en matière internationale, le juge doit naturellement rechercher le droit applicable à la question principale. Mais puisqu'une question préalable a été soulevée, il va falloir également **déterminer quel est le droit applicable à cette question préalable**.

Exemple : un époux algérien décédant en France, laisse une épouse française mais aussi une seconde épouse algérienne. La seconde épouse veut concourir à la succession ; elle intente donc une action pour ce faire (**c'est la question principale**). Or la première épouse lui dénie sa qualité d'épouse (**c'est la question préalable**).

Dans cet exemple, pour déterminer la loi applicable à la question préalable, il y a trois systèmes concevables :

1. Un système tout d'abord où l'autonomie de la question préalable est niée, en ce sens que la question préalable sera soumise à la même loi que la question principale : la solution est alors fondée sur l'adage suivant lequel « l'accessoire suit le principal ».

2. Selon un second système, **la question préalable sera soumise à sa loi propre, que commande sa nature** ; et pour découvrir cette loi propre, puisque la question se pose en France, **on va utiliser la règle de conflit de lois française afférente à cette question préalable.**

3. Enfin, d'après un troisième système, la question préalable obéit là encore à sa loi propre ; mais pour découvrir la loi applicable à cette question préalable, le juge français **va utiliser la règle de conflit de lois de l'ordre juridique compétent pour trancher la question juridique principale.**

▶ Exemple : une femme prétend à des droits successoraux suite au décès de son conjoint qui habitait à Rome avant son décès. Or une seconde femme fait irruption et prétend elle aussi à des droits successoraux. La succession est mobilière ; et la première femme dénie la qualité d'épouse à la seconde.

➤ La question principale est successorale et relève de la loi du dernier domicile du défunt, ici la loi italienne ; la question préalable concerne la qualité d'épouse, et relève de sa loi propre que désignera la règle de conflit de lois de l'ordre juridique compétent pour trancher la question principale : ici le DIP italien.

Quel système a été retenu par la jurisprudence ?

➤ Dans un premier temps, la Cour de Cassation a retenu le premier système avec l'arrêt **Ponnoucanmale de la Chambre des requêtes du 21 avril 1931 : litige opposant pour la succession d'immeubles sis en Cochinchine un enfant adoptif et un enfant légitime déjà né au moment de l'adoption, les deux enfants étant de nationalité indienne. La question préalable était de savoir si l'enfant adoptif avait été valablement adopté. Question à laquelle la loi française, applicable à la succession, répondait par la négative, le Droit français prohibant à l'époque l'adoption en présence d'un enfant légitime..**

➤ C'était une décision critiquable et la Haute Juridiction a changé sa position dans **une décision « Bendedouche du 3 janvier 1980, à propos d'un litige successoral opposant la première épouse et la seconde épouse d'un Algérien décédé en France en y laissant des immeubles. La question préalable était bien évidemment la qualité d'épouse de la seconde épouse algérienne. La Cour de Cassation dans cet arrêt a adopté le système numéro 2 : c'est-à-dire qu'elle a recherché le droit applicable à la question préalable, et a donc appliqué la règle de conflits de lois française du juge saisi. Dans cette affaire, la règle de conflits de loi donnait compétence à la loi nationale des époux, ici la loi algérienne qui validait la seconde union.**

➤ Solution qui a été confirmée par la jurisprudence **« Djenangi » du 22 avril 1986, où la Cour de cassation indique clairement que « s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne à la qualité de conjoint ni de définir selon quelle loi doit être appréciée cette qualité. »**

Section II : Mise en œuvre et critère de rattachement

Paragraphe I : Les conflits de rattachement

A. La problématique du renvoi

Chaque État a son propre système de règlement des conflits de lois. Donc les règles de conflits de lois sont souvent différentes selon les Etats. Elles obéissent à des critères de rattachement différents. Ces différences sont de nature à entraîner des conflits positifs et des conflits négatifs.

1) Les conflits positifs

Dans ce cas, plusieurs ordres juridiques revendiquent simultanément leur compétence. Exemple : la question de la succession mobilière d'un italien mort à Paris où il était domicilié au moment de son décès. La règle de conflit française donne compétence au droit français (loi du dernier domicile du défunt), tandis que la règle de conflit italienne désigne le Droit italien (loi nationale du défunt).

➤ Ici la solution est fort simple : le conflit positif est résolu en faveur de la loi du for, c'est-à-dire en France la loi française.

2) Le conflit négatif

Dans ce cas, chacune des règles de conflits attribue **compétence non à son droit interne mais à la loi interne étrangère.**

Donc notre DIP propose la compétence à une loi étrangère :

– Or il se peut que cette loi étrangère **refuse cette compétence que notre DIP lui envoie, et qu'elle nous renvoie cette** compétence :

▶ exemple : la succession mobilière d'un Français mort à Padoue (Italie) où il était domicilié.

Si un juge français connaît de ce litige, sa règle de conflit donnera compétence au Droit italien, alors que le Droit italien renvoie la compétence à la loi nationale du défunt, donc au Droit français.

➤ Est-ce que le juge français doit accepter ce renvoi ?

➤ C'est la problématique du renvoi dit au 1^{er} degré

– Ou bien, il se peut que cette loi étrangère à qui la compétence a été envoyée la **refuse et la renvoie à une autre loi étrangère :**

▶ Exemple : un Danois est mort à Padoue, et le litige relatif à sa succession mobilière est porté devant le juge français. Le juge français envoie la compétence au Droit italien, mais le DIP italien renvoie la compétence au Droit danois.

➤ C'est la problématique du renvoi au second degré

Doit-on tenir compte de ce renvoi ?

B. Les réponses aux problèmes du renvoi

1) Le renvoi au 1^{er} degré

La question de savoir si le juge français devait accepter le renvoi ou pas a suscité de très nombreuses et âpres discussions, où était notamment dénoncé l'abandon de souveraineté que représenterait l'admission du renvoi, symbole de supériorité du DIP étranger sur le DIP français. Mais ces arguments ont été surmontés. La Cour de Cassation a tranché ce problème dans la célèbre **affaire «Forgo ayant donné lieu » à deux arrêts du 24 juin 1878 et du 22 février 1882 :**

Forgo était un enfant naturel bavarois qui était venu en France à l'âge de cinq ans. Il y était mort à 68 ans « *sans avoir été admis à domicile* » c'est-à-dire qu'il avait en France un domicile de fait et **non au domicile de droit**. Après son décès, ses héritiers (des collatéraux ordinaires) se heurtèrent aux prétentions de l'administration des domaines concernant la succession mobilière du défunt. L'administration des domaines prétendait que la succession lui était due, car selon le Droit français les collatéraux ordinaires n'étaient pas successibles à cette époque en France, contrairement à ce qu'estimait le Droit bavarois.

L'affaire ayant été portée devant les tribunaux, la Cour d'appel de Pau avait appliqué le droit français en tant que loi du dernier domicile, même de fait, du défunt, et donna ainsi gain de cause à l'administration des domaines. Mais les héritiers se pourvurent en cassation et invoquèrent le fait que Forgo n'était pas admis au domicile en France, et que la règle de conflit donnait compétence en matière de succession mobilière à la loi du dernier domicile de droit du défunt, ce qui amenait à conclure en faveur de la compétence de la loi de Bavière.

La Cour de Cassation fit droit à ce raisonnement, et censura l'arrêt de la Cour de Pau, avant de renvoyer à la Cour de Bordeaux. Celle-ci envoya donc la compétence au droit bavarois, dès lors que Forgo avait conservé en Bavière son domicile d'origine. Mais l'administration des domaines fit valoir sur pourvoi en cassation que selon la loi bavaroise, le domicile légal en matière de succession était le domicile habituel du défunt, lequel était situé en France lors du décès. Cette argumentation obtint l'adhésion de la Cour de cassation qui constata que la loi bavaroise renvoyait à la loi française, loi du domicile habituel du défunt, qui était ainsi compétente à ce titre.

L'affaire Forgo a préfiguré une jurisprudence qui a admis le jeu du renvoi au premier degré dans un nombre croissant de domaines. Cette solution a été de manière solennelle **réaffirmée dans l'arrêt Soulié du 9 mars 1910** où la Cour de cassation indiqua : « *la loi française de DIP ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de DIP étrangère. Il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve supprimé et à ce que la loi française régisse d'après ses propres vus les intérêts...* »

L'admission du renvoi présente de nombreux avantages, parmi lesquels :

- Elle uniformise le DIP français et le DIP étranger
- En fin de compte, avec l'admission du renvoi au premier degré, le juge français va appliquer la loi du for, ce qui est facteur de simplicité pour lui.

2) Le renvoi au second degré

Ce type de renvoi suscita encore plus d'oppositions que le renvoi au premier degré. En particulier, disait-on, l'admettre exposerait à faire le tour du monde des Etats par le jeu de

renvois successifs et infinis. Mais les objections étaient là encore plus théoriques que réelles, et elles ne pouvaient masquer les intérêts attachés à l'admission du renvoi même au second degré. C'est pourquoi la Cour de Cassation, dans un arrêt « **de Marchi de la Costa** » du 7 mars 1938 affirma que : « **le renvoi fait par le DIP étranger à la loi d'un autre État pouvant être le cas échéant la législation française, revêt un caractère en principe obligatoire** ».

➤ Le juge a dans cet arrêt utilisé la technique de « *l'obiter dictum* », ce qui renforce l'autorité de cette décision.

✘ Ainsi, en DIP français, l'admission du renvoi vaut au premier comme au second degré

Mais cette admission n'est pas générale il y a des domaines qui y échappent. Quels sont-ils ?

➤ Toutes les fois que la règle de conflit retient comme **critère de rattachement la volonté des parties**, le renvoi ne peut être admis. Ainsi en matière contractuelle, ainsi que l'a réaffirmé la Cour de cassation dans un arrêt rendu dans l'affaire de la plate-forme de la Mer du Nord, et alors que les constructeurs de la plate-forme étaient assignés par plusieurs compagnies pétrolières, dont la société Mobil North Sea Limited (Cass. civ.1, 11 mars 1997), « la mise en œuvre de la règle de conflit de lois fondée sur l'autonomie de la volonté est exclusive de tout renvoi ». En matière contractuelle en effet, la règle de conflit de lois permet aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat. Nul doute que leurs prévisions seraient déjouées si on admettait que le DIP de la loi désignée par elles puisse renvoyer à une autre loi.

*Obliter dictum : le juge va profiter de l'affaire qu'il juge, pour répondre incidemment à une problématique qui ne se pose pas en l'espèce.
Généralement c'est la marque d'un revirement de jurisprudence*

➤ Quand la règle de conflit a un **caractère substantiel**, là encore le renvoi est inconcevable, ce qui se comprend également : avec une telle règle de conflit de lois, le droit étranger est déclaré applicable en raison de son contenu matériel. On n'a donc pas égard à la position que peut avoir le DIP de cet Etat.

