



HAL
open science

Panorama Droit international privé mars 2017 - février 2018

Sandrine Clavel, Fabienne Jault-Seseke

► **To cite this version:**

Sandrine Clavel, Fabienne Jault-Seseke. Panorama Droit international privé mars 2017 - février 2018. Recueil Dalloz, 2018, 18, pp.966. halshs-02216155

HAL Id: halshs-02216155

<https://shs.hal.science/halshs-02216155v1>

Submitted on 4 Dec 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



PANORAMA

Droit international privé

mars 2017 - février 2018

par Sandrine Clavel et Fabienne Jault-Seseke,
Professeurs à l'Université de Versailles Saint-Quentin (Paris Saclay)

I - CONFLITS DE LOIS

A - Règles générales

- 1 - Autorité de la règle de conflit
- 2 - Application de la loi étrangère
- 3 - Ordre public
- 4 - Lois de police

B - Règles spéciales

- 1 - Statut personnel
- 2 - Régimes matrimoniaux
- 3 - Successions
- 4 - Contrats
- 5 - Délit
- 6 - Insolvabilité
- 7 - Mesures d'instruction
- 8 - Droit des sociétés

II - CONFLIT DE JURIDICTIONS

A - Compétence juridictionnelle

- 1 - Immunité de juridiction
- 2 - En matière civile et commerciale
- 3 - En matière familiale

B - Conflits de procédures

- 1 - Exception de litispendance
- 2 - En matière d'insolvabilité

C - Reconnaissance et exécution des décisions

- 1 - Reconnaissance des actes de l'état civil
- 2 - Reconnaissance des jugements
- 3 - Exequatur
- 4 - Titre exécutoire
- 5 - Immunité d'exécution

966

Les difficultés nées de la succession de Johnny Hallyday auront permis à tout un chacun de découvrir le droit international privé. Le juriste, quant à lui, peine à se retrouver dans le foisonnement de textes qui suscitent de si nombreuses interprétations qu'il devient difficile de présenter l'actualité en faisant preuve d'exhaustivité.

Outre l'abondante jurisprudence qui fera l'objet des développements, il faut mentionner l'entrée en application le 26 juin 2017 du nouveau règlement Insolvabilité 2015/848 (V. J.-L. Vallens, D. 2017. 1257) et le 14 juillet 2017 du règlement 2015/2421 qui vient modifier le règlement sur la procédure de règlement des petits litiges (le petit litige est désormais d'un montant inférieur à 5 000 €) et, marginalement, le règlement sur la procédure européenne d'injonction de payer, ainsi que l'adoption de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (V. not. L. d'Avout, D. 2017. 2054 ; E. Pataut, Le devoir de vigilance, aspects de droit international privé, Dr. soc. 2017. 833).

Fait remarquable également, depuis le 7 février 2018, existe à la cour d'appel de Paris une chambre spécialisée dans les litiges du commerce international. Supplantera-t-elle après le *Brexit* la *High Court* de Londres ? La concurrence avec Francfort ou Amsterdam qui entendent également se doter de juridictions spécialisées est ouverte.

I - Conflits de lois

A - Règles générales

- 1 - Autorité de la règle de conflit

La Cour de cassation rappelle une nouvelle fois l'obligation pour le juge de mettre en œuvre d'office la règle de conflit lorsque les droits sont indisponibles, dans un arrêt dont le principal intérêt est d'illustrer une application désormais rare de l'article 309 du code civil (**Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-16.903**, AJ fam. 2017. 415, obs. C. Roth ; JDI 2018. Comm. 2, obs. E. Fohrer-Dedeurwaerder). Lorsque les droits sont disponibles en revanche, les juges n'ont l'obligation de relever d'office l'applicabilité d'un droit étranger que lorsque celui-ci a été invoqué par l'une des parties (**Civ. 3^e, 9 mars 2017, n° 15-13.938**). Une telle invocation doit conduire le juge à rechercher le droit applicable, sans avoir à inviter les parties à s'expliquer sur ce point déjà dans le débat (**Civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 16-12.413**). Mais il n'y a pas « invocation » lorsqu'une partie se contredit dans ses conclusions, en contestant, d'un côté, l'application d'une disposition du droit français au profit du droit étranger, et en se prévalant, de l'autre, de cette même disposition contre son adversaire (**Com. 6 déc. 2017, n° 16-15.674**, JCP 2018. 266, chron. C. Nourissat). Plus remarquable est l'arrêt envisageant l'incidence de l'autorité de la chose jugée sur le débat relatif au droit applicable



(Civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n° 16-21.000) : alors qu'un précédent jugement définitif avait conclu à la recevabilité d'une action en contestation de paternité et prescrit une expertise, les parents de l'enfant se prévalent du droit allemand selon lequel la paternité ne peut pas être contestée. Les juges du fond leur opposent le caractère définitif du jugement ayant déclaré la contestation de paternité recevable, qui interdit de remettre en cause cette recevabilité par l'invocation (tardive) du droit allemand. La Cour de cassation censure ce raisonnement : l'autorité de chose jugée ne couvre pas la question du droit applicable qui, non tranchée dans le dispositif du jugement définitif, doit encore pouvoir être débattue. Cette décision interroge, s'il faut comprendre - ce qui n'est pas certain - que l'application du droit allemand, si elle était retenue, pourrait conduire à remettre en cause la recevabilité de l'action pourtant bien tranchée, elle, dans le dispositif du jugement définitif. Le droit allemand, susceptible de faire obstacle à la recevabilité de la contestation de paternité, n'aurait-il pas dû, au titre de l'obligation de concentration des moyens, être invoqué dès l'origine dans le cadre de la discussion relative à cette recevabilité ? Il est vrai que le juge était en principe tenu, s'agissant de droits indisponibles, de relever d'office son applicabilité. Mais, en l'absence de voie de recours exercée en temps utile, sa décision ne devrait plus pouvoir être remise en cause.

2 - Application de la loi étrangère

La Cour de cassation énonce, semble-t-il pour la première fois, que lorsque la loi désignée par la règle de conflit du for est celle d'un État fédéral dans lequel la question litigieuse relève de la compétence des États fédérés, les juges du fond doivent rechercher de quel État fédéré la loi est applicable, en mettant en œuvre les règles de conflit internes de l'ordre juridique globalement désigné (Civ. 1^{re}, 20 avr. 2017, n° 16-14.349, D. 2017. 918 ; AJ fam. 2017. 416, obs. A. Boiché ; Dr. fam. 2017. Comm. 194, obs. M. Farge). Les autres décisions sont plus classiques. La Cour de cassation doit rappeler la règle pourtant bien établie selon laquelle le juge français qui reconnaît applicable un droit étranger doit en rechercher la teneur, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, même si les droits en cause sont disponibles (Com. 4 mai 2017, n° 15-22.712, RTD com. 2017. 683, obs. B. Bouloc). Il peut procéder à cette recherche personnellement, par exemple en se fondant en matière de régimes matrimoniaux sur une analyse non contestée effectuée par le centre de recherches, d'informations et de documentations notariales, et/ou se fonder sur l'analyse juridique présentée par l'une des parties (Civ. 1^{re}, 7 févr. 2018, n° 16-15.157, AJ fam. 2018. 186, obs. C. Roth). Dans sa recherche de la teneur du droit étranger, qu'il apprécie et interprète souverainement (Soc. 13 déc. 2017, n° 15-13.098, D. 2018. 14 ; Soc. 24 janv. 2018, n° 16-21.703), le juge français ne doit pas le dénaturer, dénaturation que la haute juridiction a par le passé jugé constituée lorsque la loi étrangère est appliquée en méconnaissance de son contexte jurisprudentiel (Civ. 1^{re}, 14 févr. 2006, n° 05-11.430, *Brianti*, Rev. crit. DIP 2006. 833, note S. Bollée). Pour autant, la Cour de cassation considère que le juge n'a pas à justifier sa décision de se fonder sur un arrêt

