

## Droit international privé européen<sup>(\*)</sup>

**U**NE FOIS N'EST PAS COUTUME, le développement d'un droit international privé européen, de plus en plus cohérent et complet, s'est encore confirmé durant la période examinée. Sur le plan législatif, le Conseil a adopté, pour la première fois dans le cadre de la coopération renforcée, le règlement Rome III sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, alors qu'une importante refonte du règlement Bruxelles I est par ailleurs sur les rails. D'un autre côté, les questions préjudicielles posées à la Cour de justice l'ont une fois de plus conduite sur des terrains encore inexplorés. C'est ainsi que la Cour a rendu le premier arrêt interprétatif du règlement sur l'obtention des preuves ou qu'elle s'est prononcée sur la notion d'activité dirigée sur internet en matière de contrats conclus par les consommateurs.

1. — Durant la période sous rubrique (15 juillet 2010 - 15 juillet 2011), le flot d'arrêts interprétatifs des multiples instruments de droit international privé européen ne s'est nullement tari. Cinq arrêts ont ainsi été prononcés à propos du règlement Bruxelles IIbis, qui est devenu l'instrument qui suscite le plus grand nombre de questions préjudicielles, spécialement en matière de responsabilité parentale (*infra*, n<sup>os</sup> 6 et s.). Le règlement Bruxelles I arrive en second rang avec quatre décisions, dont l'une, fort attendue, précisant les contours de la notion d'« activité dirigée » dans les contrats conclus par les consommateurs en matière d'e-commerce (*infra*, n<sup>o</sup> 3). Pour la première fois, la Cour s'est par ailleurs prononcée sur l'interprétation du règlement Preuves (*infra*, n<sup>o</sup> 10). Enfin, la Cour a eu l'occasion de rendre un second arrêt sur la Convention de Rome sur les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles (aujourd'hui remplacée par le règlement Rome I), à propos du droit applicable à un contrat de travail exécuté dans plusieurs États membres (*infra*, n<sup>o</sup> 11).

Sur le plan législatif, l'innovation majeure est bien évidemment l'adoption entre quatorze États membres du règlement (UE) n<sup>o</sup> 1259/2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (dit règlement Rome III)<sup>1</sup> (*infra*, n<sup>o</sup> 12) qui s'inscrit dans un mouvement progressif d'élaboration d'un droit international privé de la famille européen<sup>2</sup>. Dans le domaine plus général des

matières civile et commerciale, la Commission a présenté, le 14 décembre 2010, sa proposition de refonte du règlement Bruxelles I<sup>3</sup>, laquelle prévoit notamment la suppression de l'*exequatur*, l'extension des règles de compétence du règlement aux défendeurs domiciliés dans les États tiers ainsi que des dispositions en matière d'arbitrage. On mentionnera enfin que la Convention de Lugano révisée du 30 octobre 2007 est entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, à l'égard de la Suisse et le 1<sup>er</sup> mai 2011 à l'égard de l'Islande.

### 1

#### Compétence et exécution (droit commun - règlement Bruxelles I)

##### A. — Compétence

###### 1. — Contrats

2. — Le régime européen du for contractuel continue à se préciser : dans l'arrêt *Electrosteel*<sup>4</sup>, la Cour a tranché la question de savoir si le lieu de livraison des marchandises, dont le tribunal est compétent pour les litiges en matière de vente, peut être déterminé par référence aux usages du commerce international, et en particulier aux *Incoterms*. En l'espèce, un vendeur italien a assigné un acheteur français en paiement du prix de vente devant le tribunal italien de son propre siège, en invoquant une clause du contrat qui contenait une clause (rédigée en italien) « Resa ns. [nostra] Sede », qui signifie « Remise : départ notre siège » et correspondrait à l'*Incoterm Ex Works* (EXW), qui implique que les marchandises sont livrées au siège du vendeur. La Cour confirme la solution déjà consacrée par l'arrêt *Car Trim*, selon la-

quelle le lieu de livraison des marchandises doit être déterminé, si possible, sur la base des dispositions du contrat<sup>5</sup>. Selon la Cour, dans le cadre de l'examen du contrat, il y a lieu de « prendre en compte tous les termes et toutes les clauses pertinentes de ce contrat, y compris, le cas échéant, les termes et les clauses généralement reconnus et consacrés par les usages du commerce international, tels que les *Incoterms*, pour autant qu'ils sont de nature à permettre d'identifier, de manière claire, ce lieu » (point 22). En ce qui concerne l'*Incoterm* « Ex Works », la Cour constate, reprenant sur ce point l'analyse de l'avocat général, qu'il comporte des dispositions relatives à la délivrance et à la prise de livraison, « qui renvoient au même lieu et permettent ainsi de désigner le lieu de livraison des marchandises » (point 23).

La Cour admet ainsi que, pour la détermination du for contractuel, la désignation du lieu de livraisons des marchandises peut se faire par le détour d'une clause standard renvoyant aux usages du commerce international. Cette possibilité est cependant encadrée par un certain nombre de conditions et restrictions. Premièrement, peuvent seules être prises en compte les termes et clauses « qui sont généralement reconnus et consacrés par les usages du commerce international » (point 22). Cette exigence rappelle la défunte proposition qui avait été faite par la Commission d'introduire dans le règlement Rome I une disposition permettant aux parties de soumettre leur contrat à des principes et règles non étatiques, à condition qu'ils soient « reconnus au niveau international et communautaire »<sup>6</sup>, étant entendu que ceci visait à interdire « le choix de la *lex mercatoria*, insuffisamment précise, ou de codifications privées qui ne seraient pas suffisamment reconnues par la communauté internationale »<sup>7</sup>. La possibilité de soumettre un contrat à une réglementation non étatique n'a finalement pas été retenue dans le texte du règlement Rome I<sup>8</sup>,

(1) J.O.U.E. L 353 du 29 décembre 2010, p. 10.

(2) On rappelle en effet qu'outre le règlement Bruxelles IIbis sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, le règlement Obligations alimentaires est entré en vigueur le 18 juin 2011. Le Conseil a également adopté deux décisions relatives à la signature (n<sup>o</sup> 2011/220/UE du 31 mars 2011, J.O.U.E. L 93 du 7 avril 2011) et à l'approbation (n<sup>o</sup> 2011/432/UE du 9 juin 2011, J.O.U.E. L 192 du 22 juillet 2011), au nom de l'Union européenne, de la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille. Sont par ailleurs en discussion une proposition de règlement du 14 octobre 2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (COM(2009) 154 final) et une proposition de règlement du 16 mars 2011 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (COM(2011) 126 final).

(3) COM(2010) 748 final et note d'information SEC(2010) 1547 final.

(4) C.J., 9 juin 2011, aff. C-87/10; L. Idot, *Europe*, août-septembre 2011, p. 47; D. Martel, « Le rôle des usages commerciaux internationaux dans la détermination du lieu de livraison des marchandises », *Semaine juridique : entreprise et affaires*, 2011/40, n<sup>o</sup> 1702, p. 23.

(5) Voy. précédente chronique, *J.D.E.*, 2010, pp. 307-308, n<sup>os</sup> 4-5.

(6) Articles 3-2, alinéa 2, de la proposition de règlement du 15 décembre 2005, J.O.U.E. 22 mars 2006, C/70/6.

(7) Exposé des motifs de la proposition précitée de la Commission.

(8) Sur le revirement opéré lors des travaux préparatoires, voy. E. Loquin, « Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, pp. 119 et s.

mais l'arrêt ici commenté a le mérite, dans le contexte différent du règlement Bruxelles I, de souligner que le droit européen ne condamne pas tout rôle aux sources du droit non étatique. La Cour profite d'ailleurs de cette affaire — alors que ceci n'était pas strictement nécessaire pour répondre à la question posée — pour faire l'apologie des « usages, notamment s'ils sont assemblés, précisés et publiés par les organisations professionnelles reconnues » : selon la Cour, ces usages « jouent un rôle important dans la réglementation non étatique du commerce international » et « facilitent les tâches des opérateurs économiques » (point 21).

Deuxièmement, pour pouvoir être pris en compte pour déterminer le for compétent, il faut que les clauses standard soient « de nature à permettre d'identifier, de manière claire, [le lieu [de] livraison des marchandises » (point 22). La Cour constate que c'est en principe le cas des clauses *Incoterms*, et en tout cas de la clause *Ex Works*, qui renvoie à des dispositions relatives à la délivrance des marchandises permettant de désigner le lieu de livraison de celles-ci. La Cour insiste cependant sur la nécessité de vérifier, *in concreto*, si la clause contractuelle a bien cet objet. La Cour met ainsi en garde contre l'hypothèse où le lieu désigné « ne servirait qu'à répartir les coûts et les risques liés au transport des marchandises », ce qui pourrait être le cas lorsque les marchandises ne font que transiter par le territoire d'un État membre qui est un tiers tant au regard du domicile des parties que du lieu de départ ou de destinations des marchandises. C'est au juge national qu'il appartient de vérifier si le lieu figurant dans le contrat sert bien à déterminer le lieu de livraison (point 24).