➤ La question de l'admission du renvoi ne se pose pas non plus en présence d'une **règle de conflit unilatérale, puisque par définition, cette règle de conflit de lois ne donnera compétence à une loi étrangère que si celle-ci se veut compétente.**

➤ Paragraphe II : Le rattachement au regard du temps

A. La problématique : le conflit mobile

Selon la terminologie de Bartin, il y a « conflit mobile » lorsque, par le déplacement ou la modification d'un élément de rattachement, une situation donnée est successivement soumise à deux systèmes juridiques distincts. Ainsi par exemple, après un certain temps, un meuble acquis à l'étranger est importé en France. Le critère de rattachement retenu en matière

mobilière étant le lieu de situation du meuble, la question se pose de savoir quels sont les domaines d'application respectifs de la loi de l'ancien lieu de situation et de la loi du nouveau lieu de situation. De même si se pose une question de statut personnel d'un individu ayant changé de nationalité, doit-on appliquer l'ancienne loi nationale ou la nouvelle ?

Un constat s'impose immédiatement : **le conflit mobile ne se conçoit qu'à propos de critères de rattachement susceptible d'évoluer dans le temps : il est certain que la règle de conflit qui, en matière de filiation, donne compétence à la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant, ne peut donner prise au conflit mobile, le critère de rattachement étant on le voit « cristallisé » dans le temps.**

Deux théories ont été proposées pour résoudre le conflit mobile :

- **La théorie dite des droits acquis** : en vertu de cette théorie, le droit originellement constituée selon une loi donnée doit être reconnu par tous les Etats quelles que soient les changements ultérieurs de localisation du critère de rattachement ; cela afin de garantir la stabilité des droits et des situations. Avec cette théorie, la situation juridique demeure gouvernée perpétuellement par la loi d'origine.
- Cela signifie donc que la constitution de cette situation, ses effets mais aussi son extinction, sont soumis à la loi d'origine, peu importe qu'entre-temps le critère de rattachement mène à une loi différente.

Exemple : un problème concernant un droit réel pourtant sur une automobile : le véhicule a été immatriculé en Allemagne et a été déplacé en France ; quelle est la loi applicable à une problématique afférente à cette situation ?

On peut hésiter entre la loi de l'ancienne situation et celle de la nouvelle situation. Avec **la théorie des droits acquis, on donne compétence à la loi allemande qui s'appliquera non seulement à la constitution de la situation ainsi qu'aux effets qu'elle a pu produire alors que le bien se trouvait en Allemagne. Mais, de plus, la loi allemande continuera de gouverner les effets de cette situation alors même que le véhicule se trouve à présent en France.**

Cette théorie il faut bien le reconnaître nie la modification ; elle occulte le conflit mobile et s'avère certainement de nature à porter atteinte aux intérêts des tiers, qui ne pourront connaître aisément la teneur des droits portant sur le bien, et qui seront vraisemblablement trompés par la croyance en l'application de la loi de la situation actuelle du bien. Il est donc compréhensible que cette théorie ait été critiquée, et que d'autres auteurs en aient proposé une autre.

- **La théorie appliquant les principes qui gouvernent les conflits de loi dans le temps.** Le jeu ici de ces principes gouvernant en Droit interne les conflits de lois dans le temps consiste en deux propositions :
- Le principe de la **non rétroactivité de la loi nouvelle**
- Le principe de l'**effet immédiat de la loi nouvelle**

Pour reprendre l'exemple précédent de l'automobile importée en France, cette théorie conduira à faire jouer la loi allemande si la problématique posée au juge intéresse la constitution de la situation juridique ou les effets passés qu'elle a pu produire alors que le véhicule se trouvait en Allemagne. Par contre, les effets de la situation produits au lieu de la nouvelle localisation en France relèveront de la loi française. De même la disparition de la situation relèvera de la loi de la nouvelle situation.

B. Les solutions

C'est la seconde solution qui l'a emporté :

- **La constitution et les effets passés de la situation relèvent de la loi ancienne**
- **En revanche, les effets postérieurs au changement mais aussi la disparition de la situation juridique ainsi que les effets de cette disparition relèveront de la loi de la nouvelle localisation.**

C'est la solution retenue par la Cour de Cassation dans **l'affaire société Diac du 8 juillet 1969** :

Une société de crédit allemande Diac avait ouvert à une société allemande Schlüter un crédit pour l'achat d'un véhicule immatriculé en Allemagne. La convention, soumise au Droit allemand, stipulait que le véhicule était grevé d'un gage assorti d'une clause de réserve de propriété au profit du créancier. Par la suite la voiture fut introduite en France. Un garagiste français avait effectué des réparations sur la voiture mais les réparations ne furent pas payées par la société ayant acheté le véhicule. Le garagiste voulut opérer une saisie conservatoire sur la voiture. Mais la société de crédit allemande en fut informée, et comme la voiture n'était pas encore payée, elle se prévalut de son droit de propriétaire pour solliciter la mainlevée la saisie. Devant les juges du fond, la société Diac perdit son procès car les juges appliquèrent le Droit français.

Sur pourvoi de Diac, la Cour de Cassation rejeta le pourvoi, en considérant que le Droit français était applicable et en estimant en effet que la clause de réserve de propriété assortissant la gage s'analysait en un pacte comissoire à l'époque prohibé par la loi français. Ainsi, valablement constitués selon la loi allemande, les droits réels de la société Diac ne pouvaient produire effet dès lors que la loi française du lieu de la nouvelle situation du bien ignorait ce type de droits.

La jurisprudence est depuis demeurée fidèle à cette analyse.

➤ **Paragraphe III : L'interprétation du rattachement**

La règle de conflit comporte des critères de rattachement qui parfois utilisent une notion pouvant prêter à interprétation.

- ▶ Exemple : la règle de conflit utilise la notion de « domicile ». Que faut-il entendre par domicile ?

En vertu de l'adage déjà rencontré (« *Ejus est interpretari, cujus est condere* »), il appartient à l'auteur de la règle de l'interpréter. Ainsi toutes les règles de conflits de loi françaises doivent être interprétées par le Droit français. Cependant ce n'est pas évident car il y a des règles de conflits de loi résultant de traités internationaux.

Dans ce genre de situation, à défaut d'interprétation fournie par une juridiction supranationale comme la CJCE, les juges doivent rechercher une « interprétation unifiante », c'est-à-dire une interprétation qui a des chances d'être celle également des autres Etats parties. Par exemple, le juge sera invité à **rechercher quelle a été l'intention des auteurs de la convention** internationale, grâce aux travaux préparatoires de la convention.

Section III : Mise en œuvre et désignation de la règle de droit applicable

Normalement, le juge applique des règles de droit interne. Or, du fait du caractère bilatéral de la règle de conflit de lois dans l'espace, un juge français peut fort bien trancher le litige dont il est saisi à l'aide d'une règle de droit étrangère. Ce constat, qui peut sembler anodin, soulève cependant des difficultés théoriques et pratiques qu'il ne faut pas mésestimer :

Des difficultés d'ordre théorique tout d'abord

Afin d'expliquer théoriquement la possibilité pour un juge national d'appliquer un Droit étranger, les juristes anglo-saxons ont eu recours à la théorie des « *vested rights* » ou théorie des « droits acquis ». Selon cette théorie, le juge est amené à appliquer une loi étrangère, parce qu'il ne peut apprécier la valeur des droits acquis à l'étranger sans tenir compte de la loi étrangère sous l'empire de laquelle ces droits ont été acquis. L'explication ne manque pas de justesse mais se révèle pourtant insuffisante. De fait, le juge n'applique pas toujours une loi étrangère pour reconnaître des droits acquis à l'étranger. Dans d'autres cas, il appliquera une loi étrangère dans le but de créer une situation nouvelle, mais non de consacrer un droit déjà reconnu. Par exemple, lorsqu'il prononce un divorce ou une adoption en vertu d'une loi étrangère. Dans ces hypothèses, la théorie des droits acquis ne peut fournir l'explication.

Il est certes possible de songer à l'explication italienne à travers la théorie de la « *réception* ». Selon cette théorie, et puisque l'ordre juridique italien au nom de l'exclusivisme écarte toute norme juridique qui ne provient pas de lui, l'application de la loi étrangère est possible grâce à un mécanisme de réception. Plus précisément, la norme de DIP l'intègre à l'ordre juridique italien en secrétant une règle substantiellement identique à la loi étrangère qu'il s'agit d'appliquer. En bref, la règle étrangère n'est pas appliquée en elle-même, mais se voit en quelque sorte « clonée » par la norme italienne de DIP qui en reproduit le contenu. Disons le franchement, l'explication semble totalement artificielle, et bâtie pour les besoins de la cause.

Elle n'est pas retenue en France, où la loi étrangère est appliquée en tant que telle, sans être incorporée ou reçue.

Mais il n'en demeure pas moins que la position du juge français ne peut être la même que sa position vis-à-vis de son propre Droit. Pourquoi ? Parce que le juge français, quoiqu'on fasse, demeure extérieur au système juridique étranger. Il n'a pas pour rôle de l'élaborer, de l'unifier, mais plus modestement de le constater et de l'appliquer dans toute la mesure du possible. On passe là aux difficultés d'ordre pratique que suscite l'application du Droit étranger.

Des difficultés d'ordre pratique ensuite.

Chacun conviendra que le juge français ne peut pas connaître le Droit étranger comme il connaît le contenu de son propre Droit. Plus encore, il ne peut pas être tenu d'en connaître le contenu. De même, par son extériorité, le juge français paraît bien échapper à l'élément impératif du système juridique étranger. On sait que dans toute règle de droit il y a un élément rationnel et un élément impératif. Toute règle de droit a donc un *imperium*, et ce constat vaut pour la loi étrangère. Mais cet *imperium* du droit étranger ne vaut qu'à l'étranger et ne peut s'imposer au juge français, vis-à-vis duquel ne subsiste que l'élément rationnel du droit étranger, c'est-à-dire cet ensemble de propositions générales et raisonnées, applicables à des cas particuliers. Tout ceci a un corollaire : le juge français ne serait pas tenu de connaître et

d'appliquer le Droit étranger comme il est tenu de connaître et d'appliquer le Droit français. Lorsque la loi étrangère est appliquée en France par le juge français, ce serait sur l'ordre du législateur français à travers la règle de conflit de lois, cette loi étrangère se voyant dépouillée de son élément impératif. Ce ne serait donc plus véritablement du Droit, mais cela ressemblerait plutôt à du fait. La loi étrangère serait traitée par le juge comme un élément de fait. L'affirmation apparaît certainement excessive, même si pendant longtemps, et jusqu'à une période récente, le traitement procédural de la loi étrangère devant le juge français a pu la faire ressembler à du fait. Mais une évolution s'est produite, qui restaure même en France la loi étrangère dans son image de véritable règle de Droit. Cela mérite d'être vérifié à trois égards :

- tout d'abord au regard de l'applicabilité de la loi étrangère
- ensuite au regard de l'application de la loi étrangère
- enfin, au regard du contrôle qui est exercé par la Cour de cassation sur l'application de la loi étrangère.