rendu par une cour étrangère sans tenir compte d'un arrêt postérieur présenté comme contraire par l'une des parties, pas plus que sa décision d'écarter des articles de doctrine produits par cette partie (Civ. 1^{re}, 11 oct. 2017, n° 15-23.435).

3 - Ordre public

Plusieurs décisions rendues le même jour par la première chambre civile de la Cour de cassation marquent particulièrement la période. Les deux premières, importantes, concernent la réserve héréditaire (*V. infra*). La troisième (Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-19.654, D. 2017. 2518, note J. Guillaumé, et 2018. 765, obs. H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2018. 41, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; JCP 2017. 1311, note E. Gallant ; Dr. fam. 2017. Comm. 33, obs. M. Farge) énonce que la loi étrangère applicable qui prive l'enfant du droit d'établir sa filiation paternelle est contraire à l'ordre public international français. L'arrêt ne fait aucune mention des liens qu'entretenait l'enfant avec la France, et il pourrait donc être analysé comme l'étape ultime d'une évolution (*V. E. Gallant, préc.*) qui a vu les lois prohibant l'établissement de la filiation paternelle passer du statut de « non contrares à l'ordre public » à « contrares si l'enfant est français ou réside en France », pour aujourd'hui devenir simplement « contrares à l'ordre public ». S'agit-il d'un abandon de l'ordre public de proximité en la matière ? La portée de la décision reste discutée, puisque dans l'espèce considérée l'enfant résidait bien en France, et surtout parce que la Cour de cassation avait déjà statué en des termes identiques (Civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, n° 09-71.369, D. 2011. 2728, et 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon ; AJ fam. 2012. 50, obs. E. Viganotti), avant de nuancer la portée de sa décision en affirmant qu'elle ne marquait pas l'abandon de l'ordre public de proximité (R. 2013, p. 131 et 342). Si des interrogations subsistent sur ce point, il est certain, en revanche, que l'arrêt consacre bien une appréciation *in concreto* de la contrariété à l'ordre public ; la loi en cause n'interdisait pas l'établissement de la filiation paternelle mais, du fait des conditions très restrictives posées, privait en fait l'enfant du droit de l'établir. La nécessité d'une appréciation *in concreto* est également rappelée dans trois autres décisions cette année (*V. infra*).

4 - Lois de police

Les lois de police sont à l'honneur avec en point de mire l'épilogue de l'affaire *Urmel* relative au lien de rattachement avec la France exigé pour appliquer directement la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 à une opération de sous-traitance mobilière (Com. 20 avr. 2017, n° 15-16.922, D. 2017. 916, et 2054, obs. L. d'Avout ; RDI 2018. 221, obs. H. Périnet-Marquet ; AJ Contrat 2017. 289, obs. V. Pironon ; Rev. crit. DIP 2017. 542, note D. Bureau). On se souvient que la haute juridiction avait, dans cette affaire, censuré l'application de la loi de 1975 comme loi de police sans que soit caractérisée « l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivis » (Com. 27 avr. 2011, n° 09-13.524, D. 2011. 1654, note Y.-E. Le Bos, 2434, obs. L. d'Avout, et 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon ; RDI 2011. 618, obs. H. Périnet-Marquet ; Rev. crit. DIP 2011.





624, rapp. A. Maitrepierre, et 659, note M.-E. Ancel ; RTD com. 2012. 214, obs. P. Delebecque). Elle valide cette fois le raisonnement des juges d'appel ayant retenu l'absence de rattachement à la France « en lien avec l'objectif poursuivi » par la loi de 1975 de protection des sous-traitants car : 1) l'Italie était le principal bénéficiaire économique de l'opération de sous-traitance - la fabrication des terminaux et l'installation des réseaux étant prévues sur son territoire - ; 2) la France ne correspondait ni au lieu d'établissement du sous-traitant, ni au lieu d'exécution de la prestation et/ou de destination finale des produits ; 3) tous les autres liens avec la France (établissement de l'entrepreneur principal, contribution à une opération économique profitant à une entreprise française, financée par des banques françaises) étaient insuffisants. On observera la cohérence du rattachement ici retenu en matière mobilière, avec celui de la « construction d'un immeuble en France », consacré (mais critiqué) pour fonder l'application directe de la loi de 1975 à la sous-traitance immobilière (Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, D. 2008. 753, note W. Boyault et S. Lemaire, 5, obs. X. Delpech, 1507, obs. P. Courbe, et 2560, obs. S. Bollée ; RDI 2007. 511, avis O. Guérin, et 2008. 38, obs. C. Charbonneau ; Rev. crit. DIP 2009. 728, note M.-E. Ancel ; RTD com. 2008. 456, obs. P. Delebecque).

La qualification des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce fait encore couler l'encre de la Cour de cassation, de la cour d'appel de Paris et de la doctrine (V. *infra* les affaires *Bugaboo* et *Expedia*). La contribution de la cour d'appel de Paris à la réflexion sur les lois de police doit être plus généralement soulignée avec, outre l'affaire *Expedia*, deux belles décisions relatives à la mise en œuvre des lois de police étrangères (Paris, 9 mars 2017, n° 15/22607, *Navire Pacific*, DMF 2017. 545, note J. Ha Ngoc ; Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703, *MK group*).

B - Règles spéciales

1 - Statut personnel

a - Nom

La CJUE poursuit son œuvre de construction du régime de l'obligation qui pèse sur les États membres de reconnaître le nom patronymique légalement déterminé et enregistré dans un autre État membre - entamée avec ses arrêts *Garcia Avello* (CJCE 2 oct. 2003, aff. C-148/02, D. 2004. 1476, note M. Audit ; AJDA 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, et 1076, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; Rev. crit. DIP 2004. 184, note P. Lagarde ; RTD civ. 2004. 62, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2004. 559, note A. Iliopoulou) et *Grunkin et Paul* (CJCE 14 oct. 2008, aff. C-353/06, D. 2009. 845, note F. Boulanger ; AJDA 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; AJ fam. 2008. 481, obs. A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2009. 80, note P. Lagarde) et tempérée par ses arrêts *Sayn Wittgenstein* (CJUE 22 déc. 2010, aff. C-208/09, AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD civ. 2011. 98, obs. J. Hauser ; RTD eur.