Troisièmement, la Cour souligne que le lieu de livraison des marchandises doit pouvoir être déterminé « sans se référer au droit matériel applicable au contrat » (points 25 et 26). La Cour n'entend donc pas se départir de la nouvelle jurisprudence *Car Trim*<sup>9</sup> relative au point (b) de l'article 5-1<sup>o</sup> : pour les contrats de fourniture de marchandises et de services visés par ce point (b), il ne saurait être question d'appliquer le « système Tessili » de détermination du lieu d'exécution par référence au droit matériel désigné par les règles de conflits de lois (ce système continuant à s'appliquer uniquement pour les autres contrats qui relèvent du point (a)<sup>10</sup>). Le lieu de fourniture des marchandises ou des services est déterminé de manière autonome, sans avoir égard au droit matériel. L'exclusion du droit matériel peut paraître difficile à concilier avec la prise en compte des usages publiés par les organisations professionnelles comme les *Incoterms*, d'autant que la Cour relève elle-même, comme il a été indiqué, que ces usages « jouent un rôle important dans la réglementation non étatique du commerce international » (point 21). L'idée de réglementation du commerce international par les *Incoterms* fait écho à la thèse qui perçoit les usages du commerce international « comme des règles de droit détachées de tout ordre juridique national »<sup>11</sup>. La difficulté avait été aperçue par l'avocat général, qui justifiait la non-assimilation des *Incoterms* au droit matériel par la considération qu'« il est

possible de rechercher, sans considérations juridiques compliquées, la signification concrète des *Incoterms* en consultant des précis de réglementation facilement accessibles » (point 43 des conclusions). À suivre ce critère, on pourrait penser que devrait également être admise la référence par les parties à toute une série d'autres réglementations du commerce international qui permettent de déterminer de manière non compliquée le lieu d'exécution. On peut penser aux principes Unidroit 2010 (article 6.1.6), à la Convention de Vienne (article 31) qui peut être choisie par les parties de manière explicite, ou au futur instrument optionnel sur le droit européen des contrats. Il n'est pas sûr cependant qu'une interprétation aussi libérale puisse être admise. La Cour fait référence à la possibilité d'avoir égard à des « termes brefs et simples » qui « définissent et codifient le contenu de certains termes et de certaines clauses » (point 21). Ainsi, pour que la référence à un usage ou à une réglementation du commerce international soit acceptable pour déterminer le for contractuel, il faut, semble-t-il, que la réglementation serve à définir le contenu d'une clause du contrat qui a elle-même pour objet de régler, entre autres, la question de livraison des marchandises. C'était le cas de la clause *Ex Works*, que la Cour assimile aux stipulations du contrat qui désignent non seulement les conditions relatives à la répartition des risques et de coûts, mais aussi celles relatives au lieu de livraison des marchandises. On peut en revanche douter que répondent à cette exigence les autres exemples de réglementations non étatiques précitées.

Quatrièmement, il y a lieu de vérifier que la clause standard ayant pour effet de déterminer le lieu de livraison des marchandises est effectivement entrée dans le champ contractuel. Dans l'espèce en cause, comme indiqué, le contrat comportait la clause rédigée en italien « Resa : Franco (nostra) sede ». La Cour souligne que c'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient d'apprécier si cette clause correspond effectivement à l'*Incoterm Ex Works* ou à toute autre clause ou à un autre usage (point 25). L'avocat général avait souligné qu'à cette fin, la juridiction de renvoi « aura éventuellement à examiner si la clause est devenue une composante valide du contrat, à déterminer la volonté concrète des parties et, le cas échéant, à apprécier le fait que le libellé de la clause litigieuse n'est pas totalement identique à la clause "franco fabbrica" des *Incoterms* » (point 26 des conclusions). Il est supposé qu'à nouveau, pour rester fidèle au rejet de la méthode conflictualiste, cette vérification devra être effectuée au regard de principes d'interprétation autonome et communautaires (qui restent encore largement à définir...), sans avoir égard à la loi applicable au contrat.

## 2. — Contrats conclus par les consommateurs

3. — Presque dix ans après l'entrée en vigueur de la modification du régime de protection juridictionnelle des consommateurs en vue de l'adapter au contexte de l'internet, les affaires *Pammer* et *Hotel Alpenhof*<sup>12</sup> ont enfin donné

l'occasion à la Cour de justice de se prononcer sur l'interprétation des nouvelles règles. Dans les deux affaires, jointes par la Cour, un consommateur avait réservé des services touristiques offerts sur internet (respectivement un voyage à bord d'un cargo et un séjour dans un hôtel), qui devaient être fournis en dehors de l'État de son domicile. La question était de savoir s'il pouvait bénéficier des règles protectrices du règlement Bruxelles I qui lui garantissent soit de pouvoir agir comme demandeur dans l'État de son propre domicile (c'était le cas de l'affaire *Pammer* où le consommateur insatisfait des prestations fournies à bord du cargo<sup>13</sup> agissait en remboursement du prix du voyage), soit de ne pas être assigné comme défendeur en dehors de l'État de son domicile (dans l'affaire *Hotel Alpenhof*, le consommateur mécontent des services offerts avait quitté l'hôtel sans régler sa facture, et avait ensuite été assigné en paiement par l'hôtelier dans l'État du domicile de ce dernier).

La protection juridictionnelle du consommateur a toujours été réservée, même sous l'empire de la Convention de Bruxelles, au consommateur dit « passif », c'est-à-dire celui qui est sollicité par le commerçant pour la conclusion du contrat. Le règlement a introduit une nouvelle définition de ce consommateur passif censée tenir compte des nouvelles technologies : selon l'article 15 du règlement, le consommateur protégé est celui qui conclut un contrat lorsque le commerçant « exerce » ou « dirige » des activités commerciales ou professionnelles dans ou vers l'État de son domicile. Lors des travaux préparatoires du règlement, des divisions étaient apparues sur la signification à donner à la notion d'« activité dirigée ». La Commission avait proposé de préciser dans le préambule du règlement qu'une activité est dirigée vers un État membre dès qu'un site internet est accessible dans cet État. Au Parlement européen, par contre, un amendement entendait exiger que le commerçant ait « intentionnellement dirigé son activité, de façon substantielle » vers cet État. Finalement, le règlement était resté silencieux sur l'interprétation à retenir<sup>14</sup>. La Cour de justice tranche, en écartant les deux positions précitées, pour retenir une voie médiane. Pour la Cour, il ne suffit pas qu'un site internet soit accessible dans l'État du domicile du consommateur pour qu'il puisse bénéficier du régime protecteur (point 73). Mais il n'est pas non plus exigé que le commerçant ait entendu « développer une activité d'une certaine ampleur » vers cet État (point 82). Pour qu'il y ait activité dirigée, il faut, mais il suffit que le commerçant ait « manifesté sa volonté d'établir des relations

J.D.E., 2011, pp. 73 et s.; L. Idot, *Europe*, février 2011, pp. 47 et s.; H.W. Wefers Bettink, *Nederlandse tijdschrift voor Europees recht*, 2011/2, pp. 41 et s.

(13) Dans cette affaire, la question préliminaire se posait de savoir si un voyage touristique à bord d'un navire de marchand (cargo) devait être considéré comme un contrat de transport autre qu'un contrat combinant, pour un prix forfaitaire, voyage et hébergement, échappant au régime protecteur des consommateurs en vertu de l'article 15-3<sup>o</sup> du règlement : la Cour a répondu par la négative, au motif notamment qu'il ressort du règlement Rome I et de la directive 90/314 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait que ce type de contrat doit être gouverné par les règles protectrices des consommateurs (points 34 à 46).

(14) Mais le Conseil et la Commission ont adopté une « Déclaration concernant les articles 15 et 73 », reproduite pour l'essentiel dans le considérant 24 du règlement Rome I, et dont la Cour a retenu certains éléments.

(9) Sur laquelle voy. notre précédente chronique, *J.D.E.*, 2010, pp. 307-308, n<sup>os</sup> 4-5.

(10) Comme décidé par l'arrêt *Falco* : voy. précédente chronique, *J.D.E.*, p. 316, n<sup>o</sup> 6, 3<sup>e</sup> col.

(11) D. Martel, *op. cit.*, p. 26.

(12) C.J., 7 décembre 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09; M. Ponow Wurm, *Tijdschrift van IPR - Revue de D.I.P.*, 2011/1, p. 162 et s.; O. Cachard, *Rev. crit. D.I.P.*, 2011, pp. 413 et s.; E. Alvarez Armas et M. Dechamps,

commerciales avec les consommateurs d'un ou de plusieurs autres États membres, au nombre desquels figure celui sur le territoire duquel le consommateur a son domicile » (point 75). C'est donc la volonté du commerçant qui compte. La Cour n'a pas égard à la perception du consommateur, ni à son comportement, ni à ses attentes légitimes<sup>15</sup>. Mais cela ne veut pas dire que la volonté du commerçant doit être recherchée de manière subjective. C'est à la volonté telle que manifestée qu'il y a lieu d'avoir égard. Doivent être prises en compte « toutes les expressions manifestes de la volonté de démarcher les consommateurs de cet État membres » (point 80)<sup>16</sup>.

Pour faciliter la mise en œuvre de ce critère, la Cour propose un catalogue non exhaustif d'indices, en distinguant ceux qui sont pertinents et ceux qui ne le sont pas. Parmi ces derniers, la Cour cite l'adresse électronique ou géographique du commerçant, ses coordonnées téléphoniques sans préfixe international, ou le degré d'interactivité du site (la Cour condamne ainsi opportunément l'ancienne théorie, inspirée de la jurisprudence américaine *Zippo*<sup>17</sup>, qui considérait qu'un site purement passif ne peut créer un lien de rattachement pertinent sur le plan juridictionnel) (points 77 à 79). Parmi les indices à prendre en compte, la Cour en cite d'abord deux qu'elle considère comme étant « patents », et qui devraient donc nécessairement conduire à la conclusion qu'il y a activité dirigée : il s'agit, d'une part, de la mention sur le site que les services ou biens sont offerts dans un ou plusieurs États membres nommément désignés, d'autre part, du référencement du site auprès de l'exploitant d'un moteur de recherche afin de faciliter l'accès aux consommateurs d'autres États membres. La Cour propose ensuite une seconde liste d'indices qui, pris isolément, ne sont pas nécessairement déterminants, mais qui « éventuellement combinés les uns aux autres sont susceptibles de démontrer l'existence d'une activité dirigée » (point 82). Sont cités, de manière non exhaustive, la nature internationale de l'activité en cause, l'indication d'un préfixe international dans les coordonnées téléphoniques, un nom de domaine neutre (« .com ») ou d'un autre État que celui du domicile du commerçant, un itinéraire transfrontière, des témoignages de clients d'autres États membres, etc. (point 83). Enfin, la Cour consacre des développements particuliers au rôle de la langue et de la monnaie utilisée : selon la Cour, ces éléments ne jouent pas lorsqu'ils correspondent à la langue ou à la monnaie de l'État membre du domicile du commerçant, mais dans le cas contraire ils constituent un indice de direction d'activités vers d'autres États membres (point 84).