➤ **Paragraphe I : L'applicabilité de la loi étrangère : l'autorité de la règle de conflit de loi**

A. À l'égard du juge

- **Si les parties (ou l'une des parties) ont réclamé l'application d'une loi étrangère par le jeu de la règle de conflit de lois** au juge, celui-ci **ne peut refuser son application**, et faire comme si le litige était purement interne. Comme l'a rappelé récemment la Cour de cassation, dès lors que l'une des parties a invoqué une loi étrangère selon elle compétente, le juge ne peut se borner à appliquer la loi française, sans vérifier qu'elle est désignée par la règle de conflit de lois (Cass.civ.1, 22 nov.2005).
- **Si aucune des parties n'a évoqué la règle de conflit**, et invoqué la compétence d'une loi étrangère, est-ce que le juge est tenu d'appliquer d'office la règle de conflit de lois? La position de la Cour de cassation a à ce sujet beaucoup évolué pour venir finalement (et pour l'instant ?) s'arrêter autour de la distinction suivante :
- Dans un arrêt Société mutuelle du Mans du 26 mai 1999 et dans un arrêt Mr A.B rendu le même jour, la première Chambre civile de la Cour de cassation a estimé que lorsque le litige met en cause des droits indisponibles, il incombe au juge français « de mettre en application la règle de conflit de lois et de rechercher le droit étranger compétent ». Ainsi, la Cour de Cassation a considéré qu'une distinction devait être opérée :
 - En matière **de droits indisponibles**, il incombe au juge français de **mettre en œuvre la règle de conflit de lois et de rechercher le droit étranger** compétent pour en faire application.

- En revanche, quand il s’agit de **droits dont les parties ont la libre disposition**, si aucune des parties n’évoque la règle de conflits de lois, le **juge pourra mettre en œuvre la règle de conflits de lois d’office** sans y être tenu, quelle que soit l’origine de la règle de conflit de lois, législative, jurisprudentielle ou conventionnelle. Ce n’est pour lui qu’une faculté

✘ Si on est dans un domaine où les parties n’ont pas la libre disposition de leurs droits, le juge doit d’office appliquer la règle de conflit de lois à partir du moment où le litige est international. Mais encore faudra-t-il que l’élément d’extranéité soit dans le débat. Si les parties ne l’ont pas soulevé, le juge devra le faire d’office à l’aide des éléments du dossier, voire en sollicitant des parties toutes les précisions qu’il jugera nécessaires (art. 8 CPC). L’essentiel est que soit respectée la contradiction sur les conditions d’application de la règle de conflit.

✘ **Avoir la libre disposition de ses droits**, c’est pouvoir les aliéner, ou y renoncer

Précisons pour conclure sur ce point que la Cour de cassation admet que le juge ne choisisse pas entre la loi française et la loi étrangère dès lors qu’il relève que ces lois sont équivalentes, c’est-à-dire qu’elles produisent les mêmes conséquences juridiques dans le cas d’espèce. Equivalence que les juges du fond apprécient de façon souveraine. De même, cette notion d’équivalence permettra de sauver devant la Cour de cassation une décision des juges du fond qui auront appliqué une loi étrangère alors que la règle de conflit de lois désignait la loi française.

B. À l’égard des parties

Est-ce que les plaideurs peuvent par leur accord exclure l’application de lois désignées par la règle de conflit de lois ?

Il faut distinguer :

- ➡ S’il s’agit de **droits indisponibles**, aucun accord des parties même exprès en faveur de l’application d’une loi autre que la loi compétente n’est envisageable.
- ➡ En revanche, si les parties ont la **libre disposition de leurs droits**, la solution varie :
 - S’il s’agit d’**écarter l’application de la loi étrangère au profit de la loi française**, la Cour de cassation admet cette possibilité, et considère même de façon sans doute excessive qu’un tel accord peut résulter du fait que les parties dans leurs conclusions invoquent la loi française
 - S’il s’agit d’**écarter l’application de la loi française** au profit de la loi étrangère, l’admission de cette faculté pose davantage problème, dès lors que cela alourdit assez considérablement l’office du juge.

➡ Paragraphe II : L’application de la loi étrangère : la détermination du contenu de la loi étrangère

Quand la règle de conflit désigne la loi étrangère, qui doit et comment rapporter la preuve du droit étranger ? Quelles seront les conséquences d'un défaut d'établissement du Droit étranger ?

A.- La charge de la preuve du Droit étranger.

Pour que soit assurée l'effectivité de la règle de conflit, il ne suffit pas que le Droit français ou le Droit étranger soit désigné par la règle de conflit de lois. Encore faut-il en effet que le Droit désigné soit effectivement appliqué, ce qui ne va pas de soi si le Droit désigné est étranger.

En effet la détermination du contenu de la règle applicable ne pose pas problème **si le droit désigné est le droit français** car, en vertu de l'adage « *Jura novit curia* » : le juge connaît le Droit, sans avoir besoin pour cela de l'assistance des parties en litige.

Semblable adage ne peut être tenu à l'égard du Droit étranger. Se pose donc la question de savoir qui va supporter le fardeau de la preuve du droit étranger : le demandeur, le défendeur ou bien le juge.

Pendant très longtemps, jusqu'à une période récente, les parties avaient un rôle prépondérant à jouer. Le juge n'était pas tenu de rechercher d'office la teneur de la loi étrangère. Il lui était seulement loisible de le faire, au besoin en sollicitant la collaboration des parties. Plus précisément, la charge de la preuve pesait sur le demandeur à la prétention soumise au Droit étranger, ainsi que l'avait décidé la Cour de cassation dans son arrêt Lautour du 25 mai 1948. L'évolution de la jurisprudence relative à l'applicabilité de la loi étrangère a entraîné un abandon de ces solutions. Dans un premier temps, elle a comme en matière d'applicabilité de la loi étrangère distingué selon que le litige met en cause des droits disponibles ou indisponibles. Dans le premier cas, elle a dans l'arrêt Amerford du 16 novembre 1993 jugé que la charge de la preuve pesait encore sur les parties, mais que c'était à celle qui se prévalait de la loi étrangère qu'il incombait de rapporter la preuve que le contenu de cette loi étrangère différait de celui de la loi française. Dans le second, la Cour de cassation imposait dans son arrêt Driss Abou du 1^{er} juillet 1997 au juge l'obligation de rechercher d'office le contenu de la loi étrangère, obligation prolongeant celle d'appliquer d'office la règle de conflit de lois. Finalement, par deux arrêts du 28 juin 2005, la Première Chambre civile a supprimé toute distinction entre droits disponibles et droits indisponibles, et a estimé de façon générale qu' « *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au Droit positif étranger* ».

B.- Comment sera apportée la preuve de la loi étrangère ?

Les parties, pour apporter la preuve de la loi étrangère devant le juge, peuvent produire un « certificat de coutume », c'est-à-dire un document rédigé en français qui émane soit du consulat, soit de l'ambassade en France de l'Etat étranger, soit d'un jurisconsulte ayant des compétences concernant le Droit étranger.

Quant au juge, il dispose de plusieurs moyens pour s'informer du contenu de la loi étrangère. En particulier la possibilité de recourir à l'expertise, ou bien d'utiliser la Convention européenne du 7 juin 1968 qui organise entre une quarantaine d'Etats un système de transmission d'informations sur le Droit étranger.

Observons simplement ici que c'est au juge qu'il appartient d'examiner la force probante des documents produits, son pouvoir d'appréciation étant souverain. L'essentiel est que le juge montre dans sa décision qu'il a eu une connaissance suffisante du Droit étranger, la Cour de cassation n'admettant pas que le juge applique une loi étrangère tout en déclarant qu'il n'a eu qu'une connaissance parcellaire de son contenu.

D'une manière générale, la Cour de cassation impose aux juges du fond une obligation de motivation afférente à l'application du Droit étranger. C'est ainsi que régulièrement, la Cour de cassation censure les juges du fond qui n'indiquent pas dans leur décision appliquant le Droit étranger les règles précises de ce Droit étranger dont il est fait application.

Ainsi les juges ont une obligation de motivation. Donc les juges doivent expliquer quelles sont les dispositions du droit étranger sur lesquels ils entendent se fonder.

C.- La sanction du défaut d'établissement du contenu du droit étranger

Le défaut d'établissement faute de preuve du contenu du Droit étranger doit être une situation exceptionnelle, sur laquelle le juge doit se justifier, puisque désormais pèse sur lui l'obligation de rechercher la teneur du Droit étranger.

Si le juge s'est heurté à des difficultés trop grandes, par exemple en termes de coûts, voire à une impossibilité, la loi du for, du fait de sa vocation subsidiaire, va pallier la défaillance du Droit étranger. Par contre, si le juge a requis du demandeur la production d'un certificat de coutume, et que ce demandeur a fait preuve d'inertie, le juge devrait pouvoir le débouter de sa demande. A moins qu'on exige du juge, dont l'office est de rechercher le contenu de la loi étrangère, qu'il se tourne de lui-même vers d'autres moyens de preuve, sous peine de voir sa décision censurée. Cette dernière solution devrait l'emporter lorsque le litige porte sur des droits indisponibles. La Cour de cassation tend à l'étendre aux litiges portant sur des droits disponibles, puisqu'elle estime aujourd'hui de façon tout-à-fait générale au visa de l'article 3 du Code civil qu'« *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un Droit étranger d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger* ». (Cass.civ.1, 23 janvier 2007 : Société Progiat).

➔ **Paragraphe III : Le contrôle de la Cour de Cassation sur l'application de la loi étrangère**

Les motifs de l'arrêt Progiat montrent une extension notable du contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur les juges du fond dans leur tâche d'application du Droit étranger.

Traditionnellement, il a toujours été admis que lorsque les juges du fond appliquent une loi étrangère, ils peuvent être amenés à l'interpréter : ils peuvent préciser son sens et sa portée. Cependant, les juges français ne peuvent évidemment interpréter le Droit étranger de la même façon qu'ils interprètent le Droit français. Lorsqu'ils interprètent le Droit français, les juges font comme on le sait oeuvre créatrice ; ce qu'il ne leur est pas permis de faire à l'égard d'un Droit qui leur est étranger. Quand on dit que les juges français ont le pouvoir d'interpréter le Droit étranger, cela signifie qu'ils doivent restituer le plus exactement possible la teneur du Droit étranger telle qu'elle existe. Et, car tel est le message de la formulation *in fine* de l'arrêt Progiat, les juges ne peuvent se contenter d'une vision parcellaire, qu'exprimerait par exemple un texte législatif. « *Ils doivent donner une solution conforme au droit étranger* », ce

qui inclut la jurisprudence et toutes les autres sources composant le droit positif étranger sur la question donnée.

Ces précisions apportées, les juges du fond sont-ils libres dans ce travail d'interprétation du Droit étranger, c'est-à-dire dans ce travail de restitution de sa teneur ?

La réponse est nuancée : ainsi que l'affirme la Cour de cassation « *l'application que fait le juge du droit étranger, quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe, sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de cassation* ».