2011. 571, obs. E. Pataut), *Runevic Wardin* (CJUE 12 mai 2011, aff. C-391/09, AJ fam. 2011. 332, obs. V. Avena-Robardet ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD civ. 2011. 507, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2011. 571, obs. E. Pataut, et 2012. 405, obs. F. Benoît-Rohmer ; Rev. UE 2013. 313, chron. E. Sabatakakis) et *Bogendorff von Wolffersdorff* (CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, AJ fam. 2016. 392, obs. M. Saulier ; Rev. crit. DIP 2017. 278, note L. Rass-Masson ; RTD civ. 2016. 820, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2016. 648, obs. E. Pataut) - avec un arrêt *Freitag* (CJUE 8 juin 2017, aff. C-541/15, Rev. crit. DIP 2017. 549, note P. Hammje ; RTD eur. 2017. 589, obs. E. Pataut ; Europe 2017. Comm. 18, note D. Simon). Alors que la France a récemment choisi de consacrer un principe de reconnaissance automatique du nom acquis dans un autre État (art. 61-3-1 c. civ., créé par la L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016), l'article 48 de l'EGBGB (loi d'introduction au code civil allemand) adopte une position plus stricte : la possibilité pour un national allemand de choisir le nom acquis dans un autre État suppose que ce nom ait été acquis au cours d'un séjour habituel dans cet autre État, et que ce choix ne contrevienne pas de manière manifeste à des principes essentiels du droit allemand. Saisie de la compatibilité de cette disposition au droit européen, la Cour de justice conclut qu'un double national germano-roumain ne peut se voir dénier le droit d'opter pour le nom qu'il s'est vu légalement attribuer en Roumanie sur la base de sa nationalité roumaine (et donc en l'absence de séjour habituel). La Cour admet toutefois la possibilité pour un État membre d'échapper à l'obligation de reconnaissance automatique, mais à la condition que d'autres procédures permettent effectivement (c'est-à-dire sans impossibilité ou difficulté excessive en pratique) cette reconnaissance. En outre, si la Cour semble implicitement admettre que le changement de nom peut être conditionné à l'existence d'un rattachement à l'État membre où le nom a été attribué, le rattachement exigé ne saurait être le séjour habituel lorsque l'intéressé a la nationalité de cet État. On retrouve là, dans la droite ligne de l'arrêt *Garcia Avello* (préc.), le refus de reconnaître la primauté de la nationalité du for.

b - Divorce

La période est bien pauvre en matière de loi applicable au divorce, si ce n'est sur le terrain déjà évoqué de l'application d'office de la règle de conflit (*supra*). Heureusement, la Cour de justice nous sauve du marasme avec une belle décision (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16, *Sabyouni*, D. 2018. 8 ; AJ fam. 2018. 119, obs. A. Boiché, et 3, édito. V. Avena-Robardet ; JCP 2018. Doctr. 228, n° 10, obs. M. Farge ; Procédures 2018. Comm. 44, obs. C. Nourissat) relative à la désormais brûlante question des divorces privés, qu'elle confronte au champ d'application matériel du règlement Rome III. Pour la Cour, qui suit les conclusions de son avocat général, l'article 1^{er} du règlement doit être interprété en ce sens qu'un divorce résultant d'une déclaration unilatérale d'un des époux devant un tribunal religieux n'est pas couvert par ce règlement. En effet, même si le règlement ne définit pas la notion de « divorce », il opère maintes références à l'intervention d'une « juridiction » et à l'existence d'une « procédure » ou d'une « action judi-





ciaire », ce qui implique qu'il « vise exclusivement les divorces prononcés soit par une juridiction étatique soit par une autorité publique ou sous son contrôle » (§ 39). La Cour invoque aussi la nécessité d'une interprétation du champ d'application du règlement en cohérence avec le règlement Bruxelles II *bis* et avec l'état du droit comparé dans les États membres au jour de son adoption. Le sort du divorce conventionnel récemment consacré par le droit français reste donc incertain ; il n'est en effet pas acquis que le contrôle de légalité de la convention confié au notaire (Circ. n° CIV/02/17 du 26 janv. 2017) suffise à caractériser le « contrôle d'une autorité publique » exigé par la Cour.

c - Filiations biologique et adoptive

Le contentieux de la filiation, très riche, est cette année largement alimenté par les gestations pour autrui à l'étranger. Le régime de la transcription des actes de naissance étrangers des enfants nés par gestation pour autrui (GPA) semble parvenu à un point d'équilibre, après l'ultime condamnation (à ce jour) de la France par la CEDH le 19 janvier 2017 (D. 2017. 1014, obs. H. Gaudemet-Tallon). Ce régime est décliné dans quatre arrêts par la Cour de cassation (**Civ. 1^{re}, 29 nov. 2017, n° 16-50.061**, D. 2017. 2477, et 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2018. 122, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; **Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-16.901, n° 16-16.495 et n° 15-28.597**, D. 2017. 1737, note H. Fulchiron, 1727, obs. A. Gouttenoire, 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts, 641, obs. M. Douchy-Oudot, et 765, obs. J.-C. Galloux ; AJ fam. 2017. 482, 375, point de vue F. Chénéde, et 431, point de vue P. Salvage-Gerest). La transcription de l'acte d'état civil étranger faisant état de la filiation paternelle fondée sur l'article 47 du code civil doit être admise dès lors que l'acte étranger n'est ni irrégulier, ni falsifié, et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité, la circonstance d'un recours à la GPA ne pouvant y faire obstacle (V. n° 16-50.061 et n° 16-16.901, *supra*, qui reprennent la solution déjà consacrée par Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002, D. 2015. 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 1481, édito. S. Bollée, 1773, point de vue D. Sindres, 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 2016. 674, obs. M. Douchy-Oudot, 857, obs. F. Granet-Lambrechts, 915, obs. M. Pichard, et 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon ; AJ fam. 2015. 496, obs. F. Chénéde, et 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Rev. crit. DIP 2015. 885 ; RTD civ. 2015. 581, obs. J. Hauser) ; elle ne peut être conditionnée à la production d'un certificat médical de paternité biologique, en particulier si cette paternité ressort d'un jugement étranger qui produit sur ce point un effet de fait en l'absence d'éléments de preuve contraires (V. n° 15-28.597, *supra*). En revanche, l'acte d'état civil consulaire français doit être entièrement annulé en application de l'article 48 du code civil, sans égard pour « la réalité de la filiation biologique paternelle », si les documents produits devant l'officier d'état civil ont été falsifiés pour donner à croire à la grossesse de l'épouse (n° 16-16.495, *supra*).