La Cour consacre ainsi la méthode dite de la « focalisation », qui avait été proposée très tôt par une partie de la doctrine et à laquelle les tribunaux des États membres avaient eu tendance à se rallier au cours de la période récente, même si elle continuait à susciter des controverses et des incertitudes quant à ses contours

exacts<sup>18</sup>. L'arrêt *Pammer/Alpenhof* doit être salué pour avoir consacré une méthode d'interprétation à la fois pragmatique et globale de la notion d'activité dirigée, en ayant évité le piège qui aurait consisté à s'enfermer dans les contingences factuelles des deux espèces<sup>19</sup>.

Ceci ne devrait cependant pas empêcher certains points de susciter la controverse. Tout d'abord, la Cour ne s'est pas prononcée sur la valeur du *disclaimer*, c'est-à-dire de la mention figurant sur le site selon laquelle le commerçant n'entend pas offrir ses produits ou services aux consommateurs d'un ou plusieurs États membres en particulier. Le fait que la Cour a, comme on l'a vu, érigé la mention inverse d'offre explicite vers d'autres États membres en indice de première catégorie (un indice « patent ») tend à suggérer que pareille manifestation explicite de la volonté du commerçant joue un rôle important. De manière plus générale, il semble d'ailleurs ressortir de l'ensemble de l'arrêt que la Cour a entendu donner au commerçant le contrôle sur la destination des ses activités, pour les besoins de la détermination du tribunal compétent. On peut donc penser que lorsque le commerçant mentionne de manière explicite sur son site qu'il n'entend pas offrir ses biens ou services aux consommateurs d'un ou plusieurs États membres, ceci devrait lui permettre d'établir qu'il n'y a pas d'activité dirigée vers ce ou ces États<sup>20</sup>. Il ne devrait cependant en être ainsi qu'au cas où la mention est faite de bonne foi, pour des raisons commerciales légitimes<sup>21</sup>, et non afin de contourner le for normalement compétent.

Ensuite, la Cour paraît avoir introduit une condition supplémentaire pour que le consommateur puisse bénéficier de la protection, à savoir que le contrat ait été conclu à distance, à un moment où le consommateur n'était pas physiquement présent au lieu où sont fournis les biens ou service. En l'espèce, dans l'affaire *Hotel Alpenhof*, il avait été soutenu que la protection ne jouait pas, car le contrat avait été conclu sur place et non à distance. Dans ses conclusions, l'avocat général avait considéré que la protection ne devrait pas être soumise à la condition que le contrat soit conclu à distance : « un consommateur peut, par exemple, n'effectuer à distance que la réservation des services

d'hôtellerie ou touristiques alors que le contrat est conclu plus tard sur place, au lieu où les services sont fournis » (point 55 des conclusions). La Cour semble en avoir décidé autrement<sup>22</sup> : tout en relevant que la protection juridictionnelle n'est pas exclue en raison seulement du fait que la remise des clés au consommateur et le paiement aient été effectués sur place, la Cour exige quand même que « la réservation et la confirmation de celle-ci ont eu lieu à distance, de sorte que le consommateur s'est trouvé contractuellement engagé à distance » (point 87). Pour que la protection joue, il faut donc qu'un contrat ait été effectivement conclu, et que cette conclusion ait eu lieu à un moment où le consommateur n'était pas sur place (par quoi il faut vraisemblablement entendre le lieu où les services ou les biens sont fournis). Le consommateur cesse donc d'être passif, et perd la protection juridictionnelle, s'il se déplace dans l'État de fourniture des biens ou des services avant la conclusion du contrat. On voit ainsi ressurgir une condition qui n'est pas tellement éloignée de celle qui jouait dans l'ancien régime de la Convention de Bruxelles, lorsqu'il était exigé que le consommateur ait accompli dans l'État de son propre domicile les actes nécessaires à la conclusion du contrat (article 13, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, b, de la Convention). Certes, à présent, il n'est plus exigé que le consommateur accomplisse les actes relatifs à la conclusion du contrat dans l'État de son propre domicile (le contrat pourrait avoir été conclu lors d'un voyage du consommateur, pour autant que ce soit en dehors du lieu où les services et biens sont fournis par le commerçant). Mais en pratique, souvent, la passation d'une commande par un consommateur auprès d'un prestataire de services établi dans un autre État membre implique l'accomplissement de toute une série d'actes dont certains sont passés par le consommateur à son domicile et d'autres dans l'État où les services sont fournis. L'approche retenue par la Cour obligera dans ce cas le juge, pour régler la question de compétence, à procéder à une vérification délicate (par référence au droit matériel régissant le contrat?<sup>23</sup>) du point de savoir si le consommateur s'est borné à faire chez lui une simple réservation sujette à la conclusion ultérieure d'un contrat, ou si le contrat s'est déjà valablement formé entre parties. On observera pour terminer que la condition ici discutée implique seulement que le contrat ait été conclu en dehors de la présence du consommateur au lieu de fourniture des services ou biens : la protection juridictionnelle n'est pas perdue en raison seulement du fait que les services ou biens sont fournis exclusivement en dehors de l'État du domicile du consommateur. Une solution différente a été retenue dans le règlement Rome I, qui fait perdre la protection législative au consommateur lorsque les services qui lui sont dus doivent être fournis exclusivement en dehors de son propre État (article 6-4, a).

### 3. — Sociétés et personnes morales

4. — Dès lors que les litiges qui relèvent d'une compétence exclusive ne peuvent être tranchés que par le tribunal désigné, privant les tribu-

(15) O. Cachard, *op. cit.*, p. 433, n° 9.

(16) Voy. déjà dans ce sens, H. Boularbah, « La résolution des litiges transfrontaliers avec l'e-investisseur : questions choisies », in *La protection de l'investisseur et de l'e-investisseur*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 335, n° 56.

(17) *Zippo Manufacturing Co. c. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

(18) Pour une analyse de la jurisprudence comparée, voy. Hess, Pfeiffer et Scholsser, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, n° 340. Voy. aussi M.-E. Ancel, « Juridiction compétente et loi applicable dans le commerce électronique », *R.L.D.I.*, août-septembre 2010, pp. 8 et s.; N. Watté, A. Nuyts et H. Boularbah, *J.D.E.*, 2002, pp. 161 et s., spécialement 166, n°s 12 et 13. Pour une proposition de grille de lecture de l'évolution jurisprudentielle depuis une quinzaine d'années, dans le domaine voisin du for délictuel sur internet, voy. A. Nuyts, K. Szychowska et N. Hatzimihail, « Cross-Border Litigation in IP/IT Matters in the European Union : the Transformation of the Jurisdictional Landscape », in A. Nuyts (dir.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Kluwer Law International, 2008, pp. 1 et s., spécialement pp. 39 à 46.

(19) Voy. O. Cachard, *op. cit.*, p. 429, n° 2.

(20) En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général, points 91 et s.; M. Posnow Wurm, *op. cit.*, p. 173, n° 19; M. Dechamps et E. Alvarez Armas, *op. cit.*, p. 74, qui critiquent cette solution dont ils relèvent qu'elle a été écartée durant les travaux préparatoires au motif qu'elle pourrait provoquer une distinction de l'offre en fonction du territoire et partant une fragmentation du marché intérieur.

(21) Au point 95 de ses conclusions, l'avocat général cite diverses raisons parfaitement justifiables pour lesquelles un commerçant pourrait souhaiter restreindre géographiquement son offre.

(22) En ce sens, voy. M. Posnow Wurm, *op. cit.*, pp. 178 et s., n°s 29 et s., qui critique la solution.

(23) En ce sens, voy. L. Manigrassi, *op. cit.*, p. 143, 2<sup>e</sup> colonne.

naux de tous les autres États membres de la compétence prévue par les règles de compétences ordinaires (domicile du défendeur, for contractuel, etc.), il est essentiel de déterminer précisément leur domaine d'application. La compétence exclusive en matière de sociétés et personnes morales, prévue à l'article 22-2<sup>o</sup>, est pourtant restée curieusement relativement peu explorée dans la jurisprudence de la Cour de justice. L'arrêt *BVG c. JP Morgan*<sup>24</sup> mérite à cet égard l'attention, car il a donné l'occasion à la Cour de trancher une question essentielle à la mise en œuvre de cette disposition dans le contentieux du commerce international : lorsqu'une société invoque qu'elle n'est pas liée par un contrat au motif que la décision prise par ses organes sociaux de conclure ledit contrat est nulle, cette question relève-t-elle de la compétence exclusive du tribunal de l'État du siège de la société? Dans l'affaire *JP Morgan*, la filiale anglaise de cette banque d'affaires américaine avait assigné en Angleterre une personne morale de droit public allemande (BVG) en exécution d'un contrat ayant pour objet un produit financier dérivé. BVG a opposé à cette action, notamment, que le contrat n'était pas valide, car les décisions de ses organes ayant conduit à la conclusion de ce contrat étaient nulles et non avenues. En parallèle, BVG a introduit une action en Allemagne visant, notamment, à faire constater la nullité du contrat pour nullité de la décision prise par ses organes, en invoquant que ce litige relève de la compétence exclusive des tribunaux allemands, et échappe par conséquent à la litispendance européenne. Saisie de questions préjudicielles posées tant par le tribunal anglais que le tribunal allemand, la Cour a choisi de répondre dans un premier temps uniquement à ce dernier tribunal (l'autre affaire étant encore pendante).

La Cour apporte une réponse ferme qui vaut pour l'ensemble du contentieux visé à l'article 22-2 : la compétence exclusive ne joue que si le litige a pour objet principal la validité, la nullité ou la dissolution des sociétés ou personnes morales ou la validité des décisions de leurs organes (point 44). Selon la Cour, la question de validité des décisions des organes sociaux n'est pas l'objet principal du litige lorsqu'« une société se prévaut de l'inopposabilité d'un contrat à son égard, en raison de la prétendue invalidité, pour cause de violation de ses statuts, d'une décision de ses organes ayant conduit à la conclusion de celui-ci » (dispositif).