Le principe est ainsi la liberté des juges, qui ont le pouvoir d'interpréter souverainement la loi étrangère, c'est-à-dire de déterminer souverainement son contenu. Mais cette liberté n'est pas sans limites. En premier lieu, le jugement encourt le grief de dénaturation s'il méconnaît le sens clair et précis de la disposition législative étrangère, telle qu'elle a été rapportée au juge du fond. Etant observé que ce grief de dénaturation pourrait aussi être adressé au juge qui méconnaît le sens clair et précis de la jurisprudence étrangère, telle qu'elle lui a été rapportée. En outre le juge ne saurait évidemment s'écarter de la jurisprudence produite pour livrer sa propre interprétation du Droit étranger, ce qui ne l'empêche pas de démontrer que la jurisprudence qui lui a été rapportée ne correspond pas au droit positif étranger. D'une façon générale, le juge doit motiver l'interprétation du Droit étranger qu'il retient, et respecter le principe de la contradiction s'il retient une interprétation autre que celle qui résulte des documents que les parties en litige ont produits devant lui.

Section IV : Les perturbations au jeu de la règle de conflit de lois

Il se peut que le fonctionnement de la règle de conflit de lois se heurte à des perturbations, à des obstacles qui vont l'empêcher d'aboutir. Ces perturbations peuvent intervenir à deux stades. Soit la règle de conflit elle-même va se trouver évincée avant même qu'elle ait fonctionné. La perturbation se situe alors en amont du fonctionnement de la règle de conflit (§1). Soit, second type d'hypothèse, la règle de conflit de lois fonctionne, mais le résultat auquel elle conduit, c'est-à-dire l'application d'une loi étrangère, ne peut être atteint du fait de son caractère inadmissible au regard de notre ordre juridique. La perturbation se situe alors en aval du fonctionnement de la règle de conflit (§2).

Paragraphe I : Les perturbations en amont du fonctionnement de la règle de conflit de lois

A.- L'intervention perturbatrice des lois de police du for

Il arrive de plus en plus fréquemment que le juge, confronté à un litige d'ordre international, applique directement à ce litige des règles matérielles tirées de son droit interne, sans passer par la médiation d'une règle de conflit de lois. Par exemple, si à propos d'un contrat de travail international qui s'exécute en France, un litige se présente au juge français, portant sur la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité du travail, le Conseil des Prud'hommes français va le résoudre en appliquant immédiatement la loi française, sans rechercher si le contrat de travail est régi par le Droit français ou par un Droit étranger.

Dans ce cas, on le voit, des règles matérielles substantielles de droit interne (les règles du Code du travail sur l'hygiène et la sécurité du travail) vont se voir appliquées à un

rapport international de façon immédiate, sans passer par l'intermédiaire d'une règle de conflit de lois. **Pourquoi ?** Tout simplement parce que certaines règles matérielles de droit interne poursuivent des objectifs politiques, culturels, sociaux ou économiques qui sont jugés cruciaux pour l'organisation et le fonctionnement de la société française. Dès lors, ces lois, pour accomplir leur objectif, doivent se voir reconnaître le champ d'application que postule cet objectif, peu important la nature interne ou internationale du rapport de droit.

En clair, ce qui compte ici n'est plus la justice du droit international, et donc le souci de parvenir à la désignation de la loi correspondant à la meilleure localisation du rapport de droit. Ce qui compte est de satisfaire les exigences de cohésion et d'efficacité du droit interne. Pour décrire ces règles, on parle soit de « **lois d'application immédiate** », ce qui rend bien compte de la spécificité de leur mode d'application, soit de « **lois de police** », le terme mettant alors l'accent sur la spécificité de contenu de ces règles, sur leur rôle de sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale du pays.

Avec ces lois, on le perçoit, l'analyse est de type « statistique », fondée sur le contenu matériel de la règle afin de déduire le champ d'application spatial nécessaire à sa mission.

Ces lois de police sont très essentiellement d'origine nationale. Cependant il faut constater l'émergence de lois de police d'origine communautaire. Par exemple, l'article 12 de la Directive du Parlement et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, et qui édicte des règles matérielles protectrices du consommateur, prévoit dans son article 12 alinéa 2 que « *les Etats membres prennent les mesures pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou de plusieurs des Etats membres* »

La méthode des lois de police n'est pas sans soulever des difficultés, à au moins deux titres :

- Il n'est pas toujours facile de savoir quand on se trouve ou pas en présence d'une loi de police : pour ne prendre qu'un exemple, la doctrine a longtemps hésité quant à la qualification de lois de police des articles 12 à 14 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 accordant en matière de sous-traitance une action directe au sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage. La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 janvier 2007 rendu dans une affaire Société Campenon Bernard, a en définitive dénié à ces articles la qualité de lois de police.
- La seconde difficulté soulevée par les lois de police se rapporte à la détermination exacte de leur champ d'application spatial : par exemple, on a pendant longtemps cru que les lois de police seraient par essence territoriales. Or, la jurisprudence n'a pas craint d'en faire parfois une application extraterritoriale : par exemple, le Droit de la concurrence peut parfaitement atteindre des accords passés entre entreprises étrangères, mais qui affectent le marché français. De même que le Droit français protecteur du consommateur en matière de crédit s'appliquera impérativement au crédit qu'un consommateur français ira obtenir auprès d'une banque belge ou espagnole suite à une publicité effectuée en France.

B.- L'intervention perturbatrice des lois de police étrangères

Il n'y a évidemment pas que l'ordre juridique français qui produise des lois de police. La question se pose par conséquent de savoir si un juge français peut faire application d'une loi de police étrangère. Pendant longtemps, cette réponse a reçu une réponse négative. Entre autres arguments, était invoqué le fait qu'appliquer les lois de police étrangères, qui sont souvent des règles de droit public, reviendrait à faire du juge français le « valet » préposé à la satisfaction des intérêts étrangers. Tous ces arguments ont vécu. Nul ne doute à présent que les lois de police ne doivent pas être assimilées au droit public. Ces lois se situent dans une zone grise où Droit public et Droit privé se combinent dans des proportions variables selon les cas, et ont pour objet essentiel les rapports individuels de droit privé. Il n'y a donc pas de raisons majeures pour refuser par principe de les appliquer. Le droit positif a donc progressivement admis leur application. Tout d'abord la jurisprudence, très timidement, puis des textes de droit conventionnel.

L'application des lois de police étrangères a en premier lieu été acceptée lorsque la loi de police fait partie de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit (la *lex causae*). Mais, allant plus loin, on a même admis que puisse être appliquée la loi de police d'un Etat qui n'est ni l'Etat du for, ni l'Etat de la *lex causae*, dès lors que la loi de cet Etat tiers revendique son application.

Cette possibilité de faire application de la loi de police d'un Etat tiers figure à l'article 16 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, en vigueur en France, sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Cet article prévoit la possibilité d'appliquer les lois de police étrangères de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif. C'est aussi ce qu'admettait l'article 7 al.1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (récemment transformée en Règlement communautaire) qui énonce que *« lors de l'application, en vertu de la présente convention de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application »*.

Aujourd'hui, et depuis le 17 décembre 2009, le Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a succédé à la Convention de Rome du 19 juin 1980 se montre dans son article 9 plus restrictif sur l'application des lois de police étrangères. En effet, le juge ne peut désormais donner effet aux dispositions d'une loi de police étrangère d'un pays que si les obligations nées du contrat doivent être ou ont été exécutées dans ce pays, et que si les lois de police de ce pays rendent l'exécution du contrat illégale.

L'application des lois de police étrangères n'est ainsi pas sans limites. Ceci d'autant que la loi de police du for, si elle veut s'appliquer, l'emportera toujours sur une loi de police étrangère. En outre, le contenu ou l'« appétit dévorant d'application » pourrait faire obstacle à l'application d'une loi de police étrangère.

➤ Paragraphe II : Les perturbations en aval du fonctionnement de la règle de conflit de lois

Ces perturbations proviennent de deux mécanismes qui se présentent sous forme d'exceptions susceptibles de faire barrage à l'application de la loi désignée par notre règle de conflit de lois : il s'agit tout d'abord de l'exception d'ordre public international (A), et de l'exception de fraude à la loi normalement applicable (B).

A.- L'exception d'ordre public

Un exemple pour comprendre le mécanisme de l'exception d'ordre public international. Voici un couple marocain qui divorce en France. Le TGI prononce le divorce en application de la loi marocaine pour défaut d'entretien de l'épouse par son mari. Toujours selon la loi marocaine, le Tribunal refuse d'accorder à l'épouse la prestation compensatoire qu'elle réclame, motif pris de ce que la loi marocaine ne prévoit au cas d'espèce aucun versement comparable à une prestation compensatoire. Raisonement qu'admet la Cour d'appel d'Aix-en-provence, mais non la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 7 novembre 1995, estime qu' « **est manifestement contraire avec l'ordre public la loi étrangère qui prive la femme de tout secours pécuniaire bien que le divorce ne soit pas prononcé à ses torts** ». Solution confirmée par la même Première Chambre civile dans un arrêt du 28 novembre 2006, où la loi marocaine se voit une fois de plus écartée parce que n'accordant pas une allocation suffisante à l'épouse après le divorce.

Cet exemple illustre fort bien le rôle que joue l'ordre public en DIP (1°), et les effets qu'il produit (2°).

1°) La notion d'ordre public en DIP

A la différence de ce qui se passe en Droit interne, où l'ordre public bride les volontés privées au nom de considérations jugées supérieures (article 6 du Code civil), l'ordre public au sens du DIP a pour but de corriger les effets des règles étrangères et des décisions étrangères qui mènent à des résultats choquants au regard de nos conceptions. L'ordre public du droit interne et l'ordre public du DIP n'ont pas la même fonction, et leurs contours d'ailleurs ne sont pas les mêmes. Ce n'est pas parce qu'une matière est en France considérée comme d'ordre public que cette matière sera pour autant automatiquement soustraite à l'application de lois étrangères. Par exemple, même si en France l'état et la capacité des personnes échappent très largement à la convention des parties, il n'en reste pas moins que le jeu de la règle de conflit de lois conduira très souvent en France à l'application d'une règle de droit étrangère. Et cette loi étrangère ne sera pas jugée contraire à l'ordre public du seul fait qu'elle diffère de son homologue française. Par exemple, dans un arrêt récent du 30 septembre 2003, la Cour de cassation a refusé de déclarer, à propos d'un litige né suite à un accident de la circulation routière, la loi italienne contraire à l'ordre public international français du seul fait qu'elle est moins favorable à la victime que la loi française du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation routière.

En bref, toute règle d'ordre public en droit interne n'est pas d'ordre public en DIP.