La situation est bien différente à l'égard de la mère d'intention, toujours privée de la possibilité de faire constater son

lien avec l'enfant. La Cour de cassation s'attache à renforcer la justification de sa position. Construisant sur la lettre de l'article 47 du code civil en ce qu'il écarte la transcription d'un acte déclarant des faits ne correspondant pas à la réalité, elle énonce que la réalité s'entend, s'agissant de la mère, de la réalité de l'accouchement (n° 16-16.901 et n° 15-28.597, *supra*) et non de « celle qui existe juridiquement au jour où l'acte de naissance étranger est dressé » (n° 16-50.061, *supra*). En d'autres termes, peu importe que la mère d'intention soit légalement considérée comme la mère de l'enfant dans l'État où l'acte a été dressé. La haute juridiction assure ses arrières en énonçant (n° 16-16.901 et n° 15-28.597, *supra*) que ce refus de transcription « poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil », et n'est ni discriminatoire, ni disproportionné au regard de ce but légitime, puisque : 1) l'enfant peut se voir délivrer un certificat de nationalité et être accueilli dans le foyer de ses « parents » ; 2) la filiation paternelle peut être établie et transcrite ; 3) l'enfant peut être, le cas échéant, adopté par l'épouse de son père, sa mère d'intention. Ainsi, la Cour de cassation affirme-t-elle, pour la première fois, que le recours à la GPA à l'étranger ne fait pas en lui-même obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont remplies et l'intérêt supérieur de l'enfant respecté. Elle étend cette solution, le même jour, aux couples de même sexe (**Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-16.455**, D. 2017. 1737, note H. Fulchiron, 1727, obs. A. Gouttenoire, 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts, et 641, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2017. 482, 375, point de vue F. Chénéde, et 643, pratique P. Salvage-Gerest).

Sur l'ordre public international, à propos des lois étrangères prohibant l'établissement de la filiation paternelle (**Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-19.654**, V. *supra*).

Sur le régime procédural de la loi étrangère dans les actions en filiation (**Civ. 1^{re}, 20 avr. 2017, n° 16-14.349**, et **12 juill. 2017, n° 16-21.000**, V. *supra*).

d - Déplacement illicite d'enfants

Les actions tendant à voir ordonner le retour d'enfants déplacés en France de façon prétendument ou réellement illicite apportent quelques éléments sur la notion de déplacement illicite. La Cour de justice (**CJUE, 5^e ch., 8 juin 2017, aff. C-111/17, OL**, D. 2017. 1250 ; AJ fam. 2017. 493, obs. A. Boiché) vient, tout d'abord, préciser sa jurisprudence antérieure sur la notion de résidence habituelle (pour des applications : **Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-17.624**, et **13 déc. 2017, n° 17-23.673** ; V. aussi, moins motivé : **Civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 16-20.141**) en indiquant que l'État où la mère a accouché et séjourné pendant plusieurs mois, selon la volonté commune du couple mais avec intention de retour dans l'État où la famille était établie, ne constitue pas la « résidence habituelle » au sens du règlement Bruxelles II *bis*. La Cour de cassation précise, quant à elle, les critères de l'illicéité, et, d'abord, la notion de droit de « garde » (en violation duquel le déplacement est illi-





cite), distinct de la fixation du domicile de l'enfant chez l'un de ses parents (Civ. 1^{re}, 13 déc. 2017, n° 17-19.727, AJ fam. 2018. 49, obs. C. Roth), mais caractérisé lorsque le parent a reçu judiciairement le droit de consentir au changement de résidence de l'enfant (Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 17-11.031, AJ fam. 2017. 490, obs. A. Boiché; Civ. 1^{re}, 14 juin 2017, n° 17-10.980, AJ fam. 2017. 495, obs. C. Roth). En revanche, le titulaire d'un tel droit, qui a donné son accord à l'établissement de son conjoint et de ses enfants en France, ne peut rompre unilatéralement cet accord et arguer d'un déplacement illicite pour exiger le retour (Civ. 1^{re}, 23 mars 2017, n° 16-28.730).

Quant aux motifs de non-retour, dont on sait qu'ils sont exceptionnels, ils connaissent quelques belles illustrations. Tout d'abord, le refus d'ordonner le retour immédiat en raison d'un danger grave encouru par l'enfant ou de la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, apprécié en fonction de son intérêt supérieur, dépend moins des conditions matérielles d'hébergement à l'étranger (censurant le refus d'ordonner le retour au Canada, où la famille vivait dans une cabane exiguë, isolée dans la forêt, sans eau courante ni électricité, alors qu'en France les trois enfants disposaient de deux chambres : Civ. 1^{re}, 16 nov. 2017, n° 17-20.635), que du risque psychologique (refus de retour motivé par l'anxiété psychologique des enfants vis-à-vis d'un père ayant menacé de mort son épouse à plusieurs reprises : Civ. 1^{re}, 25 oct. 2017, n° 17-20.063, AJ fam. 2017. 655, obs. C. Roth). Ensuite, la tardiveté de la demande de retour, combinée à l'intégration de l'enfant en France, donne lieu à censure d'une décision de retour prononcée par les juges du fond : « l'enfant, qui réside en France depuis deux ans avec sa mère et ses demi-frères et sœur, est scolarisé depuis septembre 2015, comprend sans difficulté le français et le parle couramment ». Il est donc intégré en France. Peu importe alors si « sa mère, qui ne s'exprime pas en français, est en demande d'asile en France, ne peut y travailler et réside chez un tiers, qui l'héberge avec ses trois enfants » (Civ. 1^{re}, 13 juill. 2017, n° 17-11.927, D. 2017. 1528 ; AJ fam. 2017. 492, obs. A. Boiché ; JCP 2017. 1084, note E. Gallant).

Enfin, la Cour de cassation juge qu'une décision interdisant la sortie du territoire des enfants sans l'autorisation des deux parents ne viole pas le principe de liberté de circulation, dès lors qu'elle est nécessaire pour prévenir les déplacements illicites, proportionnée puisque non absolue (possible autorisation de l'autre parent), et justifiée par le comportement antérieur de la mère qui avait soustrait les enfants à leur père chez qui la résidence a été fixée (Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 15-26.664, D. 2017. 568, 1727, obs. A. Gouttenoire, et 2018. 641, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2017. 243, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2017. 370, obs. J. Hauser).

2 - Régimes matrimoniaux

Outre une décision relative à l'application de la loi étrangère (Civ. 1^{re}, 7 févr. 2018, n° 16-15.157, *supra*), la période est marquée par trois arrêts de la Cour de cassation. Dans une affaire encore soumise au droit commun français puisque le mariage avait été célébré avant le 1^{er} septembre 1992, la pre-

mière chambre civile offre une belle illustration de localisation subjective de la relation matrimoniale pour déterminer la loi applicable au régime légal, en l'absence de contrat de mariage et de choix de loi explicite. Elle approuve l'arrêt d'appel ayant retenu l'application du régime légal français au terme d'une mise en œuvre scrupuleuse des prescriptions de l'arrêt *Zelcer* (Req. 4 juin 1935, GADIP n° 15), fondée sur la double constatation de la fixation du premier domicile commun du couple marocain en France, et d'une référence « au régime de la communauté des biens réduite aux acquêts » dans leur acte de donation entre époux manifestant leur « volonté de se soumettre au régime légal français de la communauté » (Civ. 1^{re}, 15 juin 2017, n° 16-20.671, JCP 2018. Doctr. 228, n° 9, obs. M. Farge).