*A priori*, la solution donnée par la Cour paraît absolument évidente. Elle semble en effet s'imposer en raison du texte même d'une autre disposition du règlement, à savoir l'article 25, qui prévoit une obligation pour le juge de se déclarer d'office incompetent lorsqu'il est *saisi à titre principal* d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre État membre est exclusivement compétent. Pourquoi la Cour n'a-t-elle pas fait appel à cette disposition pour asseoir l'interprétation consacrée? L'explication réside dans le fait que la référence à cette disposition aurait suggéré que la solution vaut pour l'ensemble des compétences exclusives de l'article 22. Or il faut se rappeler que la Cour a consacré une solution diamétralement opposée à propos du contentieux de la validité des droits de propriété

intellectuelle, visé à l'article 22-4<sup>o</sup> du règlement. Comme la Cour le rappelle elle-même à la fin de son arrêt, dans l'affaire *GAT* jugée en 2006, la Cour a décidé que cette dernière disposition s'applique à tout litige dans lequel la validité d'un brevet est remise en cause, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception. La Cour propose une explication de la différence de régime entre les deux dispositions : pour l'article 22-2<sup>o</sup>, la question de validité de la décision de conclure le contrat prise par les organes sociaux de l'une des parties « doit être considérée comme accessoire par rapport au litige contractuel » (point 38), alors que pour l'article 22-4<sup>o</sup>, la validité du brevet concerné est « une prémisses indispensable, notamment dans le cadre de toute action de contrefaçon » (point 46). L'explication n'est pas vraiment convaincante. À suivre le raisonnement de la Cour, on pourrait aller jusqu'à soutenir que, dès lors que la validité du brevet est une prémisses indispensable de toute action en contrefaçon, une telle action soulève nécessairement un point qui relève de la compétence exclusive de l'article 22-4<sup>o</sup>, de sorte qu'une action en contrefaçon ne pourrait jamais être portée en dehors de l'État du lieu d'enregistrement du brevet<sup>25</sup>. En réalité, la validité d'un contrat est tout autant la prémisses indispensable du succès d'une action en exécution de ce contrat que la validité d'un brevet est la condition nécessaire du succès d'une action en violation d'un brevet. Mais dans les deux cas, la question de validité de l'acte juridique sous-jacent (contrat ou brevet) peut être soulevée soit à titre incident, dans le cadre d'un litige qui porte sur un autre objet, ou à titre principal, lorsque l'action a pour seul objet ou du moins pour objet principal la question de validité. Conformément à l'article 25 précité, seule la deuxième hypothèse doit relever de la compétence exclusive. La Cour souligne à raison que s'il devait en être décidé autrement, « il suffirait, pour une société, d'invoquer, à titre préalable, une prétendue invalidité des décisions de ses organes... afin que soit attribuée, de manière unilatérale, une compétence exclusive au for de son propre siège », ce qui aurait pour conséquence que la compétence « pourrait varier... au gré de l'existence d'une question liminaire, susceptible d'être soulevée à tout moment par l'une des parties » (point 34-35). Ce danger de manipulation de la compétence est au moins aussi présent dans le contentieux international de la propriété intellectuelle, et l'on ne peut que regretter, une nouvelle fois<sup>26</sup>, que la Cour n'ait pas retenu dans cette dernière matière la sage solution consacrée ici en matière de société et personnes morales.

Comme il a été indiqué, dans l'affaire soumise à la Cour, la question de validité des décisions des organes sociaux avait été soulevée à la fois dans la procédure allemande et dans la procédure anglaise. Même si la Cour ne se prononce pas directement sur cette dernière, la solution consacrée conduit ici à une solution claire : en Angleterre, la question de validité avait été soulevée comme moyen de défense par la partie (BVG) attraitée devant le tribunal compétent sur la base d'une clause attributive de juridiction.

La question de validité était donc incontestablement soulevée à titre incident, et ne constituait donc pas l'objet principal du litige. Paradoxalement, la situation était moins nette à propos de la procédure ayant fait l'objet de la décision de la Cour : en Allemagne, BVG avait elle-même pris l'initiative d'agir en vue de faire constater la nullité du contrat en raison de l'invalidité de la décision de ses organes (point 19). Ne fallait-il pas en déduire que la question de la validité était, dans cette procédure, invoquée à titre principal? L'application des principes au cas d'espèce pouvait ainsi apparaître comme particulièrement délicate, mais la Cour a pu éviter la difficulté en s'en tenant à la formulation de la question par la juridiction de renvoi : consciente du fait que l'action en Allemagne n'avait été introduite qu'en réaction à l'action en exécution du contrat poursuivie en Angleterre, la juridiction de renvoi allemande avait demandé si l'article 22-2<sup>o</sup> s'étend au litige dans lequel une société « oppose à une demande faite à son encontre, sur la base d'un acte contractuel », l'invalidité des décisions de ses organes. Bref, la juridiction allemande avait considéré que même en Allemagne, la question de validité était soulevée à titre incident, comme un moyen de défense contre une demande à l'égard de la partie en cause. La solution serait-elle différente dans le cas où une société introduirait, sans que la question de l'exécution d'un contrat ne soit encore en jeu, une demande visant à faire déclarer nulle la décision prise par ses organes sociaux de conclure le contrat? Ou bien faut-il considérer que la question de validité des décisions prises par les organes sociaux d'une société partie à un contrat ne peut jamais être considérée comme étant l'objet principal du litige contractuel, entendu comme un litige entre les parties au contrat? Si cette dernière interprétation devait être retenue, la conséquence pourrait être que les litiges relatifs à la validité des décisions des organes sociaux ne relèveraient de la compétence exclusive que dans le contentieux purement « interne » des sociétés, opposant, par exemple, la société à un actionnaire ou à un administrateur. En tout cas, il nous paraît que la solution ne devrait pas varier selon que la société dont la décision des organes est en jeu est demanderesse ou défenderesse à l'action. En effet, il est généralement admis que la position procédurale d'une partie ne peut faire varier l'applicabilité des règles de compétence du règlement.

## B. — Reconnaissance et exécution

5. — Bien qu'elle concerne principalement l'interprétation du règlement n<sup>o</sup> 40/94 sur la marque communautaire — dont l'examen ne relève pas de cette Chronique — l'affaire *DHL Express*<sup>27</sup> mérite néanmoins d'y être mentionnée car, d'une part, elle illustre l'interaction et la complémentarité entre les instruments de droit international privé européen et les autres normes de droit matériel et procédural de l'Union, d'autre part, elle concerne l'extension des effets des jugements européens dans les autres États membres.

La principale question soumise à la Cour portait sur les effets extraterritoriaux d'une interdiction

(25) Contrairement à ce qu'a décidé la Cour dans l'arrêt *Duijnsteer*, 15 novembre 1983, aff. 288/82, *Rec.*, 1983, p. 3663.

(26) Voy. précédente chronique, *J.D.E.*, 2008, p. 313, n<sup>o</sup> 13.

(27) Aff. C-235/09 du 12 avril 2011, *Procédures*, juillet 2011, p. 17, note C. Nourissat.

(24) C.J., 12 mai 2011, aff. C-144/10; L. Idot, *Europe*, p. 39.

de poursuivre des actes ou des menaces de contrefaçons prononcée par un tribunal des marques communautaires. La Cour prend d'abord soin de préciser que ce tribunal, dont la compétence internationale est déterminée par l'article 93 du règlement n° 40/94 — disposition qui déroge substantiellement au règlement Bruxelles I<sup>28</sup> — peut « connaître de faits de contrefaçon commis ou menaçant d'être commis sur le territoire d'un ou plusieurs États membres, voire l'ensemble de ceux-ci. Partant, sa compétence peut s'étendre à tout le territoire de l'Union » (point 38). Elle en déduit logiquement que, en vue de garantir une protection uniforme de la marque communautaire, l'interdiction de poursuivre les actes de contrefaçon prononcée par un tribunal des marques communautaires compétent « doit, en principe, s'étendre à tout le territoire de l'Union » (point 44). Toutefois, la portée territoriale de l'interdiction doit correspondre à la portée de la violation du droit subjectif, ce qui peut contraindre le tribunal à limiter les effets de l'interdiction qu'il prononce « lorsqu'il constate que les actes de contrefaçon se limitent à un seul État membre ou à une partie du territoire de l'Union » (point 48). En vertu du règlement Bruxelles I, les États membres concernés sont « tenus de reconnaître et d'exécuter la décision juridictionnelle, conférant ainsi à celle-ci un effet transfrontalier » (point 49).

Ces principes étant posés, il convenait ensuite d'examiner dans quelles conditions la mesure coercitive, telle qu'une astreinte, prise par le tribunal des marques communautaires afin de garantir le respect de l'interdiction, pouvait également produire des effets dans les autres États membres. Suivant la Cour, une telle mesure doit également être reconnue et exécutée par les tribunaux des autres États membres conformément aux dispositions du chapitre III du règlement Bruxelles I (point 55).

La difficulté est que cette mesure coercitive est, en application de l'article 98-1<sup>o</sup> du règlement n° 40/94, régie par la législation de l'État membre dont relève le tribunal des marques communautaires qui a prononcé l'interdiction (point 54). Or, en cas de violation de l'interdiction dans un autre État membre, la phase d'exécution devra se dérouler dans cet État dont la législation peut ne pas connaître le même type de mesure. Par exemple, l'astreinte n'existe pas au Royaume-Uni dont le système repose sur le mécanisme du *contempt of court*. Comment assurer alors la pleine efficacité de l'interdiction dans un État membre qui ne connaît pas de sanction analogue à celle prononcée par le tribunal des marques communautaires? La Cour impose au juge de l'État membre saisi de réaliser l'objectif poursuivi par la mesure « en recourant aux dispositions pertinentes de son droit national qui sont de nature à garantir de manière équivalente le respect de l'interdiction initialement prononcée » (point 56).

Cette solution se situe dans la droite ligne de l'arrêt *Hoffman* qui avait déjà décidé qu'une décision étrangère reconnue dans un État membre « doit déployer dans l'État requis les mêmes effets que ceux qu'elle a dans l'État

d'origine »<sup>29</sup>. L'arrêt *DHL Express* complète cet enseignement en imposant à l'État requis de permettre le déploiement des pleins et entiers effets du jugement étranger en substituant le cas échéant une mesure équivalente à la mesure coercitive inconnue de son droit national.