En réalité, l'ordre public en DIP se présente comme un correctif exceptionnel, permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le juge saisi. Ce caractère inadmissible se retrouvera dans trois séries d'hypothèses :

- **Tout d'abord**, l'exception d'ordre public va réagir face aux lois qui méconnaissent les principes de droit privé ou de droit public communs aux nations civilisées : lois étrangères heurtant la morale, le droit naturel, les principes de justice universelle : loi fondée par exemple sur la discrimination raciale.
- **Ensuite**, l'exception d'ordre public va réagir face aux lois étrangères dont l'application va à l'encontre des principes qui supportent notre organisation économique, politique et sociale : **par exemple une loi allant à l'encontre de l'égalité de l'homme et de la femme. Autre exemple, tiré de l'arrêt La Ropit du 5 mars 1928, dans lequel la Cour de cassation estima que « le décret soviétique prononçant la nationalisation de la flotte marchande russe sans prévoir l'attribution d'une juste indemnité aux propriétaires dépossédés est contraire à l'ordre public et ne peut recevoir application en France ».**
- **Enfin**, l'ordre public va réagir à l'encontre des lois étrangères dont l'application risque de compromettre le résultat vers lequel tend notre politique législative. **Par exemple, en matière de filiation, une loi étrangère sera déclarée contraire à notre ordre public si elle a pour effet de priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation (Cass.civ.1, 25 avril 2007, qui estime que l'exception d'ordre public ne sera en revanche pas opposée à une loi étrangère comme la loi algérienne refusant l'établissement d'une filiation naturelle, dès lors que l'enfant a la nationalité algérienne et réside en Algérie).**

Les modalités d'intervention de l'exception d'ordre public méritent encore deux précisions :

- D'une part, la compatibilité de la loi étrangère avec notre ordre public s'apprécie au moment où le juge français statue, ce que l'on nomme « **l'actualité de l'ordre public** », principe que la Cour de cassation a posé dans son arrêt Marret du 23 novembre 1976, à propos de l'exequatur d'une décision allemande en matière de filiation, certainement contraire par son libéralisme à l'ordre public international français à l'époque où elle fut prononcée, mais qui fut présentée à l'exequatur en France à un moment où la loi du 3 janvier 1972 venait de libéraliser considérablement le Droit français, ce qui évita le jeu de l'exception d'ordre public.

- D'autre part, ce qui provoque l'exception d'ordre public est moins le contenu abstrait de la loi étrangère que son application *in concreto*, dans le cas d'espèce soumis au juge.

2°) Les effets de l'ordre public

Le jeu de l'exception d'ordre public se traduit par un double effet :

- tout d'abord, l'ordre public évince la loi étrangère normalement compétente
- ensuite, l'ordre public substitue à la loi étrangère normalement applicable la loi française, compétente en tant que *lex fori* en vertu de sa vocation subsidiaire toutes les fois qu'il y a impossibilité d'appliquer la loi étrangère. Plus précisément, cet effet d'éviction et de substitution devra être strictement limité à la disposition critiquée de la loi étrangère qui, pour le surplus, retrouvera sa compétence. Mais l'étendue de la substitution sera parfois plus vaste, comme en atteste l'arrêt Patinõ rendu le 15 mai 1963 par la Cour de cassation. Ce litige ou plutôt cette saga entre les époux Patinõ, qui a donné lieu à de nombreux arrêts et participé grandement à l'élaboration du DIP français, concernait la séparation de Maria Christina de Bourbon, de nationalité espagnole qui avait épousé Antenõr Patinõ, héritier de la riche famille Patinõ ayant bâti sa fortune dans l'étain en Bolivie. Madame Patinõ avait demandé devant les juridictions françaises le prononcé d'une séparation de corps. Or, en l'espèce la règle de conflit de lois française donnait compétence à la loi bolivienne qui ignorait la séparation de corps, tandis qu'en matière de divorce, le DIP bolivien renvoyait à la loi espagnole qui n'admettait pas le divorce. En clair, les époux Patinõ ne pouvaient ni divorcer, ni être séparés de corps. Les tribunaux français, jugeant cette situation contraire à l'ordre public international, prononcèrent la séparation de corps en application du Droit français, substitué aux Droits étrangers normalement compétents. Mais il fallait alors régler les intérêts pécuniaires des époux Patinõ, et décider quel était le sort de leur régime matrimonial suite à la séparation de corps. A priori la loi compétente sur cette question était la loi bolivienne. Seulement cette loi ignorait la séparation de corps, et ne pouvait donc en gouverner les conséquences sur le régime matrimonial. C'est pourquoi la Cour de cassation approuva la Cour d'appel d'avoir admis que par un corollaire nécessaire, la loi française compétente pour prononcer la séparation de corps l'était également pour assurer le règlement pécuniaire des époux.

Les effets de l'ordre public ne se manifestent pas toujours avec la même intensité : ils sont en effet fonction de circonstances de lieu, ce qui se manifeste de la façon suivante. Soit l'ordre public va réagir à l'encontre de la naissance en France d'une situation juridique par application d'une loi étrangère au contenu choquant : adoption, divorce.... Soit il va réagir à l'encontre de l'efficacité en France d'une situation qui s'est constituée à l'étranger sous

l'empire d'une loi étrangère dont le contenu nous semble inadmissible. Or, alors que l'ordre public international, dans le premier cas, réagit avec toute sa force, dès lors que le contact avec l'ordre juridique français est très étroit puisqu'il s'agit d'y créer une situation, dans le second cas, sa réaction est atténuée, ce que l'on nomme « l'effet atténué de l'ordre public ». La raison en est que la situation juridique qu'il s'agit de reconnaître en France s'est de toute façon constituée à l'étranger et a pu y produire des effets. Comme l'a indiqué la Cour de cassation dans son arrêt Rivière du 17 avril 1953, alors qu'était sollicitée la reconnaissance en France d'une décision équatorienne ayant prononcé le divorce par consentement mutuel de deux époux dont l'un était Français, à une époque où le Droit français ignorait le divorce par consentement mutuel, « la réaction à l'encontre d'une disposition étrangère contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger, et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du DIP français ». Dans le même esprit la Cour de cassation a accepté dans deux arrêts Chemouni du 28 janvier 1958 et du 19 février 1963 la demande d'aliments formée par la seconde épouse d'un Tunisien, ce qui revient à donner effet en France à une union polygamique célébrée à l'étranger, alors que la célébration d'une telle union sur le territoire français serait jugé contraire à l'ordre public international.

Mais effet atténué ne signifie pas absence d'effet, ainsi que le prouve la dernière position de la Cour de cassation sur la délicate question des effets qu'il convient d'accorder à des répudiations musulmanes prononcées à l'étranger. Se fondant sur le principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, reconnu par l'article 5 du protocole n°5 du 22 novembre 1984, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a par quatre arrêts rendus le 17 février 2004 refusé au nom de l'ordre public international de faire produire effets en France à « *une répudiation survenue à l'étranger sur la décision unilatérale du mari, sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme, et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial* ».

En outre, il est à noter que depuis plusieurs années, la Cour de cassation ajoute un facteur d'ordre personnel dans son appréciation de la conformité à l'ordre public international : elle estime ainsi que lorsqu'un Français ou une personne domiciliée en France est partie au rapport de droit, l'ordre public doit réagir de façon plus intense. C'est ainsi qu'en matière de filiation, sa réaction à l'encontre de la loi algérienne, qui ne permet pas l'établissement d'une filiation hors mariage, varie selon que l'enfant dont la filiation est en discussion a ou non la nationalité française, ou réside ou pas sur le territoire français. Aussi bien, dans un arrêt du 10 mai 2006, a-t-elle sans ambiguïté déclaré qu'« une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation ».

B.- L'exception de fraude à la loi normalement compétente

Il était une fois une Princesse... La Princesse de Bauffremont belge devenue française par son mariage, séparée de corps de son mari le Prince de Bauffremont, mais malheureuse. Malheureuse car le Droit français, qui lui était applicable, ne connaissait pas à cette époque le divorce, ce qui empêchait la Princesse d'épouser le Prince Bibesco, dont elle était éprise. Mais la Princesse avait de la suite dans les idées. Profitant du droit de choisir seule un domicile séparé, elle fixe en 1874 son domicile dans le Duché de Saxe-Altembourg, dont elle obtient la nationalité le 3 mai 1875. Or la loi de cet Etat considère comme divorcés les catholiques séparés de corps. Etant sujette de cet Etat, la Princesse recouvre sa liberté et peut enfin épouser le Prince Bibesco à Berlin le 24 octobre 1875. Mais sans doute a-t-elle été trop pressée. Le Prince de Bauffremont en effet ne l'entend pas de cette oreille, et obtient des juges parisiens qu'ils entendent la Princesse toujours unie à lui dans les liens du mariage. Sur pourvoi de la Princesse de Bauffremont, la Cour de cassation approuve les juges du fond en constatant que la Princesse n'a sollicité et obtenu une nationalité nouvelle que dans le but d'échapper aux prohibitions de la loi française. Mais non pour exercer les droits et accomplir les devoirs afférents à sa nouvelle nationalité, ce dont attestent son second mariage et l'abandon rapide de sa nouvelle nationalité. Tous actes ainsi opérés en fraude de la loi française. Cette affaire montre parfaitement quels sont les éléments constitutifs et la sanction de la fraude à la loi normalement compétente.

1°) Les éléments constitutifs de la fraude à la loi

Selon l'expression employée par la Cour de cassation dans un arrêt Société Lafarge du 17 mai 1983, « il y a fraude à la loi en DIP lorsque les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le but de se soustraire à la loi normalement compétente ». La fraude à la loi suppose ainsi la réunion de trois éléments constitutifs : un élément matériel, un élément intentionnel ou moral, et enfin un élément légal.

- **Tout d'abord** un élément matériel, consistant à manipuler un élément de la règle de conflit de lois afin de glisser de l'empire d'une loi normalement compétente à l'empire d'une autre loi jugée plus avantageuse. Cette manipulation portera le plus souvent sur le critère de rattachement, à condition que ce critère soit susceptible d'une telle manipulation : critère de la nationalité dans l'affaire de Bauffremont ; critère du domicile ou de la résidence ; critère du lieu de situation du meuble. A supposer que le critère de rattachement ne puisse être manipulé, tel le lieu de situation d'un immeuble, les parties désireuses d'un autre rattachement pourront jouer sur la qualification, c'est-à-dire sur la catégorie de rattachement. **Ainsi dans l'affaire Caron, ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation en date du 20 mars 1985, un père de famille propriétaire d'un immeuble sur la Côte d'Azur et désireux d'avantager sa maîtresse au détriment de ses héritiers en contournant la prohibition du droit français successoral normalement applicable (*lex rei sitae*), a constitué une SCI, dont les parts de nature mobilière ont pu être transmises librement à sa bien aimée en accord avec la loi new-yorkaise, compétente suite à son décès à New-York en tant que loi du dernier domicile du défunt, applicable d'après notre règle de conflit en matière de succession mobilière.**

- **Ensuite**, un élément moral ou intentionnel, c'est-à-dire le dessein frauduleux la volonté de parvenir à un résultat illégitime au moyen d'une démarche intrinsèquement légitime. Comme l'a relevé la Cour de cassation dans l'affaire de la Princesse de Bauffremont, le dessein frauduleux consistera dans le fait de provoquer un changement, mais dans le seul but d'obtenir le résultat prohibé par la loi éludée, sans accepter les autres conséquences produites par ce changement.

- **Enfin**, un élément légal, à savoir l'impératif légal auquel la personne tente de se soustraire, par exemple la prohibition du divorce dans l'affaire de la Princesse de Bauffremont, ou l'institution de la réserve successorale dans l'affaire Caron. Précisons qu'il est à présent admis depuis un arrêt de Gunzburg de la CA Paris du 18 juin 1964 et un arrêt Giroux de la même Cour en date du 5 mars 1976 que la fraude sanctionnée peut être aussi bien une fraude à la loi française qu'à la loi étrangère.