Un arrêt intéressant (Civ. 1^{re}, 22 mars 2017, n° 15-28.588) statue sur la coordination entre la loi du régime matrimonial et la *lex rei sitae*, lorsque la masse comporte une indivision immobilière entre époux. Les époux étaient mariés sous le régime de la séparation des biens de droit espagnol, et avaient acquis un immeuble en France. Les juges du fond avaient relevé que l'acte de vente précisait expressément la nature indivise de l'acquisition. Négligeant cette constatation apparemment indifférente, la Cour de cassation rejette le pourvoi en validant le raisonnement suivant : la loi espagnole du régime matrimonial s'applique pour déterminer si le bien peut être considéré comme indivis puis, dans l'affirmative, la *lex rei sitae* française qui régit l'indivision s'applique à la liquidation de celle-ci. La solution avait déjà été consacrée vingt ans plus tôt (Civ. 1^{re}, 22 oct. 1985, n° 84-11.468).

Enfin, plus novateur, un arrêt précise les modalités de changement de loi applicable au régime matrimonial (Civ. 1^{re}, 13 déc. 2017, n° 16-27.216, D. 2018. 339, note C. Farge ; AJ fam. 2018. 129, obs. A. Boiché ; Dr. fam. 2018. Comm. 49, obs. M. Farge ; Defrenois 2018. 20, note M. Revillard ; JCP 2018. 73, note G. Wiederkehr). La haute juridiction combine les articles 6 et 11 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 pour décider que le changement de loi volontaire, autorisé par le premier, doit faire l'objet d'une stipulation expresse exigée par le second. Tel n'est pas le cas de la déclaration réalisée dans un acte d'achat immobilier et dans une donation entre époux qui, poursuivant un autre objet, ne traduisent pas une volonté non équivoque des époux de modifier la loi applicable à leur régime matrimonial. La lecture de l'arrêt laisse le sentiment qu'en l'espèce le problème était moins l'absence de stipulation expresse (la stipulation selon laquelle les époux se déclaraient « soumis au régime de la communauté, selon le droit français » semble peu équivoque), que le fait que celle-ci n'était pas incluse dans un acte équivalent à un « contrat de mariage », exigé par l'article 11. L'attendu de principe aurait gagné à le préciser.

3 - Successions

Le droit des successions internationales devra décidément beaucoup aux musiciens célèbres. Préfigurations de l'affaire *Johnny Hallyday*, les affaires *Jarre* et *Colombier* connaissent leur





aboutissement, au détriment des enfants déshérités. La Cour de cassation met un point final aux deux procédures (**Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151**, D. 2017. 2185, note J. Guillaumé ; AJ fam. 2017. 595, 510, obs. A. Boiché, et 598, obs. P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, B. Savouré et G. Kessler ; RTD civ. 2017. 833, obs. L. Usunier, et 2018. 189, obs. M. Grimaldi ; RTD com. 2018. 110, obs. F. Pollaud-Dulian ; JCP 2017. 2117, note C. Nourissat et M. Revillard ; Defrenois 2018, n° 8, p. 30, obs. P. Callé ; JDI 2018. 113, note E. Bendelac, *supra*) en prenant partie sur deux questions intéressantes. D'une part, elle retient l'effet immédiat de la déclaration d'inconstitutionnalité du droit de prélèvement, dont le Conseil constitutionnel n'a pas reporté les effets dans le temps (Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC, D. 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon, et 2331, obs. S. Bollée ; AJ fam. 2011. 440, obs. B. Haftel, obs. A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2013. 457, note B. Ancel). Le droit de prélèvement ne peut donc plus être appliqué, y compris dans les procédures en cours. D'autre part et surtout, la haute juridiction règle le sort de la réserve héréditaire dont beaucoup prédisaient la condamnation par suite de l'adoption du règlement 650/2012. Prédiction confirmée : déjà affaiblie par la neutralisation du droit de prélèvement, la réserve héréditaire est également privée, dans une large part, du jeu de l'exception d'ordre public international : « une loi étrangère (...) qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français ». Si la solution était prévisible et ménage implicitement le contrôle de la fraude (la réalité des liens du défunt avec l'ordre juridique dont la loi régit la succession est vérifiée), on s'avouera moins convaincu par l'idée que, selon une appréciation *in concreto* de l'exception d'ordre public, la réserve puisse jouer si les enfants établissent « se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin ». La prise en compte de la situation financière des réservataires putatifs, outre sa subjectivité, ne correspond guère à l'esprit de la réserve héréditaire dont la finalité n'est pas alimentaire (sur ce point, V. D. Sindres, Les délices de l'hubris, D. 2017. 2544).

La période est également l'occasion pour la CJUE d'une première interprétation du règlement Successions, relative aux domaines respectifs de la loi successorale et de la loi réelle (**CJUE, 2^e ch., 12 oct. 2017, aff. C-218/16, Kubicka**, D. 2017. 2101 ; Europe 2017. Comm. 495, obs. L. Idot ; JCP N 2017, n° 43-44, p. 5, note D. Boulanger). L'article 1, § 2, *k*) et *l*), du règlement exclut de son champ d'application « la nature des droits réels » et « toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre ». Était en cause la volonté d'une femme de rédiger devant un officier public allemand un testament incluant un legs d'un genre particulier (« par revendication ») en faveur de son époux, portant sur un immeuble en Allemagne. La loi polonaise, valablement choisie comme loi régissant la succession, connaît ce type de legs, mais pas le droit allemand, qui ne connaît que d'une autre forme de legs (« par condamnation »). Pour la Cour, ces deux figures ne sont pas deux droits réels distincts mais les modalités d'un même droit réel. Or les

conditions et modalités d'acquisition d'un droit réel, non couvertes par l'article 1, § 2, *k*) et *l*), relèvent de la loi successorale. Les autorités publiques allemandes ne peuvent donc refuser de reconnaître le legs en opposant la loi allemande du lieu de situation de l'immeuble.

4 - Contrats

Un arrêt, quasi pédagogique en ce qu'il illustre le refus du « contrat sans loi », vient rappeler à tous les rédacteurs d'actes qu'une simple « référence au droit international » ne vaut pas « choix d'une loi pour régir les relations contractuelles » (**Civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 15-28.767**, Rev. crit. DIP 2017. 431, note D. Sindres). Prononcée au visa de l'article 3 du code civil, la solution vaut également pour la Convention de Rome - qui aurait d'ailleurs dû être appliquée, de préférence au droit français, compte tenu de la date du contrat -, et pour le règlement Rome I.

Sur les aspects généraux voir aussi *supra* : Lois de police.