Si le principe ne peut être que salué, son champ d'application ainsi que sa mise en œuvre concrète suscitent plusieurs interrogations. On peut tout d'abord se demander si la solution retenue par la Cour peut être généralisée à l'exequatur de tous les jugements ou si elle ne profite qu'à ceux qui statuent sur des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et dont la protection juridictionnelle impose la coopération loyale des États membres (point 58). La première solution paraît s'imposer. Se pose ensuite la question de la voie procédurale à suivre pour « adapter » le cas échéant la sanction ordonnée par le juge d'origine. Cette modification peut-elle intervenir au stade de la déclaration de la force exécutoire de la décision étrangère qui, dans sa première phase unilatérale, est essentiellement administrative et ne peut en principe comporter l'examen d'autres demandes, même si elles sont la conséquence nécessaire de l'exequatur<sup>30</sup>? Si tel n'est pas le cas ou en cas de suppression de l'exequatur, telle qu'envisagée par la révision de Bruxelles I, l'adaptation devra alors faire l'objet d'une procédure distincte régie par le droit national de l'État d'accueil.

## 2

### Compétence et exécution (matière matrimoniale et responsabilité parentale - Règlement Bruxelles IIbis)

#### A. — Compétence en matière de responsabilité parentale

##### 1. — Antécédents

6. — Le déplacement illicite d'enfants à l'intérieur de l'espace judiciaire européen paraît en passe de devenir un nouveau contentieux récurrent devant la Cour de justice, dont la saisine est probablement encouragée par l'octroi, certainement justifié, de la procédure préjudicielle d'urgence. Dans deux arrêts rendus les 5 octobre 2010 (*J. McB. c. L.E.*<sup>31</sup>) et 22 décembre 2010 (*Mercredi c. Chaffe*<sup>32</sup>), la Cour était saisie de deux espèces dont les circonstances de fait sont assez différentes, mais qui ont comme point commun que le père naturel d'un enfant entendait contester le déplacement de l'enfant par la mère dans un autre État membre. Dans les deux affaires, la Cour a considéré que le déplacement de l'enfant n'était pas illicite

dès lors que, au moment de ce déplacement, la mère était la seule personne disposant du « droit de garde » sur l'enfant au sens du règlement Bruxelles IIbis (et en particulier de son article 2-9<sup>o</sup>).

Dans la première affaire, *McB*, le père avait tenté d'attaquer de manière frontale cette solution en soutenant que le « droit de garde » visé par le règlement doit être interprété en ce sens qu'un tel droit est acquis de plein droit par un père naturel lorsque « celui-ci et ses enfants mènent une vie familiale identique à celle d'une famille fondée sur le mariage » (point 47). Le père en déduisait qu'il disposait d'un droit de garde sur son enfant au moment du déplacement, et que par conséquent ce dernier était illicite dès lors qu'il avait eu lieu « en violation d'un droit de garde résultant d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur en vertu du droit de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement » (article 2-11(a) du règlement Bruxelles IIbis). La Cour rejette cette interprétation : selon elle, si la notion de « droit de garde » est autonome et communautaire (et comprend le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant), ce n'est pas le cas de la désignation du titulaire du droit de garde. Pour la Cour, il ressort de l'article 2-11(a) précité que la détermination du titulaire du droit de garde dépend du droit de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement. C'est ce droit « qui détermine les conditions auxquelles le père naturel acquiert le droit de garde de son enfant... le cas échéant en subordonnant l'acquisition de ce droit à l'obtention d'une décision de la juridiction nationale compétente le lui conférant » (point 43). De manière assez étonnante, la Cour paraît ainsi avoir consacré une règle de conflit de lois, en décidant que la loi applicable à la garde d'un enfant est celle de la résidence habituelle de l'enfant, ceci alors que le règlement ne règle en principe que les questions de conflits de juridictions et non de conflits de lois<sup>33</sup>. En l'espèce, le père avait tenté de faire appel, au soutien de son interprétation, au droit au respect de la vie privée et familiale déduit de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a rejeté cet argument, par référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui a validé une législation nationale qui n'accorde l'autorité parentale de plein droit qu'à la mère, à la condition que ladite législation autorise le père à demander au juge national la modification de l'attribution de cette autorité (point 54). La Cour en déduit que le père naturel a le droit « de s'adresser à la juridiction nationale compétente, avant le déplacement, afin de demander qu'un droit de garde de son enfant lui soit conféré » (point 55). Si aucune demande n'a été formée avant le déplacement, et que celui-ci entraîne un changement du lieu de résidence de l'enfant (ce qui constitue « l'exercice licite, par la mère ayant la garde de l'enfant, de son propre droit de libre circulation » : point 58), la demande ne pourra plus être portée devant le

(28) L'article 90 du règlement n° 40/94 prévoit que la Convention de Bruxelles (aujourd'hui remplacée par le règlement Bruxelles I) est applicable aux procédures concernant les marques communautaires, mais écarte l'application de plusieurs dispositions du chapitre II (compétence) de cet instrument.

(29) C.J., 4 février 1988, aff. 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, Rec., p. 645, point 11.

(30) Voy. à ce sujet, H. Boularbah, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 584, n° 801.

(31) C.J., 5 octobre 2010, aff. C-400/10 PPU; L. Idot, *Europe*, décembre 2010, p. 42.

(32) C.J., 22 décembre 2010, aff. C-497/10 PPU; L. Idot, *Europe*, mars 2011, p. 26.

(33) Comp. L. Idot, *op. cit.*, p. 42, 2<sup>e</sup> col., qui relève que l'article 2-11<sup>o</sup>, en définissant les conditions d'un déplacement illicite, se borne à reconnaître implicitement la compétence de la juridiction de la dernière résidence habituelle, sans régler la question de la loi applicable.

tribunal du lieu de l'ancienne résidence habituelle. Mais elle devrait bien entendu pouvoir être portée dans l'État membre du nouveau lieu de résidence habituelle.

Dans la seconde affaire, *Mercredi*, le père a tenté de se faire reconnaître des droits à l'égard de l'enfant (et d'empêcher le déplacement de l'enfant ou de faire ordonner son retour) en saisissant (par téléphone) le juge (anglais) de l'État de sa propre résidence où l'enfant était aussi habituellement résident (avec sa mère). La Cour a relevé que la juridiction anglaise ne pouvait être considérée comme ayant été saisie par l'appel téléphonique, mais uniquement lors du dépôt de l'acte introductif d'instance auprès de ladite juridiction (point 43). Au moment de cette saisine, la mère avait déjà quitté depuis quatre jours le territoire anglais (avec son enfant en très bas âge) pour un autre État membre (à savoir l'île de la Réunion, département français). La question qui se posait était alors de savoir quelle juridiction était compétente pour se prononcer sur le droit de garde, en fonction de la résidence habituelle de l'enfant (articles 8 et 10 du règlement). Appelée à interpréter la notion de résidence habituelle dans une telle situation, la Cour a confirmé sa jurisprudence antérieure<sup>34</sup>, en vertu de laquelle la résidence habituelle correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial (point 47). La Cour n'a pas exclu que la résidence habituelle puisse avoir été transférée dans le nouvel État membre où la mère et l'enfant étaient installées depuis quatre jours. C'est à la juridiction nationale qu'il appartenait de vérifier ce point, en prenant en compte, d'une part, les conditions du séjour dans ce nouvel État membre (durée, régularité, raisons du séjour et du déménagement), d'autre part, en raison de l'âge de l'enfant, les origines géographiques et familiales de la mère ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par celle-ci et l'enfant dans le même État membre (point 56). À défaut de pouvoir déterminer la résidence habituelle sur cette base, c'est le critère de la présence physique de l'enfant qui devrait déterminer le tribunal compétent (point 57).

La Cour était également saisie, toujours dans l'affaire *Mercredi*, d'une question relative au conflit de procédures créé entre les procédures en Angleterre et en France. En l'espèce, postérieurement à son arrivée à l'île de la Réunion, et après que le tribunal anglais avait déjà été saisi par le père d'une demande d'octroi de la garde de l'enfant, la mère avait saisi le tribunal de Saint-Denis d'une demande aux fins d'obtenir la responsabilité parentale exclusive de l'enfant et la fixation de son domicile à son adresse. Le tribunal français a rendu une décision faisant droit à la demande de la mère et accordant la garde exclusive à celle-ci<sup>35</sup>, alors que la procédure relative à l'octroi de la garde était toujours pendante en Angleterre. Comme le relève la Cour, cette situation était anormale et n'aurait

pas dû survenir : en vertu de la règle de litispendance européenne qui donne priorité au tribunal premier saisi du litige (article 19-2<sup>o</sup> du règlement), la juridiction française ne pouvait statuer sur la demande présentée par la mère, puisque le tribunal anglais avait été saisi antérieurement d'une demande d'attribution de l'autorité parentale par le père (points 68-69). Se posait par conséquent la question, délicate, de savoir comment doit se résoudre le conflit de procédures lorsque le tribunal premier saisi est confronté à une décision rendue par le tribunal second saisi, rendue en violation de la règle de litispendance européenne. Fallait-il dans un tel cas faire prévaloir le principe de priorité temporelle consacré par la règle de litispendance européenne (article 19-2<sup>o</sup>), ou devait-on donner la préférence au principe de libre circulation des jugements qui voudrait que la décision rendue dans un État membre soit reconnue de plein droit dans les autres États membres (article 21), sans contrôle du respect des règles de compétence et de litispendance? La Cour n'approfondit pas la question (pas plus que ne l'avait fait l'avocat général) : elle se borne à décider que, dans l'hypothèse où il devrait être considéré que la résidence habituelle de l'enfant était en Angleterre au moment de la saisine du juge anglais, et que ce dernier serait donc compétent pour connaître de la demande d'attribution de la garde, la décision rendue par le tribunal français « n'affectera[it] [pas] la décision devant être rendue » par le tribunal anglais (point 70). En d'autres termes, la Cour paraît considérer que la décision française ne doit pas être reconnue en Angleterre en vertu du règlement, et que cette décision ne fait pas obstacle à la possibilité pour le juge anglais de se prononcer sur la responsabilité parentale, dans un sens éventuellement contraire à ce qu'a décidé le tribunal français. La solution peut surprendre, car elle paraît aller à l'encontre de l'approche généralement retenue par la Cour qui consiste à donner la priorité à l'objectif d'éviter le risque de contrariété de décisions. La Cour a cependant pris la précaution de relever, en insistant même sur ce point, que le jugement rendu par le tribunal français n'était pas encore devenu définitif (points 29 et 67). La Cour paraît ainsi surtout avoir entendu donner un signal à la juridiction d'appel en France pour que les dispositions relatives à la litispendance européenne soient respectées et que la décision de première instance soit réformée. D'ailleurs, on observera que la Cour n'a pas mentionné ni semble-t-il pris en compte, dans sa décision, les dispositions du règlement relatives à l'effet des décisions (articles 21 et s.).