2°) Sanctions de la fraude à la loi

La sanction de la fraude à la loi a pour objet la mise à néant de la situation créée grâce à la fraude : on va tenir pour avérée non la situation obtenue frauduleusement, mais la situation à laquelle le fraudeur a voulu échapper : ainsi dans l'affaire de Bauffremont, la naturalisation de la Princesse a été jugée inopposable au Prince, d'où le maintien de la nationalité française et de l'application de la loi française à la Princesse, qui ne pouvait donc divorcer. Dans l'affaire Caron, l'application de la loi américaine a été jugée inopposable aux enfants, à l'égard desquels la loi française du lieu de situation de l'immeuble conservait sa compétence, et leur octroyait à chacun sa part réservataire.

Titre III : LES EFFETS DES JUGEMENTS ETRANGERS EN FRANCE

Une décision de justice rendue dans un Etat étranger (l'Etat d'origine) peut-elle produire des effets dans un autre Etat (l'Etat d'accueil) ? La question est importante : en effet, du fait de la mobilité des individus, mais aussi du fait que le demandeur aura souvent porté son action de préférence dans son propre pays, il arrive fréquemment qu'une décision soit invoquée dans un autre pays que celui où elle été rendue. Pays où par exemple se trouve le défendeur, et qu'il faut contraindre à exécuter la décision étrangère. Pays où par exemple vit désormais

l'époux divorcé, et qui pour se remarier a besoin de produire la décision étrangère de divorce. Or il serait dommage dans ces hypothèses que pour atteindre le défendeur récalcitrant ou que pour se remarier il faille recommencer un procès en France. C'est pourquoi le DIP français admet qu'à certaines conditions, une décision étrangère produise des effets sur le territoire français. Simplement, afin que ces effets se produisent, un contrôle de la régularité internationale de la décision est organisé, ce qui se comprend dès lors que le jugement étranger apparaît comme une norme dont le juge français va désormais devoir tenir compte. Encore faut-il cependant distinguer selon les effets du jugement dont on voudra se prévaloir, certains effets produits par un jugement étranger pouvant se produire indépendamment de tout contrôle de sa régularité internationale.

Quels sont les effets possibles d'une décision étrangère en France ?

■ Chapitre I : Les effets possibles en France de la décision étrangère

Il est possible de se prévaloir en France d'une décision étrangère à diverses fins :

- Tout d'abord, on peut chercher à se prévaloir de la décision étrangère dans la perspective de son exécution forcée en France, avec le concours de la force publique. Dans cette hypothèse, le but va être de conférer force exécutoire à la décision étrangère afin de rendre possible en France l'exécution de mesures coercitives en France sur les biens ou sur les personnes. Cette finalité rend nécessaire l'octroi de ce que l'on nomme un « **exequatur** », qui nécessitera la conduite d'une instance bien spécifique.
- Ensuite, on peut chercher à se prévaloir d'un autre effet judiciaire de la décision étrangère, soit son autorité de chose jugée. Le but sera alors de faire obstacle en France au moyen d'une exception de chose jugée au renouvellement d'un procès qui a déjà été jugé à l'étranger, en se prévalant de l'autorité négative de chose jugée attachée à la décision étrangère. Il faudra pour cela que la décision étrangère soit « **reconnue** »
- Enfin, on peut chercher à se prévaloir de l'autorité positive de chose jugée résultant de la décision étrangère dans le cadre d'une demande en France distincte de celle qui a été jugée à l'étranger. Tantôt, c'est le demandeur qui se prévaudra de la décision étrangère, par exemple pour appuyer une réclamation d'aliments sur le fondement d'une filiation qu'a établie un jugement étranger. Tantôt ce sera le défendeur, par exemple pour faire obstacle à une action en divorce en France du fait de l'existence d'une décision étrangère ayant prononcé la nullité du mariage.

Ces différents effets que l'on prétend tirer de la décision étrangère sont subordonnés à la régularité internationale de la décision étrangère. Régularité internationale que l'on contrôlera parfois nécessairement *a priori*, ou bien uniquement s'il y a contestation de cette régularité internationale, tout dépendant comme il va être vu de la nature du jugement étranger et des effets que l'on cherche à lui faire produire.

Mais il est d'autres effets qu'une décision étrangère est susceptible de se voir reconnaître en France indépendamment de toute condition de régularité internationale.

- En premier lieu, quand bien même elle serait dénuée d'autorité en France en tant que jugement, la décision étrangère représente à n'en pas douter un « *instrumentum* » qui constate un complexe de droits et d'obligations. *Instrumentum* qui se voit reconnaître une valeur au moins égale à celle d'un acte sous seing privé, et qui pourra donc être invoqué en France, ce que l'on nomme « l'effet de titre ». par exemple, un jugement étranger constatant l'existence d'une créance pourra être invoqué en France à l'appui d'une déclaration de créance dans le cadre d'une procédure collective.
- En second lieu, et dans le même ordre d'idées, puisque la décision étrangère comporte nécessairement des constatations de fait, cette décision pourra être utilisée en tant qu'élément de preuve. En principe, la force probante d'une décision étrangère est celle d'un simple témoignage, d'un simple indice ou d'une simple présomption.
- En troisième lieu, la décision étrangère représente une réalité dont on pourra être amené à tirer des conséquences au sein de l'ordre juridique français. En clair, la décision apparaît comme un fait dont on ne peut faire abstraction. Par exemple, si une personne a été condamnée pénalement à l'étranger pour banqueroute personnelle, cette condamnation pourra sans doute être invoquée en France pour interdire à cette personne d'exercer une activité commerciale.

■ Chapitre II : La possibilité d'effets en France de la décision étrangère

La question de savoir si une décision étrangère peut produire des effets en France, et à quelles conditions, est résolue par des règles matérielles sanctionnatrices de DIP. Ces règles sont issues du Droit français, ce qui est logique dès lors que c'est dans cet Etat qu'il s'agit d'accueillir la décision étrangère. C'est à lui de dicter ses exigences. Plus précisément, la matière est gouvernée en DIP français par deux catégories de règles : des règles tout d'abord d'origine conventionnelle, issues principalement des dispositifs

Bruxelles I et Bruxelles II. Du fait de leur préséance sur les règles françaises de droit commun, ces règles de droit conventionnel devraient être étudiées en premier. Mais il n'en sera rien. Une bonne compréhension de la matière suppose que soient présentées tout d'abord les règles de droit commun, que la jurisprudence de la Cour de cassation a bâties patiemment au fil des ans (Section I). Le droit conventionnel pourra ensuite être exposé utilement (Section 2).

Section I : Les règles de droit commun français

Paragraphe I : L'admission de la réalisation d'effets en France des jugements étrangers

A la question de savoir si une décision étrangère peut sortir des effets en France, la jurisprudence française a répondu par toute une série de décisions qui traduisent une lente évolution dans le sens d'une efficacité de plein droit toujours plus grande des décisions étrangères en France. Sans trop entrer dans le détail, rappelons les grandes lignes de cette évolution :

- Tout d'abord, sous l'empire de l'arrêt Parker du 19 avril 1819, s'instaura un régime caractérisé par le refus de tout effet normatif aux jugements étrangers avant qu'ils ne soient soumis avec succès à l'épreuve du pouvoir de révision (en fait un réexamen de l'affaire en fait et en droit par le juge de l'exequatur) exercé dans le cadre de l'instance en *exequatur*. A l'appui de cette position étaient mises en avant l'indépendance des Etats, la souveraineté des gouvernements, s'opposant à ce qu'un Tribunal étranger, émanation d'une souveraineté étrangère, puisse émettre une décision s'imposant en France.
- Puis vint l'arrêt Bulkley du 28 février 1860, qui marqua une réaction à l'encontre de l'arrêt Parker et du protectionnisme qu'il instaurait. Il apparut que la rigueur de sa position devait être écartée lorsqu'étaient en cause des jugements étrangers ne renfermant pas de potentialités d'exécution. Ainsi des jugements n'attribuant aucun droit à exercer contre la personne, ni ne prononçant aucune condamnation à une prestation quelconque. **Par exemple, comme dans l'arrêt Bulkley, un jugement de divorce étranger invoqué en France aux fins de remariage.**
- Plus fondamentalement, et c'est ce que fit valoir l'arrêt de Wrède rendu le 9 mai 1900, on comprit que l'état des personnes ne pouvait demeurer incertain, et qu'il ne devait pas être nécessaire d'attendre un *exequatur* pour que prenne effet en France par exemple l'annulation d'un mariage acquise à l'étranger. L'instance en *exequatur* et son corollaire du pouvoir de révision risquaient de ranimer un contentieux pourtant déjà terminé à l'étranger, et de porter atteinte de la sorte à l'unité du statut personnel. C'est pourquoi s'établit l'idée que, pourvu qu'elles interviennent sur des questions de statut personnel, les décisions étrangères, qu'elles soient déclaratives (décision établissant une paternité) ou constitutives (décision prononçant un divorce ou une adoption) devraient être efficaces *de plano* en France. Ce que devait confirmer l'arrêt Hainard du 30 mars 1930.

En clair, il est depuis cette jurisprudence admis que les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité des personnes, non seulement voient leur efficacité substantielle reconnue de plano en France, mais encore ont en France autorité de la chose jugée avant et hors de toute procédure d'exequatur. Une telle reconnaissance de l'autorité de plano n'empêche cependant pas la vérification de la régularité internationale de la décision étrangère dès lors qu'il y aura contestation de sa régularité.

Mais l'évolution ne s'est pas arrêtée là.

- Comme on l'a dit, la jurisprudence que l'on vient d'étudier s'est justifiée par l'irréalisme qu'il y aurait à méconnaître en France la situation de fait et de droit créée à l'étranger par un jugement d'état. Or, a-t-on fait valoir, il n'y a pas qu'en matière de statut personnel qu'un jugement peut créer à l'étranger une situation juridique nouvelle que l'on ne pourra méconnaître en France. Le même constat peut être formulé à propos des jugements attribuant des pouvoirs, des qualités, ou plus généralement constituant une situation juridique nouvelle. C'est ainsi que la jurisprudence a reconnu l'efficacité de plein droit des jugements constitutifs étrangers, même intervenus hors de l'état des personnes : par exemple un jugement désignant un liquidateur de société.

Au vu de tout ce qui précède, il apparaît donc qu'une seule catégorie de jugements étrangers échappe aujourd'hui encore à l'admission de l'efficacité de plein droit en France : celle des jugements patrimoniaux déclaratifs. Par exemple, le jugement annulant un contrat, ou constatant la responsabilité civile d'une personne. **Pourquoi cette exclusion de la reconnaissance de plano ?** Tout simplement parce que pratiquement, ces jugements posent essentiellement des problèmes d'exécution pour lesquels l'intervention préalable d'un tribunal français est toujours nécessaire. Cependant, en raison de la difficulté qu'il y a parfois à distinguer entre jugements constitutifs et jugements déclaratifs, on a proposé d'aligner le sort des différentes catégories de jugements en ne distinguant dorénavant qu'en fonction de l'effet recherché : tout jugement étranger serait efficace de plein droit en France lorsque la personne s'en prévalant ne cherche à se prévaloir que de son autorité. En revanche, le contrôle de la régularité internationale s'imposerait dès l'instant où la personne s'en prévalant prétendrait en tirer des conséquences contraignantes.