Du côté des contrats commerciaux, on signalera un arrêt relatif à la prescription de l'action en dénonciation des défauts de conformité dans la vente (**Com. 6 déc. 2017, n° 16-15.674**, *supra*). Après avoir rappelé que cette prescription n'est pas régie par la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), en sorte qu'elle doit être soumise au droit italien (du vendeur) en vertu de « la règle de conflit de lois mobilisée » dont la source n'est pas précisée (V. déjà Com. 2 nov. 2016, n° 14-22.114, D. 2017. 613, obs. C. Witz, et 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon ; Rev. crit. DIP 2017. 404, note O. Boskovic), la chambre commerciale considère que la prescription de droit italien, d'un an à compter de livraison, n'est pas contraire à l'ordre public international car, *in concreto*, l'acheteur a eu connaissance des défauts avant l'expiration de ce délai d'un an, et se trouvait donc en position d'agir dans le délai fixé.

Petite cuvée concernant les consommateurs ; on notera simplement l'incidence sur le conflit de lois de l'arrêt *Schrems II* (**CJUE, 3^e ch., 25 janv. 2018, aff. C-498/16, V. infra**), ainsi qu'un arrêt (**Civ. 1^{re}, 11 oct. 2017, n° 15-23.435**, *supra*) qui indique que le consommateur ne peut se borner à se prévaloir des dispositions protectrices de la loi de son État de résidence, mais doit désigner les dispositions protectrices impératives dont il revendique l'application.

Pour les contrats de travail, la Cour de cassation prononce deux censures disciplinaires au visa de l'article 6 de la Convention de Rome, rappelant aux juges du fond les obligations qui leur incombent pour la mise en œuvre de cette disposition. D'une part, si les salariés revendiquent l'application de la loi du lieu où le travail est habituellement accompli, la loi choisie par le contrat ne peut pas être écartée simplement parce que l'employeur n'établit pas, ni même ne soutient, que cette loi est plus protectrice que la première ; il appartient aux juges de rechercher en quoi la loi choisie est moins protectrice que la loi du lieu d'exécution du travail (**Soc. 8 mars 2017, n° 15-28.021**





et n° 15-28.022). D'autre part, s'il ressort de leurs constatations que le travail s'exerce en plusieurs lieux, les juges du fond ne peuvent - la salariée s'étant prévalu de la loi du lieu d'exécution du travail - donner exclusivement effet à la loi choisie par les parties en utilisant un faisceau d'indices révélant selon eux le plein accord des parties pour l'application de cette loi, sans rechercher où s'accomplissait effectivement le travail (Soc. 7 févr. 2018, n° 16-22.393 ; comp. Soc. 28 févr. 2018, n° 16-20.941, retenant le caractère inopérant d'un moyen fondé sur une règle de droit français quand seul le droit luxembourgeois était applicable du fait de la loi luxembourgeoise et de l'embauche au Luxembourg d'un transporteur qui effectuait des transports dans plusieurs pays). On signalera trois arrêts de la CJUE relatifs à la loi applicable au régime de sécurité sociale du travailleur exerçant son activité dans plusieurs États membres, qui révèlent la force du critère de rattachement au lieu d'exercice « normal » des activités (exercice d'une activité salarié dans un État membre - compétence de principe écartée du fait de son caractère marginal - et non salarié dans un autre : CJUE, 3^e ch., 13 juill. 2017, aff. C-89/16, *Radosław Szoja* ; exercice marginal d'une activité dans l'État membre de résidence : CJUE, 3^e ch., 13 sept. 2017, aff. C-570/15 et aff. C-569/15, D. 2018. 313, obs. N. Joubert ; Europe 2017. Comm. 412, obs. L. Driguez).

En matière de contrats d'assurance, la Cour de cassation applique la règle de conflit de l'article L. 181-2 du code des assurances (le contrat d'assurance responsabilité étant antérieur à l'entrée en vigueur du règlement Rome I, et exclu du champ d'application de la Conv. Rome). Le droit polonais est déclaré applicable car désigné par les parties dans le contrat d'assurance (art. L. 181-2, al. 1^{er}, c. assur.) et car la Pologne doit être considérée comme le pays où le risque était situé (art. L. 181-2, al. 2) en tant qu'État du lieu de souscription (art. L. 310-4, 3^o, c. assur. ; Com. 8 mars 2017, n° 15-13.384, n° 15-13.386 et n° 15-14.272). La Cour de cassation rappelle, par ailleurs, que l'existence de l'action directe de la victime contre l'assureur (en prélude, au cas d'espèce, à l'appréciation de la compétence juridictionnelle V. *infra*), s'apprécie différemment selon la nature - contractuelle ou délictuelle - de l'obligation de l'assuré responsable. Si l'article 18 du règlement Rome II est applicable quand l'assuré est tenu en vertu d'une obligation non contractuelle, il ne peut jouer si l'obligation en cause est contractuelle (Civ. 1^{re}, 24 janv. 2018, n° 17-10.959). On se souviendra que, dans ce cas, la haute juridiction, s'inspirant de l'article 18 précité, a retenu que l'action directe contre l'assureur est possible si elle est prévue par la loi applicable à l'obligation contractuelle ou par la loi applicable au contrat d'assurance (Civ. 1^{re}, 9 sept. 2015, n° 14-22.794, D. 2015. 1846, 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1161, obs. M. Bacache, et 2025, obs. S. Bollée ; AJCA 2015. 472, obs. L. Perdrix ; Rev. crit. DIP 2016. 119, note S. Corneloup ; RTD com. 2016. 590, obs. P. Delebecque).

5 - Délit

L'article L. 442-6 du code de commerce suscite encore des débats, nourris par l'arrêt *Bugaboo* de la Cour de cassation