## 2. — Mesures provisoires

7. — L'affaire *Purrucker*, mettant en cause un couple non marié, le père espagnol et la mère allemande, se disputant la garde de leurs deux jumeaux nés en Espagne, dont l'un était retourné avec sa mère en Allemagne et l'autre, hospitalisée, était restée en Espagne, a permis à la Cour de préciser le régime de mesures provisoires et conservatoires dans le cadre du règlement Bruxelles IIbis.

Un premier arrêt, daté du 15 juillet 2010<sup>36</sup>, porte sur la possibilité pour de telles mesures

adoptées dans un État membre en matière de garde d'enfants de produire des effets extraterritoriaux dans d'autres États membres grâce au système de reconnaissance et d'exécution du règlement. En l'espèce, un tribunal espagnol avait ordonné des mesures provisoires et les juridictions allemandes, saisies d'une demande d'*exequatur* de ces mesures, s'interrogeaient sur l'application des articles 21 et suivants du règlement à ces mesures ou si, au contraire, ces dispositions profitent uniquement aux décisions de fond.

S'inspirant de la solution qu'elle avait consacrée à propos de l'article 24 de la Convention de Bruxelles (31 du règlement Bruxelles I) dans l'affaire *Van Uden*<sup>37</sup>, la Cour précise qu'il convient d'opérer une distinction entre les mesures provisoires suivant qu'elles sont adoptées par une juridiction compétente au fond ou par un tribunal qui ne l'est pas (point 62). Seules les mesures prises par ce dernier sont visées par l'article 20 du règlement Bruxelles IIbis qui prévoit « qu'en cas d'urgence, les dispositions du présent règlement n'empêchent pas les juridictions d'un État membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État, prévues par la loi de cet État membre même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond » (point 63). Ce n'est donc pas uniquement la nature des mesures qui justifie l'application de l'article 20, mais également la compétence de la juridiction qui les a adoptées (point 64).

Lorsque la mesure provisoire a été adoptée par une juridiction compétente au fond, elle peut être reconnue et exécutée dans les autres États membres. Tel n'est par contre plus le cas quand elle a été prise sur la base de l'article 20. Une telle réponse semblait s'imposer tant à la lumière du texte de l'article 20 que de ses travaux préparatoires. En effet, l'exposé des motifs de la proposition de règlement Bruxelles II de la Commission et le rapport Borràs relatif à la Convention de Bruxelles II qui a servi de base aux règlements Bruxelles II et IIbis précisent tous deux que la règle contenue dans l'article 20 « limite les effets territoriaux des mesures à l'État dans lequel elles sont prises » (point 84). En outre, compte tenu de leur objet qui — contrairement au règlement Bruxelles I — n'est pas limité aux matières couvertes par le règlement Bruxelles IIbis (point 86), la reconnaissance des mesures provisoires visées par l'article 20 dans d'autres États membres « créerait un risque de *forum shopping* », ce qui serait contraire aux objectifs poursuivis par le règlement (point 91). L'absence d'effets extraterritoriaux des mesures provisoires par un juge non compétent au fond ne souffre d'aucune exception et s'applique même dans l'hypothèse « d'un déplacement des personnes ou des biens après que la juridiction a statué » (point 82).

Il résulte de la distinction consacrée par la Cour que la juridiction requise peut vérifier si la décision qui lui est soumise a été adoptée sur la base de l'article 20 ou sur le fondement d'une autre règle de compétence au fond (point 75). Une difficulté peut alors se présen-

(34) Voy. précédente chronique, *J.D.E.*, 2009, p. 320, n° 15.

(35) Le tribunal français avait aussi déjà rendu antérieurement une décision de non-retour de l'enfant fondée sur la Convention de La Haye de 1980, au motif qu'au moment du déplacement il n'était pas rapporté que le père bénéficiait d'un droit de garde. Cette décision était bien entendu sans incidence sur la demande d'attribution du droit de garde pendante devant le juge anglais, car l'article 19 de la Convention de La Haye prévoit explicitement que le jugement sur le retour de l'enfant n'affecte pas le fond du droit de garde.

(36) Aff. C-256/09, *Procédures*, octobre 2000, p. 14, note C. Nourissat.

(37) C.J., 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime BV*, aff. C-391/95, points 19 et s.

ter lorsque, comme dans l'espèce soumise à la Cour, le juge d'origine n'a pas expressément indiqué la base sur laquelle il a fondé sa compétence. Dans ce cas, « lorsque la compétence au fond ne ressort pas, de toute évidence, des éléments de la décision adoptée ou que cette décision ne contient pas une motivation dépourvue de toute ambiguïté », il faut considérer que le juge d'origine n'était pas compétent au fond (point 76).

À côté de cette réponse à la question qui lui était soumise, la Cour a par ailleurs estimé nécessaire d'apporter en outre un certain nombre de précisions sur le régime des mesures provisoires de l'article 20, consciente de l'importance que peuvent revêtir ces mesures dans un domaine tel que celui de la responsabilité parentale. Elle insiste tout d'abord sur ce que le juge qui ne dispose pas d'une compétence au fond ne peut ordonner de telles mesures qu'après avoir vérifié que les trois conditions cumulatives de l'article 20 sont remplies (point 77). Il est également requis qu'une personne concernée par une mesure provisoire, même si elle a été entendue par la juridiction qui a prononcé cette mesure, puisse exercer un recours contre cette décision afin de contester, devant une juridiction distincte et statuant à bref délai, notamment la compétence au fond que se serait reconnue la juridiction qui a adopté lesdites mesures ou si tel n'est pas le cas que les conditions de l'article 20 sont respectées (point 97), ce qui peut justifier le cas échéant d'écarter la règle de droit interne qui n'offrirait pas une telle protection juridictionnelle (point 99).

**8.** — Dans le second arrêt *Purrucker*, daté du 9 novembre 2010<sup>38</sup>, la Cour devait ensuite se prononcer sur l'existence d'une situation de litispendance entre les juridictions espagnoles, devant lesquelles une demande de mesures provisoires avait été introduite par le père en mai 2007, et les juridictions allemandes saisies en septembre 2007 d'une demande au fond de la mère tendant à l'octroi d'un droit de garde exclusif. Peut-on envisager une litispendance entre une instance provisoire et une instance au fond?

Afin de répondre à la question, la Cour opère ici également une distinction entre deux catégories de mesures conservatoires en fonction de la compétence du juge saisi de celles-ci et de leur nature véritable. S'il s'agit de mesures provisoires ordonnées sur le seul fondement de l'article 20 du règlement par un juge qui n'est pas compétent en vertu des articles 8 à 14 du même instrument, il ne peut, selon la Cour, y avoir litispendance puisque l'article 20-2<sup>o</sup> prévoit expressément que les mesures provisoires prévues par cette disposition cessent d'avoir effet lorsque la juridiction compétente pour connaître du fond a pris les mesures qu'elle estime appropriées (point 71). Par contre, si le juge est compétent sur le fond et a adopté, dans un premier temps, des mesures provisoires dans l'attente d'une décision qu'il prendra ultérieurement au fond, il faut, suivant la Cour, faire jouer l'article 19 du règlement et le juge saisi en second lieu est tenu de surseoir à statuer (point 75). La distinction est ici aussi cohérente mais elle peut donner lieu à des difficultés lorsque, comme en l'espèce, le juge premier saisi n'a pas précisé s'il était compétent au fond. Dans ce cas, la

juridiction saisie en second lieu doit vérifier si la décision rendue en premier n'est qu'un préalable à une demande au fond avec lequel il existe une unité procédurale (point 80). À cette fin, le juge second saisi peut, si son droit national le permet, interroger la partie qui invoque l'exception de litispendance, avertir la juridiction saisie en premier lieu ou encore passer par l'autorité centrale de son État pour obtenir des informations (point 81). En l'absence d'éléments de réponse dans un délai d'attente raisonnable — déterminé en fonction de l'intérêt de l'enfant et de son âge (point 83) — la juridiction saisie en second lieu peut poursuivre l'examen sans devoir surseoir à statuer (point 82).

### B. — Reconnaissance et exécution des décisions en matière de responsabilité parentale

**9.** — En cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, la juridiction de l'État d'origine qui a compétence pour statuer sur le droit de garde peut certifier, conformément à l'article 42 du règlement, la décision qui ordonne le retour de l'enfant. La décision est alors immédiatement exécutoire dans les autres États membres, sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance (article 42-1<sup>o</sup>). La certification ne peut toutefois intervenir dans l'État d'origine que si les conditions prévues à l'article 42-2<sup>o</sup> sont remplies. Une de ces conditions est que l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, « à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité » (article 42-2<sup>o</sup>, a).

Quand est-il lorsque, nonobstant la mention figurant dans le certificat, une partie allègue que l'enfant n'a pas été entendu? La juridiction de l'État requis peut-elle exceptionnellement refuser d'exécuter celui-ci lorsqu'une des parties invoque la violation du droit fondamental de l'enfant à être entendu, tel que garanti par l'article 24-1<sup>o</sup>, de la Charte des droits fondamentaux?