Cette proposition n'a pas encore abouti à ce jour : seuls les jugements rendus en matière d'état et de capacité des personnes ainsi que les jugements constitutifs rendus en matière patrimoniale bénéficient d'une autorité de plein droit en France. Les jugements déclaratifs patrimoniaux nécessitent toujours une procédure de vérification préalable de leur régularité lorsque leur autorité est invoquée en France. Par contre, tous les jugements étrangers quelle que soit leur nature sont assujettis à la procédure d'exequatur lorsqu'est recherchée en France l'obtention de leur force exécutoire.

Paragraphe II : Les conditions posées à la réalisation d'effets en France des jugements étrangers

Dès lors que l'on souhaite voir conférer force exécutoire à la décision étrangère, ou que sa régularité internationale se voit contestée en France, un contrôle de cette décision s'avère nécessaire. Il convient de préciser quels sont ces chefs de contrôle (A), avant d'examiner la façon dont se déroule ce contrôle (B).

A.- Les chefs de contrôle

A l'origine, suite à l'arrêt Parker, le Tribunal saisi d'une demande d'exequatur devait procéder à la révision au fond du jugement étranger qui lui était présenté, c'est-à-dire le réexaminer en fait et en droit. C'était s'assurer que le juge français, s'il avait été saisi du litige, aurait statué de la même façon que le juge étranger. Ce manque d'ouverture à l'égard des jugements étrangers a été sévèrement critiqué. Mais il a fallu attendre près de 150 années pour que la Cour de cassation abandonne par son arrêt Munzer du 7 janvier 1964 le système de la révision. Toutefois, l'abandon du système de la révision ne pouvait naturellement signifier l'absence de tout contrôle du jugement étranger. L'arrêt Munzer, et c'est là son autre intérêt majeur, a également défini les chefs de contrôle du jugement étranger qui jusque à une période récente étaient au nombre de cinq. La philosophie désormais n'est plus l'exigence d'une identité entre le jugement étranger et celui qu'aurait rendu la juridiction française, mais l'imposition de limites à la différence admise entre ce qui a été jugé à l'étranger, et ce qui l'aurait été en France. **De quels chefs de contrôle s'agit-il ?**

- **Tout d'abord**, condition sans doute essentielle de la régularité internationale, la compétence internationale du juge d'origine pour rendre la décision d'origine, ce que Martin a appelé la « **compétence internationale indirecte** ». Mais comment apprécier si la juridiction d'origine avait compétence internationale pour connaître du litige ? la Cour de cassation, dans son arrêt Simitch du 6 février 1985, a estimé que « **toutes les fois que la règle française de solution de conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le Tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux** ». On sait que depuis l'arrêt Prieur du 2 » mai 2006, la Cour de cassation considère que « **l'article 15 du code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un juge étranger** ». La même analyse se voit retenue à propos de l'article 14 depuis un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 2007.

- **Ensuite**, second chef de contrôle lui aussi d'ordre processuel, qui depuis l'arrêt Bachir du 4 octobre 1967, consiste à vérifier « la régularité du déroulement du procès devant la juridiction étrangère au regard de l'ordre public international français et du respect des droits de la défense ». A cet égard et ainsi que l'a confirmé l'arrêt Pellegrini du 20 juillet 2001, le juge français devra veiller au respect des exigences de l'article 6§1 de la CEDH, qui consacre le « droit au procès équitable ».

- **Troisième chef de contrôle**, qui rejoint le précédent, la conformité de la décision à l'ordre public international. Est ici visé l'ordre public international au sens du conflit de lois. Ne sera donc pas accueillie la décision étrangère qui conduit à un résultat jugé choquant au

regard des conceptions fondamentales de notre ordre juridique. Etant rappelé qu'en vertu de la jurisprudence Rivière du 17 avril 1953, l'ordre public jouera ici sous sa forme atténuée.

- **La quatrième condition**, la plus décriée, consistait à exiger du jugement étranger soumis à exequatur qu'il ait été prononcé en application de la même loi que celle que désigne dans le cas d'espèce la règle de conflit française. En fait, cela revenait à exiger du juge étranger qu'il ait appliqué la même loi que celle qu'aurait appliqué le juge français s'il avait été directement saisi du litige. Afin de tempérer cette rigueur, la jurisprudence, depuis un arrêt Drichemont du 29 juillet 1929, avait eu recours à la théorie de l'équivalence. Elle permettait d'estimer la décision étrangère régulière si la loi appliquée par le juge étranger aboutissait dans le cas d'espèce au même résultat que celui auquel aurait conduit la loi désignée par notre règle de conflit. En dépit de ce tempérament, ce chef de contrôle demeurait fort controversé. Il n'est donc pas surprenant que la Cour de cassation, dans un arrêt Cornelissen du 20 février 2007, ait fini par l'abandonner.

- Cinquième et dernier chef de contrôle, la vérification de l'absence de toute fraude à la loi. Il importe ici de bien distinguer la « fraude à la loi » de la « fraude au jugement ». Ce qui sera critiqué ici n'est pas une manipulation de la règle de conflit en vue de l'application d'une loi autre que celle que désignerait normalement notre règle de conflit. Le grief ici visé est « le forum shopping », c'est-à-dire le fait pour les parties de s'être rendues devant un tribunal étranger dans le but d'obtenir un jugement conforme à leurs intérêts, et d'échapper ainsi à la décision qu'aurait rendue le juge français normalement compétent s'il avait été saisi du litige. Certes, ce changement de juge s'avère intéressant parce qu'il y a changement de loi, d'où la tentation d'y discerner une fraude à la loi. Mais ce qui est éludé ici est l'application de la loi que désigne notre règle de conflit, non sa compétence puisqu'il n'y a pas de manipulation de la règle de conflit de lois française, comme dans la fraude à la loi. Avec la fraude au jugement, les parties vont aller plaider à l'étranger dans le but principal d'invoquer immédiatement après le jugement étranger dans le pays où elles vivent, en sachant que le juge de ce dernier pays ne leur aurait pas accordé ce qu'elles réclament si elles l'avaient saisi directement.

B.- La mise en œuvre du contrôle

Le contrôle va être mis en œuvre, soit à l'occasion d'une instance en inopposabilité, diligentée par la partie qui estime que le jugement étranger est susceptible de lui nuire et qui désire dores et déjà à des fins préventives faire constater qu'il est irrégulier. Soit lors de la demande en reconnaissance incidente de la décision, si celle-ci est contestée. Soit lors de l'instance en exequatur, introduite devant le TGI statuant à juge unique par voie d'assignation de la personne qui avait la qualité de partie succombante dans le procès étranger. Ce sera à celui qui invoque l'autorité du jugement étranger de prouver que les conditions de régularité internationales sont satisfaites.

Section II : Les règles de droit conventionnel

Si l'on excepte les conventions bilatérales conclues assez fréquemment dans le domaine des effets et de la reconnaissance des décisions, les règles de droit conventionnel qui seront très brièvement présentées ici proviennent d'une part du dispositif Bruxelles I/Lugano en matière civile et commerciale (§ 1), d'autre part du dispositif Bruxelles II en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (§ 2). Mais il ne faut pas oublier tout d'abord le Règlement n°4/2009 du 18 décembre 2008 sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Devant entrer en vigueur le 18 juin 2011, ce règlement rend de plein droit exécutoires dans tous les Etats membres les décisions rendues en matière d'obligations alimentaires par les tribunaux de l'un quelconque de l'un d'entre eux, à la seule exception du Royaume Uni. En effet, la condition que l'Etat membre d'origine soit lié par le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, à laquelle il subordonne cette suppression de l'exequatur, sera nécessairement remplie. Une décision du Conseil du 30 novembre 2009 rend en effet ce Protocole unilatéralement applicable dans tous les Etats membres, à l'exception du Danemark et du Royaume Uni, à compter du 18 juin 2011. Enfin, mention doit être faite des Règlements des 16 décembre 2006 et 11 juillet 2007. Le premier, qui est entré en vigueur le 12 décembre 2008, institue une procédure européenne d'injonction de payer en matière civile et commerciale. En l'absence d'opposition par le défendeur à l'injonction, celle-ci est déclarée exécutoire par la juridiction devant laquelle elle a été portée, et pourra être reconnue et exécutée dans l'ensemble des Etats membres sans qu'il y ait lieu de requérir l'exequatur, et sans qu'il soit possible de contester sa reconnaissance. Quant au Règlement du 11 juillet 2007, applicable depuis le 1^{er} janvier 2009, il dispense de toute formalité préalable l'exécution dans un Etat membre des décisions obtenue dans un autre Etat membre au terme de la procédure qu'il offre pour les petits litiges n'excédant pas 2000 € en matière civile et commerciale.

Paragraphe I : Le dispositif Bruxelles I / Lugano

Le dispositif Bruxelles I / Lugano instaure un régime destiné à permettre que les décisions rendues au sein des Etats membres en matière civile et commerciale puissent circuler aisément à travers les Etats membres, créant de la sorte un véritable « espace judiciaire européen ». Les dispositions du Règlement Bruxelles I n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (articles 32 à 52) gouvernent la reconnaissance et l'exécution des décisions dans les rapports entre Etats membres de l'Union européenne. Par exemple, la reconnaissance en France d'une décision rendue aux Pays-Bas, ou bien la reconnaissance en Grèce d'une décision rendue en Espagne. Les règles de la Convention de Lugano (articles 2 à 45) s'appliquent non seulement à la circulation des décisions entre Etats de l'AELE (décision suisse à reconnaître en Norvège), mais encore à la circulation des jugements entre le bloc UE et le bloc AELE (par exemple exequatur en France d'un jugement rendu en Suisse ; ou bien exequatur en Islande d'un jugement rendu en Allemagne).

A.- Philosophie du dispositif Bruxelles I / Lugano

Les dispositions de la Convention de Lugano et du Règlement sont à peu de choses près similaires. Elles participent en tous cas de la même philosophie : **assurer une libre circulation des jugements étrangers, possible grâce au postulat de base qu'est la confiance du juge de l'Etat requis dans la justice rendue par le juge de l'Etat d'origine**. En outre, les risques d'irrégularité sont atténués dès lors qu'en vertu de l'article 25 du Règlement (article 19 de la Convention),le juge saisi va devoir s'assurer au besoin d'office qu'il ne viole pas la compétence exclusive d'une autre juridiction. Par ailleurs, lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant, mais assigné dans un autre Etat contractant, ne comparait pas, le juge doit s'assurer que ce défendeur a eu connaissance de l'assignation délivrée à son encontre. Il doit surseoir à statuer tant qu'il n'en est pas assuré.

En outre, le régime simplifié de reconnaissance des décisions que met en place ce système est également rendu possible par l'admission dans le dispositif de l'exception de litispendance et de connexité, de nature à prévenir les contrariétés de décisions au sein des Etats membres.