(Com. 21 juin 2017, n° 16-11.828, D. 2017. 2054, obs. L. d'Avout ; JCP E 2018, n° 11, p. 32, obs. D. Mainguy) et par l'arrêt *Expedia* de la cour d'appel de Paris (Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784, AJ Contrat 2017. 388, obs. V. Pironon, et 305, obs. X. D. ; RTD com. 2017. 598, 599, 601, 603 et 606, obs. M. Chagny ; CCE 2018. Comm. 21, n° 13, obs. M.-E. Ancel). Appliquant l'article 3 du code civil et les principes généraux du droit international privé à une rupture des relations commerciales établies antérieure à l'entrée en vigueur du règlement Rome II, l'arrêt *Bugaboo* censure l'application de la *lex loci delicti* française sans qu'il ait été recherché au préalable si la clause de choix de loi du contrat de distribution exclusive, qui désignait la loi néerlandaise, « n'était pas rédigée en des termes suffisamment larges pour s'appliquer au litige ». L'arrêt ne remet pas en cause la qualification délictuelle de l'action, retenue en droit commun français mais écartée (sauf exceptions) par la CJUE dans son arrêt *Granarolo* (14 juill. 2016, aff. C-196/15, D. 2016. 1575, 2025, obs. S. Bollée, 2017. 881, obs. D. Ferrier, et 1011, obs. F. Jault-Seseke ; AJ Contrat 2016. 442, obs. I. Luc ; Rev. crit. DIP 2016. 703, note F.-X. Licari ; RTD civ. 2016. 814, obs. L. Usunier, et 837, obs. H. Barbier ; RTD com. 2017. 231, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast) ; à notre sens, il considère seulement, selon une règle déjà consacrée (Com. 25 mars 2014, n° 12-29.534, *Guerlain*, D. 2014. 1250, note F. Jault-Seseke, 1967, obs. S. Bollée, 2488, obs. N. Dorandeu, et 2015. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon ; Rev. crit. DIP 2014. 823, note O. Boskovic ; RTD civ. 2014. 656, obs. H. Barbier, et 848, obs. L. Usunier), que la loi applicable à une action délictuelle intentée entre deux contractants peut être la loi du contrat, en application du principe de proximité (en ce sens, L. d'Avout, obs. préc. ; plus circonspect, D. Mainguy, obs. préc.). Cette lecture est compatible avec l'arrêt *Expedia*, qui, tout en rappelant qu'une action délictuelle peut être couverte par une clause de choix de loi, refuse logiquement que cette clause soit opposée au ministre - tiers au contrat - exerçant l'action délictuelle qu'il tient de l'article L. 442-6, III, du code de commerce. En revanche, les deux arrêts invitent (encore !) à la spéculation quant à l'éventuelle nature de loi de police de l'article L. 442-6 du code de commerce. Car si la cour d'appel qui avait pourtant déclaré la loi française applicable énonce de façon assez spectaculaire que les articles L. 442-6, I, 2^o (déséquilibre significatif), et L. 442-6, II, d (clause de la « nation la plus favorisée »), sont « des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale », la position de la Cour de cassation quant à la nature de l'article L. 442-6, I, 5^o (rupture brutale), est très ambiguë, pour ne pas dire contraire. Car si la haute juridiction était favorable à la qualification de loi de police, n'aurait-elle pas relevé d'office le moyen tiré de l'application impérative de cette disposition (en ce sens, L. d'Avout, obs. préc.) ?

La CJUE apporte des précisions pour la mise en œuvre de l'article 8, § 2, du règlement Rome II aux actions en contrefaçon de dessins et modèles communautaires (CJUE, 2^e ch., 27 sept. 2017, aff. C-24/16 et aff. C-25/16, *Nintendo*, D. 2017. 1977 ; Dalloz IP/IT 2018. 190, obs. A.-E. Kahn ; CCE 2018. 21,





n° 15, obs. M.-E. Ancel) : la société Nintendo réclamait, contre une société française et sa filiale allemande opérant dans plusieurs États membres, diverses sanctions d'une telle contrefaçon. Même si le règlement 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires renvoie au droit international privé des États membres pour la définition de ces sanctions, il faut appliquer l'article 8, § 2, du règlement Rome II qui unifie ces règles de conflit et désigne « la loi du pays dans lequel il a été porté atteinte à ce droit » de propriété intellectuelle. Cette notion, que la CJUE qualifie d'autonome, s'entend de la loi du « pays du lieu où le fait générateur du dommage s'est produit, à savoir celui sur le territoire duquel l'acte de contrefaçon a été commis ». Lorsque sont reprochés à un même défendeur différents actes de contrefaçon commis dans différents États membres, il faut déterminer le lieu où l'acte de contrefaçon initial, qui est à l'origine du comportement reproché, a été commis ou risque d'être commis ; s'agissant d'une offre de vente mise en ligne sur le site de la société contrefaisante, il faut retenir le lieu de déclenchement du processus de mise en ligne (V. aussi *infra* II).

C'est encore d'une action en contrefaçon, combinée à une action en concurrence déloyale, que la Cour de cassation a eu à connaître dans l'affaire *Mariage Frères* (Com. 8 nov. 2017, n° 16-10.850), dans laquelle la célèbre société reprochait à d'anciens salariés et à des sociétés singapouriennes d'avoir utilisé des éléments caractéristiques de son identité visuelle dans plusieurs pays d'Asie. Devant la Cour de cassation, la société reprochait aux juges du fond d'avoir soumis ses demandes au droit de l'État de Singapour, plutôt qu'au droit français. La difficulté venait de ce que les défendeurs n'avaient aucune boutique ou salon de thé en France. Sur la contrefaçon, le pourvoi est logiquement rejeté en application de l'article 5, § 2, de la Convention de Berne du 9 septembre 1886, selon lequel la loi applicable est celle « du pays où la protection est réclamée », c'est-à-dire du pays où les agissements délictueux se sont produits, qui n'était pas la France. Sur la concurrence déloyale, on s'avouera moins convaincu par le refus d'appliquer la loi française. La société *Mariage Frères* invoquait l'article 6, § 2, du règlement Rome II, pour faire valoir que la loi française du lieu du dommage devait s'appliquer à l'acte de concurrence déloyale affectant exclusivement ses propres intérêts. Les juges du fond, suivis par la Cour de cassation, lui opposent la compétence de la loi de Singapour, applicable en vertu de l'article 6, § 1, comme loi « du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ». Il est bien regrettable pour la société française que la cour d'appel ait « exclu » que le comportement des défendeurs n'ait pas eu d'effets sur le marché singapourien (ce qui n'est pas totalement similaire au fait de retenir qu'il y a eu des effets), et on aurait pu espérer que cette motivation soit un peu plus développée. Mais il est vrai que la cour d'appel avait également relevé que le droit singapourien comporte une protection effective contre la concurrence déloyale.

Enfin, on signalera deux arrêts sur le recours subrogatoire de l'organisme ayant indemnisé la victime d'un accident de la circulation. Le premier, déjà évoqué (*supra* I, 1), retient que la « loi du lieu de l'accident » détermine l'assiette du recours de

l'organisme d'assurance sociale monégasque ayant indemnisé la victime (Civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 16-12.413, *supra*). Si la décision semble faire une application classique de la règle selon laquelle le recours du subrogé contre le débiteur est soumis à la loi qui régit les relations entre la victime et ce débiteur (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 11^e éd., 2014, n° 791), elle est notable car elle paraît revenir sur une précédente décision, contestable, définissant l'étendue des droits de l'assureur-loi monégasque par référence à la seule loi régissant la subrogation, sans possibilité d'opposer la limite d'indemnisation fixée par la loi de la créance (Civ. 1^{re}, 24 sept. 2014, n° 13-21.339, D. 2015. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon). Le second arrêt affirme que le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) tire de l'article R. 421-68 du code des assurances un droit d'action propre contre l'assureur de l'automobiliste dont il a indemnisé les victimes. Dès lors, il importe peu que l'action des victimes - dans les droits desquelles il est par ailleurs subrogé - soit soumise au droit étranger du lieu de l'accident, en vertu duquel l'action du FGAO aurait été prescrite, puisque le FGAO peut exercer son droit propre, soumis au droit français notamment quant à la durée de prescription (Civ. 2^e, 29 juin 2017, n° 16-13.924, D. 2017. 1422 ; RCA 2017. Comm. 258, obs. H. Groutel ; Gaz. Pal. 19 déc. 2017, p. 71, note M. Ehrenfeld).