Sans surprise, eu égard à un arrêt rendu quelques mois auparavant dans l'affaire *Povse*<sup>39</sup>, la Cour répond par la négative dans un arrêt du 22 décembre 2010<sup>40</sup>. Le juge de l'État membre d'exécution n'est pas habilité à exercer un contrôle sur les conditions de délivrance du certificat telles que prévues par l'article 42-2<sup>o</sup> (point 54), d'autant que les motifs de refus de reconnaissance, tels que prévus par les articles 23 et 31 du règlement Bruxelles IIbis — parmi lesquels figure l'absence d'audition de l'enfant — ne sont pas applicables aux décisions ordonnant le retour d'un enfant (point 57). Ces principes demeurent d'application même lorsqu'une partie allègue une grave violation des droits fondamentaux. Une telle violation doit être invoquée dans l'État d'origine dont les juridictions disposent d'une compétence exclusive pour contrôler la légalité du certificat, soit avant de le délivrer, soit dans le cadre d'une action en rectification prévue par l'article 43, soit éventuellement dans le cadre d'un recours prévu par le droit national de l'État d'origine (points 50, 51, 73 et 74).

(39) Aff. C-211/10 PPU, 1<sup>er</sup> juillet 2010, commenté dans la précédente chronique.

(40) Aff. C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, R.T.D. eur., 2011, p. 482, note M. Douchy-Odot.

Cet enseignement paraît pouvoir être transposé aux nombreux autres instruments qui suppriment également l'exequatur pour les titres certifiés dans l'État d'origine. On pense en particulier aux règlements TEE, injonction de payer et petits litiges qui prévoient tous les trois la délivrance d'un certificat permettant l'exécution directe dans l'État membre d'exécution. Les juridictions de cet État ne peuvent donc en aucun cas vérifier si le certificat a été valablement délivré dans l'État d'origine, et ce même si la partie qui s'oppose à l'exécution invoque une violation de ses droits fondamentaux ou de l'ordre public.

La juridiction de l'État membre d'origine qui ordonne le retour de l'enfant doit cependant se montrer digne de la confiance qui lui est ainsi accordée. Elle doit ainsi effectivement donner à l'enfant la possibilité d'être entendu. Celle-ci n'implique pas nécessairement que l'enfant ait nécessairement été auditionné, car le juge de l'État d'origine dispose du droit d'apprécier l'opportunité d'une telle audition qui « ne constitue pas une obligation absolue, mais doit faire l'objet d'une appréciation en fonction des exigences liées à l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas d'espèce » (point 64). Elle implique toutefois que le juge d'origine ait envisagé de recueillir son opinion et lui ait offert les moyens réels et effectifs de s'exprimer, « compte tenu des moyens procéduraux nationaux et des instruments de coopération judiciaire internationale » (point 68).

## 3

### Preuves

Le règlement (CE) n<sup>o</sup> 1206/2001 sur l'obtention des preuves en matière civile et commerciale (« le règlement Preuves ») a pour finalité l'obtention simple, efficace et rapide des preuves dans un contexte transnational, en facilitant la coopération directe entre les juridictions des États membres. Il remplace dans ce domaine la Convention de La Haye du 18 mars 1970 (article 21-1<sup>o</sup>). Le règlement permet notamment au tribunal d'un État membre, la juridiction requérante, de demander à celui d'un autre État où se trouvent les preuves, la juridiction requise, de procéder à un acte d'instruction, comme par exemple une expertise, une production de documents, une audition de témoins, etc.

Dans l'affaire *Werynski*<sup>41</sup>, la Cour s'est prononcée pour la première fois sur l'interprétation du règlement à propos « d'une question qui a freiné la coopération entre des juridictions et qui restera un obstacle tant qu'elle n'est pas résolue » (point 40). Il s'agit du droit pour la juridiction requise de demander, que ce soit sous la forme d'une avance ou d'un remboursement ultérieur, le paiement de l'indemnité accordée, selon son droit national, au témoin dont l'audition est sollicitée par la juridiction requérante.

En l'espèce, une juridiction polonaise saisie d'un litige concernant la violation d'un contrat

(38) Aff. C-296/10, *Europe*, janvier 2011, p. 35, note L. Idot.

de non-concurrence avait demandé l'assistance d'une juridiction irlandaise pour entendre un témoin domicilié en Irlande. Le droit irlandais subordonnant l'audition au remboursement d'une indemnité de 40 EUR, la juridiction dublinoise avait préalablement exigé le paiement de cette somme à la juridiction polonaise qui, dans un premier temps, avait refusé. Le recours aux organismes centraux institués conformément à l'article 3 du règlement afin de rechercher des solutions aux difficultés qui se présentent à l'occasion d'une demande visant à faire procéder à un acte d'instruction n'ayant donné aucun résultat, la juridiction polonaise a interrogé la Cour de justice au sujet des articles 14 et 18 du règlement Preuves.

La difficulté apparente provenait de ce que, selon l'article 10-2<sup>o</sup>, la juridiction requise exécute la demande conformément à son propre droit. Or, en droit irlandais, le témoin n'est tenu de se présenter devant le tribunal que s'il a perçu au préalable une indemnisation de ses frais de transport. Qui devait dès lors avancer et, au final, supporter ces frais?

S'agissant de la possibilité pour la juridiction requise de refuser de procéder à l'audition tant qu'elle n'a pas reçu d'avance de la part de la juridiction requérante, la Cour relève tout d'abord que l'article 14 énumère de manière limitative et exhaustive les causes de refus d'exécution d'une audition de témoins et que le paiement préalable d'une avance au titre d'indemnité due à un témoin n'y figure pas (points 51, 52 et 53). Le juge irlandais ne pouvait donc pas soumettre l'audition du témoin à la condition du versement préalable d'une avance pour l'indemnité revenant au témoin (point 54). Cette solution ne faisait aucun doute puisque l'article 18-3<sup>o</sup> du règlement énonce expressément qu'hormis pour les frais d'expert, « la consignation ou l'avance [des frais] n'est pas une condition de l'exécution de la demande » (point 51).

Ensuite, la Cour vérifie si le remboursement de l'indemnité, prévue par le droit national, pouvait alors être exigé de la juridiction requérante après l'audition. L'article 18-1<sup>o</sup> du règlement dispose que « l'exécution d'une demande visant à faire procéder à un acte d'instruction ne peut donner lieu au remboursement de taxes ou de frais. Les indemnités allouées aux témoins sont-elles des taxes ou des frais au sens de cette disposition? Logiquement, la Cour décide que ces notions doivent être interprétées de manière autonome » (point 58). Par taxes, il y a lieu d'entendre « les sommes perçues par la juridiction pour son activité alors que les frais sont les sommes versées à la juridiction à des tiers au cours de la procédure » (point 59). Or la juridiction de l'État requis ne peut pas demander le remboursement de ces frais, sous la seule exception des indemnités payées aux experts et interprètes visés à l'article 18-2<sup>o</sup> ainsi que des frais résultant du recours aux technologies de communication modernes. Comme ce texte ne vise pas les défraiements revenant aux témoins, aucun remboursement ne peut être exigé par la juridiction de l'État requis, même si son droit national prévoit de telles indemnités (point 64).

Cette interprétation est renforcée par le fait que la Convention de La Haye — dont l'article 14 a été repris à l'article 18 du règlement Preuves — a précisément été modifiée par rapport à sa version de 1954 pour supprimer le remboursement des indemnités allouées aux témoins (points 67

et 68). Il est particulièrement intéressant que la Cour interprète le règlement par rapport à cette Convention dont elle rappelle qu'elle a été remplacée par ce dernier (point 66). Ceci permettra de puiser le cas échéant des éléments de réponse à d'éventuelles autres questions dans les travaux de la Conférence de La Haye en matière de preuves et, en particulier, dans le rapport explicatif de la Convention de 1970 ainsi que dans les conclusions et recommandations dont elle fait périodiquement l'objet.

En conclusion, la coopération dans le domaine des preuves implique donc que chaque État membre supporte lui-même les frais — prévus par son propre droit national — résultant de l'exécution d'une mesure d'instruction demandée par un autre État membre, à l'exception de ceux limitativement énumérés par l'article 18-2<sup>o</sup>.

Sur le plan de la technique des questions préjudicielles, on notera que la Cour a accepté de répondre à la question qui lui était posée par le tribunal polonais alors que, suivant la Commission, celle-ci avait surgi dans le cadre du fonctionnement administratif de la juridiction de renvoi et non pas directement dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Le rejet de l'exception d'irrecevabilité tirée de la fonction exercée par le juge de renvoi est essentiel car, dans le domaine de l'obtention des preuves, les cours et tribunaux sont bien souvent appelés à régler les aspects organisationnels et pratiques de la mesure d'instruction. Malgré leur caractère en apparence purement administratif, il s'agit là « d'actes effectués dans le cadre d'une procédure juridictionnelle destinée à aboutir à une décision à caractère juridictionnel » (point 45). La solution inverse aurait lors privé dans de nombreuses hypothèses les cours et tribunaux des États membres du précieux concours de la Cour pour régler les difficultés d'interprétation du règlement Preuves.