Le dispositif reprend la dualité« reconnaissance-exécution » connu du Droit commun, avec ses conséquences classiques : les décisions sont efficaces *de plano* sur le territoire des autres Etats signataires, seule leur exécution se voyant subordonnée à une procédure particulière (article 33 du règlement et article 26 de la Convention). De même qu'en Droit commun, la contestation de la régularité de la décision dont la reconnaissance est demandée déclenchera le contrôle simplifié.

Ce contrôle simplifié s'applique aux décisions en provenance d'autres Etats membres, peu important que la juridiction d'origine ait tiré sa compétence des règles de compétence du dispositif, ou d'autres règles issues d'autres conventions internationales ou de son Droit commun. Peu importe que la décision à contrôler ait été rendue dans un litige interne ou international. Peu importe qu'il s'agisse d'une décision rendue en matière gracieuse ou en matière contentieuse. Peu importe que cette décision ait ou non acquis force de chose jugée, l'essentiel étant qu'elle ait force exécutoire si le but est de lui conférer force exécutoire dans le pays requis. Peu importe que la décision, qui a dû statuer à titre principal sur une matière couverte par le dispositif, ait du trancher préalablement une question incidente échappant au domaine du dispositif.

Par contre, le dispositif ne s'applique pas aux décisions judiciaires autorisant des mesures provisoires ou conservatoires, rendues sans que la partie contre laquelle elles sont dirigées ait été appelée à comparaître, et destinées à être exécutées sans avoir été préalablement signifiées. Par exemple certaines décisions obtenues sur requêtes, ou certaines injonctions de payer qui ont donné lieu à deux règlements spécifiques en date des 12 décembre 2006 (procédure européenne d'injonction de payer) et 11 juillet 2007 (procédure propre aux « petits litiges de moins de 2.000 €). Deux règlements où le concept même de reconnaissance des décisions a d'ailleurs disparu, puisque, dans le domaine matériel de ces deux règlements, l'Etat d'accueil n'a pas le pouvoir de s'opposer à la pleine efficacité des décisions rendues dans un autre Etat membre.

B.- Le contenu du régime simplifié de reconnaissance et d'exequatur

Le dispositif condamne évidemment toute révision de la décision étrangère, c'est-à-dire son réexamen en fait et en droit, de même qu'y est supprimé le contrôle de la compétence du juge d'origine, peu important le fondement sur lequel le juge d'origine a assis sa compétence. Cependant, l'article 35 al.1 du Règlement (article 26 de la Convention) prévoit le refus d'efficacité en cas de contravention aux règles de compétence exclusive, ainsi qu'aux règles de compétence protectrices de la partie faible. L'efficacité sera également refusée si la décision étrangère a un contenu manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat requis, ce qui doit selon la CJCE demeurer exceptionnel, et se limiter par exemple à la contrariété aux dispositions de la CEDH : ainsi de la méconnaissance dans l'Etat d'origine des exigences du droit à un procès équitable. En outre, la procédure suivie à l'étranger sera contrôlée si le défendeur a été défaillant : le but est ici de vérifier que ce défendeur a pu utilement organiser sa défense. De façon plus générale, une violation du respect des droits de la défense ou de l'obligation de motivation pourraient justifier un refus d'exequatur.

Paragraphe II: Le dispositif Bruxelles II bis

Le Règlement n°2201/2003 Bruxelles II bis instaure un régime destiné à permettre que les décisions rendues au sein des Etats membres en matière matrimoniale et de responsabilité parentale puissent circuler aisément à travers l'Union européenne. Concrètement, le contrôle auquel se voient soumises les décisions au sein de l'Etat membre d'accueil subit un fort allègement, dans la ligne de ce qu'a mis en place le dispositif Bruxelles I. Mais, allant plus loin, le Règlement Bruxelles II bis, dispense même en certains cas la décision étrangère de toute vérification, ce qui lui confère une efficacité immédiate en termes d'exécution. L'examen de ce système suppose qu'en premier lieu soient identifiés les actes bénéficiant de la libre circulation (A), avant que soient précisées les modalités de la reconnaissance des décisions rendues en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (B), puis celles de l'exequatur, qui ne peut concerner que les décisions rendues en matière de responsabilité parentale (C).

A.- Les actes bénéficiant du système de libre circulation

Font partie de ces actes tout d'abord les décisions rendues dans un Etat membre après la mise en application du Règlement dans une matière rentrant dans le champ d'application de celui-ci. Peu importe que la décision ait été rendue dans l'Etat membre en vertu des règles communautaires ou nationales de compétence. Peu importe que la décision ait prononcé la désunion, ou ait refusé de la prononcer.

Font également partie de ces actes les accords entre parties ou actes authentiques passés en la matière dans les Etats membres, et y ayant un caractère exécutoire.

B.- Le régime de reconnaissance des décisions en matière de désunion et de responsabilité parentale.

Comme en droit international privé commun français, le régime repose ici sur le principe de reconnaissance de plein droit des décisions rendues en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Aucune procédure n'est donc nécessaire pour faire produire effet à une décision rendue dans un Etat membre, par exemple pour opérer une inscription modificative sur le Registre d'Etat civil (article 21-1 et article 21-2). Cependant, ajoute l'article 21-3, à la demande de toute partie intéressée, la décision étrangère peut néanmoins faire l'objet d'une décision de reconnaissance ou à l'inverse de non-reconnaissance. L'utilité de cette reconnaissance judiciaire est d'évacuer tout risque de contestation future autour de la décision. En France, elle sera demandée au Président du Tribunal de grande instance (article 509-2 du Code de procédure civile). La procédure suivie pour la reconnaissance est identique à celle suivie en matière d'exequatur (article 30), à laquelle renvoie d'ailleurs l'article 21-3. Le demandeur à la reconnaissance devra produire la décision certifiée, ainsi que d'autres documents visés aux articles 37 et 39 du Règlement.

Le juge, qui doit statuer à bref délai, va vérifier la régularité internationale de la décision. Mais cette vérification est réduite à sa plus simple expression : la révision au fond de la décision se voit prohibée (article 26), tout comme l'est le contrôle de la compétence du juge d'origine (article 24). En réalité, les motifs de non-reconnaissance sont les suivants :

1°) Les motifs de non-reconnaissance de décisions en matière de désunion sont les suivants :

- a) décision rendue par défaut sans que le défendeur défaillant, qui n'accepte pas la décision, n'ait été à même de pourvoir à sa défense ;
- b) contrariété manifeste de la reconnaissance avec l'ordre public de l'Etat requis, étant précisé que ce motif ne devrait jouer que de façon exceptionnelle à l'encontre de décisions ayant adopté une solution plus sévère que celle qui aurait été rendue en France : par exemple, décision émanant d'un Etat comme Malte qui ignore le divorce, et qui aurait refusé en conséquence de prononcer le divorce, alors qu'un membre du couple, revenu vivre en France, serait de nationalité française. En revanche, il ne semble pas que l'exception d'ordre public puisse empêcher la reconnaissance d'une décision étrangère qui aurait accordé le divorce là où la loi de l'Etat d'accueil ne le permettrait pas ;
- c) contrariété de la décision avec une autre décision antérieure ou postérieure rendue en matière de désunion entre les mêmes parties dans l'Etat requis, ou avec une autre décision rendue antérieurement en matière de désunion entre les mêmes parties dans un autre Etat membre ou dans un Etat tiers, pourvu dans

ces deux dernières hypothèses que la décision soit susceptible d'être reconnue dans l'Etat requis.

2°) Les motifs de non-reconnaissance de décisions rendues en matière de responsabilité parentale sont les suivants :

- a) de même que précédemment, la décision rendue par défaut sans que le défendeur, qui n'a pas acquiescé à cette décision, ait eu le moyen de pourvoir utilement à sa défense, ne sera pas reconnue ;
- b) de même que précédemment, la contrariété manifeste de la décision à l'ordre public de l'Etat requis fera obstacle à sa reconnaissance, la contrariété s'appréciant eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant (article 23).
- c) en outre, ne pourra être reconnue la décision rendue sans que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu, en violation des règles fondamentales de procédure de l'Etat requis (article 23 b).
- d) ensuite, dans le même esprit que précédemment, une décision ayant pour objet la responsabilité parentale ne pourra être reconnue si le parent privé de la responsabilité parentale n'a pas eu la possibilité d'être entendu (article 23 d) .
- e) enfin, la reconnaissance sera refusée si une décision inconciliable a été rendue dans l'Etat requis postérieurement à la décision qu'il s'agit de reconnaître. Il en va de même si cette décision inconciliable a été prise dans un autre Etat membre ou même dans un Etat tiers, dès lors que la décision la plus récente est susceptible d'être reconnue dans l'Etat requis. Il faut en outre pour que cette primauté soit reconnue, que l'enfant réside habituellement dans l'Etat d'où émane la décision la plus récente.

C.- Le régime de l'exécution en matière de responsabilité parentale

Alors que les décisions rendues en matière matrimoniale ne sont soumises qu'au régime de la reconnaissance, les décisions rendues en matière de responsabilité parentale peuvent faire l'objet d'une exécution dans un autre Etat membre. Le régime de l'exequatur se voit considérablement simplifié par le Règlement (1°) qui, dans certaines hypothèses dispense même de tout contrôle la décision (2°).

1°) L'exequatur se voit simplifié

En quoi l'exequatur est-il simplifié ? La procédure est une procédure unilatérale, sur requête, sans intervention du défendeur ou de l'enfant, portée par toute personne intéressée en France devant le Président du tribunal de grande instance du lieu de résidence habituelle de celui contre qui l'exécution est demandée, ou de résidence habituelle de l'enfant, ou du lieu

d'exécution. Une fois saisie, la juridiction de l'Etat requis doit statuer à bref délai (article 31). Ayant vérifié que la décision présentée à l'exequatur a un caractère exécutoire dans l'Etat d'origine, le juge va effectuer le contrôle limité qui est le même qu'en matière de demande de reconnaissance. Si la décision dans l'Etat d'origine fait ou peut encore fait l'objet d'un recours, il peut être demandé à la juridiction de l'Etat requis de surseoir à statuer.

2°) L'exequatur se voit supprimé

C'est là une véritable innovation, qui permet d'attribuer à certaines décisions une force exécutoire immédiate dans d'autres Etats membres, sans passer par une procédure d'exequatur. Quelles sont ces décisions ? Il s'agit des décisions relatives au droit de visite, et les décisions de retour prises par les autorités de l'Etat d'origine de l'enfant conformément à ce que permet l'article 11-8 du Règlement. Le but de l'exécution immédiate est d'éviter toute défaillance dans l'exécution, en un domaine particulièrement sensible où les décisions doivent recevoir immédiatement pleine efficacité, soit afin de faire en sorte que l'enfant ne soit pas privé de l'un de ses parents, soit afin de ne pas prolonger une procédure de retour de l'enfant qui par hypothèse doit être courte.

Pour obtenir l'exécution immédiate, la partie demanderesse devra fournir une expédition certifiée de la décision (articles 41 et 42). En France, c'est le juge auteur de la décision qui certifiera l'expédition, à la condition qu'elle soit exécutoire, et que les parties et l'enfant aient eu la possibilité d'être entendus.