## 4

### Droit applicable aux obligations contractuelles

**11.** — Alors que le tout premier arrêt interprétatif de la Convention de Rome, commenté dans la précédente livraison de cette chronique, concernait la règle générale de désignation de la loi applicable en l'absence de choix (article 4)<sup>42</sup>, le deuxième arrêt se prononce sur les dispositions particulières en matière de contrat de travail (article 6). Le régime de protection prévu dans cette matière présente une forte analogie avec celui organisé par le régime de Bruxelles, qui bénéficie déjà d'un très riche *corpus* jurisprudentiel. La question principale était par conséquent de savoir si les directives d'interprétation données par la Cour en matière de compétence juridictionnelle, particulièrement en ce qui concerne la notion de lieu d'occupation habituel du travail, devaient être transposées dans le domaine de la compétence législative. Par l'arrêt *Koelzsch*<sup>43</sup>, la Cour a

abordé cette question de manière directe, pour y apporter une réponse fermement affirmative. La question a été soumise à la Cour dans des circonstances assez inhabituelles. Un chauffeur routier domicilié en Allemagne avait été embauché par une société établie au Luxembourg pour conduire des camions immatriculés au Luxembourg et stationnés en Allemagne, sur des trajets à partir du Danemark vers diverses destinations pour la plupart en Allemagne. Ayant été licencié en prétendue violation des règles du droit allemand qui protègent les membres de la délégation du personnel, le chauffeur a commencé par connaître plusieurs défaites judiciaires dans les actions qu'il a entreprises. Le tribunal allemand qu'il avait d'abord saisi s'est déclaré incompétent<sup>44</sup>, et le tribunal luxembourgeois où il avait ensuite porté son action a appliqué exclusivement le droit luxembourgeois. Les recours introduits tant en Allemagne qu'au Luxembourg ont échoué. N'abandonnant toujours pas la partie, le chauffeur a alors introduit un recours en responsabilité contre l'État luxembourgeois pour violation de la Convention de Rome par les autorités judiciaires. C'est dans ce cadre que la cour d'appel de Luxembourg a saisi la Cour de justice d'une question portant sur l'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome. Appliquant la jurisprudence *Mulox-Rutten-Weber*<sup>45</sup> relative à la Convention de Bruxelles, qui selon la Cour « reste pertinente dans l'analyse de l'article 6 » de la Convention de Rome, la Cour a jugé que « lorsque les prestations de travail sont exécutées dans plus d'un État membre, le critère du pays d'établissement habituel du travail doit faire l'objet d'une interprétation large et être entendu comme se référant au lieu dans lequel ou à partir duquel le travailleur exerce effectivement ses activités professionnelles et, en l'absence de centre d'affaires, au lieu où celui-ci accomplit la majeure partie de ses activités » (point 45). Est ainsi confirmée la volonté de la Cour d'éviter dans toute la mesure du possible l'application du critère subsidiaire du lieu de l'établissement qui a embauché le travailleur (cf point 43).

Pour justifier pourquoi cette interprétation dégagée pour déterminer le for du contrat de travail est pertinente aussi pour décider de la loi applicable, la Cour souligne que c'est dans l'État du lieu d'occupation habituelle « que le travailleur exerce sa fonction économique et sociale et que l'environnement professionnel et politique influence l'activité de travail ». La Cour en déduit que « le respect des règles de protection du travail prévues par le droit de ce pays doit, dans la mesure du possible, être garanti » (point 42). La Cour insiste sur le fait que cette interprétation, inspirée de ce que la Cour appelle les « principes du *favor laboratoris* », se concilie avec la nouvelle rédaction du règlement Rome I (point 46). La Cour a ainsi voulu gommer les quelques variantes de texte qui existent entre les différents instruments du droit international privé européen (Convention de Bruxelles, règlement Bruxelles I, Convention de Rome et règlement Rome I), pour consacrer un régime européen uniforme de la protection du travailleur, basé

(42) Voy. précédente chronique, *J.D.E.*, 2010, p. 311, n<sup>o</sup> 14.

(43) C.J., 15 mars 2011, aff. C-29/10; F. Fabienne Jault-Seske, *Rev. crit. D.I.P.*, 2011, p. 447; L. Idot, *Europe*, mai 2011, p. 50.

(44) Vraisemblablement en violation du règlement Bruxelles I, puisqu'il est vraisemblable, compte tenu de la réponse donnée par la Cour à la question de loi applicable, que le lieu d'occupation habituelle se trouvait en Allemagne.

(45) Sur laquelle voy. précédente chronique, *J.D.E.*, 2003, p. 306, n<sup>o</sup> 11.



sur la jurisprudence dégagée sous l'empire de la Convention de Bruxelles.

5

## Droit applicable au divorce

12. — Longtemps attendu, le règlement Rome III, sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps<sup>46</sup>, a été adopté dans le cadre de la coopération renforcée, en ce sens qu'il ne lie pas tous les États membres. Sont parties à ce règlement quatorze États membres, à savoir cinq des six États membres fondateurs des Communautés européennes (Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg), l'Espagne, le Portugal et l'Autriche, et six des États devenus membres au cours des derniers élargissements (Bulgarie, Lettonie, Hongrie, Malte, Roumanie et Slovaquie). Les États membres absents, parmi lesquels on pointera notamment le Royaume-Uni, la Pologne et les Pays-Bas, peuvent décider de rejoindre le règlement ultérieurement, selon une procédure particulière (cons. 8 du Préambule).

Le règlement est fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté, les époux pouvant choisir la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps, parmi la loi de l'État de la (dernière) résidence habituelle des époux (pour autant que l'un des deux y réside encore au moment de la conclusion de la convention), la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la Convention, ou la loi du for (article 5). À défaut de choix, la loi applicable est déterminée sur la base d'une échelle de critères de rattachement successifs, à savoir respectivement la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction, ou à défaut celle de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine précitée et que l'un des époux réside encore dans cet État, ou à défaut celle de la nationalité commune des époux au moment de cette saisine, ou à défaut la loi du for (article 8). Le domaine de la loi désignée est assez limité, son objet principal étant de régler les causes de divorce. Le règlement ne s'applique pas à la capacité juridique, à l'existence, la validité et l'annulation du mariage, au nom des époux, aux effets patrimoniaux du mariage, à la responsabilité parentale, aux obligations alimentaires, et aux trusts et successions (article 1<sup>er</sup>).

Arnaud NUYS  
et Hakim BOULARBAH<sup>47</sup>

(46) Pour des commentaires approfondis, voy. G. Lardeux, « Rome III est mort - Vive Rome III », *D.*, 2011, pp. 1835 et s.; P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. D.I.P.*, 2011, pp. 291 et s.

(47) Professeurs à l'U.L.B. et avocats. Les commentaires relatifs à la présente chronique peuvent être communiqués à anuys@ulb.ac.be et hboularb@ulb.ac.be.

## Capitaux (Libre circulation des -)

### Golden shares au profit d'un État membre dans une société privatisée

La détention par un État membre de *golden shares* dans une société privatisée lui conférant un droit de veto à l'égard de certaines délibérations de l'assemblée générale et le droit de désigner le président du conseil d'administration constituent des restrictions à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 56 CE. Le motif général de la sécurité de l'approvisionnement énergétique, sans précision des raisons exactes menant l'État membre à estimer que les droits contestés permettraient d'éviter une atteinte à cet intérêt fondamental, ne constitue pas une justification suffisante de ces restrictions au titre de la sécurité publique. Au demeurant, même en admettant qu'il existe en vertu du droit secondaire de l'Union une obligation, pour un État membre, de garantir l'approvisionnement en énergie sur son territoire national, le respect d'une telle obligation ne peut être invoqué pour justifier une mesure contraire à une liberté fondamentale (C.J., 10 novembre 2011, *Commission c. Portugal*, C-212/09).

### Communications électroniques

Voy. v<sup>o</sup> « Coopération en matière civile et commerciale » (« Atteinte aux droits de la personnalité sur internet - Tribunaux compétents »).

## Concurrence

### Preuve de la participation à une entente

La Commission doit apporter des preuves suffisantes de la participation d'une entreprise à une entente. Tel n'est pas le cas si les éléments rapportés manquent de fiabilité et revêtent un caractère excessivement épars et fragmentaire. Il en va de même si la preuve rapportée, appréciée globalement, n'est pas suffisamment précise et concordante et ne permet pas de déceler ni des coïncidences, ni des indices permettant de fonder la ferme conviction d'une participation de l'entreprise incriminée à l'entente. Constituent, en revanche, des éléments de preuve fiables la reconnaissance par l'entreprise de sa participation à une réunion illicite avec des concurrents, ainsi que les notes des autres participants à cette réunion (C.J., 25 octobre 2011, *Aragonesas Industrias y Energia c. Commission et Uralita c. Commission*, T-348/08 et T-349/08).

### Violation des droits de la défense dans une procédure d'abus de position dominante

La Cour a annulé les arrêtés du Tribunal et les décisions de la Commission par lesquelles elle a infligé des amendes à Solvay pour son comportement anticoncurrentiel sur le marché du carbonate de soude. Elle a estimé que la Commission n'avait pas respecté les droits de la société Solvay d'avoir accès à l'intégralité du dos-

sier de procédure et d'être auditionnée (C.J., 25 octobre 2011, *Solvay c. Commission*, C-109/10 P et C-110/10 P).

## Convention européenne des droits de l'homme

### Aide à un étranger en situation irrégulière

En créant le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France, l'objectif du législateur était de lutter contre l'immigration clandestine et les réseaux organisés tels que les passeurs qui aident, en contrepartie de sommes importantes, les étrangers à entrer ou à se maintenir illégalement sur le territoire. Un mécanisme d'impunité légale a été prévu pour les membres de la famille les plus proches de l'étranger en situation irrégulière, à savoir les ascendants de l'étranger, ses descendants, ses frères et sœurs, ainsi que son conjoint ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui. Dans un arrêt *Mallah c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'il n'était pas contraire à l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie familiale) que l'impunité légale ainsi visée ne bénéficie pas également à un beau-père ayant hébergé son genre en situation irrégulière (C.E.D.H., 5<sup>e</sup> sect., arrêt *Mallah c. France* du 10 novembre 2011).

### Contentieux disciplinaire pénitentiaire

L'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas applicable à la procédure disciplinaire pénitentiaire (C.E.D.H., 5<sup>e</sup> sect., arrêt *Cocaïgn c. France* du 3 novembre 2011, § 44).

### Expulsion d'un moudjahidine étranger vers la Tunisie

Dans un arrêt *Al Hanchi c. Bosnie-Herzégovine*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le requérant, ayant combattu en Bosnie-Herzégovine au sein du mouvement *moudjahidine*, pouvait être expulsé par cet État à destination de la Tunisie sans qu'il n'en résulte une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le risque que le requérant subisse, dans l'État de destination, des traitements contraires à cette disposition, n'était en effet pas avéré. En soutien de cette conclusion, la Cour fit valoir que des mesures sont actuellement prises en Tunisie pour passer à un système démocratique (amnistie accordée à tous les détenus politiques, dissolution du service de sécurité d'État et la révocation ou la mise en accusation de certains fonctionnaires de haut rang pour des abus passés). Selon la Cour, les cas de mauvais traitement encore rapportés sont toutefois des incidents sporadiques, et rien n'indique que les islamistes soient systématiquement visés en tant que groupe depuis le changement de régime. Par ailleurs, la Cour constate que la Tunisie a signé le Protocole facultatif à la Convention des Nations unies contre la torture, qui met en place un système préventif de visites dans les centres de détention, et