6 - Insolvabilité

On retiendra surtout l'arrêt *Vinyls Italia* (CJUE, 5^e ch., 8 juin 2017, aff. C-54/16, D. 2017. 2073, note R. Dammann et A. Huchot ; Rev. crit. DIP 2017. 594, note F. Jault-Seseke ; JCP 2017. 947, note L. d'Avout). Le liquidateur avait agi en nullité de paiements réalisés par une société italienne en faillite et préjudicant à l'ensemble des créanciers, sur le fondement de la *lex concursus* italienne applicable selon l'article 4, § 2, *m*), du règlement Insolvabilité (1346/2000). Le bénéficiaire, une société italienne, opposait l'article 13 du même règlement, qui permet d'échapper à la nullité si la *lex causae* - en l'espèce le droit anglais régissant le contrat d'affrètement maritime, cause des paiements - ne permet pas d'attaquer cet acte (comp. Civ. 1^{re}, 11 oct. 2017, n° 15-23.435, préc., où la Cour de cassation juge, en application de l'art. 3 c. civ., que l'action révocatoire de paiements fictifs doit être fondée sur la loi allemande de la procédure principale, aucun contrat - dont la loi pourrait être opposée - n'étant la cause de ces paiements). Si l'arrêt apporte des précisions sur la mise en œuvre procédurale de l'article 13 du règlement, c'est principalement un autre aspect qui a retenu l'attention et suscité la critique (V. les notes citées). La Cour, saisie du point de savoir si la loi anglaise pouvait être opposée à la procédure collective, alors qu'à l'exception de la clause de choix de loi anglaise, tous les éléments du contrat étaient localisés en Italie, répond par l'affirmative : « l'article 13 du règlement 1346/2000 peut être valablement invoqué lorsque les parties à un contrat, qui ont leur siège dans un seul et même État membre, sur le territoire duquel sont également localisés tous les autres éléments pertinents de la situation concernée, ont désigné comme loi applicable à ce contrat celle d'un autre État membre » (pt 56). Une clause





de choix de loi bien pensée permettra ainsi de mettre à l'abri certains actes, même internes, préjudiciables à l'ensemble des créanciers (V. aussi, **Com. 8 mars 2017, n° 15-16.628** : sur l'autorisation donnée aux créanciers de reprendre les poursuites individuelles à l'encontre d'une débitrice ayant menti sur son domicile et sur le transfert de ses centres d'intérêts principaux en dehors de France afin de soustraire son patrimoine à la procédure ouverte en France).

7 - Mesures d'instruction

Un arrêt assez remarquable (**Com. 29 nov. 2017, n° 16-22.060**, D. 2018. 603, note C. Kleiner) pose une limite au secret bancaire en matière d'administration de la preuve. Une banque française opposait le secret bancaire tiré de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier au liquidateur d'une procédure collective ouverte aux Îles Caïman, qui lui demandait des informations sur certaines opérations réalisées par le débiteur en faillite. Saisi sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, le juge français ordonne la production de ces informations pour deux raisons. D'une part, la banque étant française, la loi française s'applique aux limitations du secret bancaire. Or « le secret bancaire institué par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier ne constitue pas un empêchement légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation de l'opération contestée » ; telle était la situation en l'espèce, le liquidateur des Îles Caïman exerçant des pouvoirs similaires à ceux du liquidateur français. En outre, la Cour de cassation pose les bases d'un véritable droit à la preuve fondé sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés (Conv. EDH), en retenant que la société en liquidation « avait le droit de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter effectivement sa cause, y compris ses preuves, devant le juge du fond éventuellement saisi d'une action en responsabilité civile » contre la banque, preuves que cette société ne pouvait se procurer par d'autres moyens.

8 - Droit des sociétés

Pour déclarer irrecevable la demande en paiement formée par une société anglaise, la Cour de cassation combine la loi française applicable à la procédure, qui prévoit que le défaut de capacité à agir est une irrégularité de fond affectant la validité de l'action (art. 117 c. pr. civ.) et la *lex societatis* anglaise, selon laquelle la dissolution de la société, antérieure à l'exercice de l'action, marquait la fin de l'existence légale de cette société et la privait donc de toute capacité à agir (**Civ. 2^e, 20 avr. 2017, n° 16-12.975**, Bull. Joly Sociétés 2017. 518, note crit. T. Mastrullo). Elle soumet à la *lex societatis* la question de la conformité à l'intérêt social d'un acte d'affectation hypothécaire conclu par le gérant d'une société (**Civ. 3^e, 30 nov. 2017, n° 16-20.210**, AJDI 2018. 61).

S. C.

II - Conflit de juridictions

A - Compétence juridictionnelle

1 - Immunité de juridiction

La Cour de cassation (**Civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n° 15-29.334 et n° 15-29.335**, D. 2017. 1531 ; AJDA 2017. 2109 ; Dalloz actualité, 14 sept. 2017, obs. F. Mélin) censure pour violation des principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des États étrangers l'arrêt qui avait jugé, en se référant à la Constitution des Émirats Arabes Unis, que la participation à un contrat de *lobbying* tendant à favoriser l'implantation d'une université privée à Abou Dabi avec le label de Paris-Sorbonne n'est pas couvert par cette immunité. Il n'est pas établi que cet acte est un acte de gestion et qu'il ne participe pas, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États (on retrouve ici les exigences posées par Cass., ch. mixte, 20 juin 2003, n° 00-45.629, D. 2003. 1805 ; Rev. crit. DIP 2003. 647, note H. Muir Watt). La Cour semble ainsi indiquer que la qualification de l'acte aurait dû être faite *lege fori* (la solution était suggérée même si elle n'est pas à l'abri de la discussion, V. C. Kessedjian, Rép. internat., v° Immunités, n° 64, alors même que dans l'arrêt *Société Levant Express* du 25 févr. 1969, la Cour avait tiré argument de la loi iranienne).

C'est en matière de droit du travail que l'immunité de juridiction est le plus souvent paralysée. Les salariés travaillant pour le compte d'un État étranger font valoir avec succès qu'ils ne participent pas par leurs fonctions au service public (**Soc. 23 mars 2017, n° 15-22.890**, D. 2017. 823, pour un chauffeur, commis, standardiste du consulat d'Italie à Paris) et ceux des organisations internationales que l'immunité de juridiction suppose que les statuts de l'organisation offrent un recours de nature juridictionnelle présentant des garanties d'impartialité et d'équité (**Soc. 13 déc. 2017, n° 15-13.098**, *supra*).

2 - En matière civile et commerciale

a - Champ d'application du règlement Bruxelles I

La CJUE indique qu'un litige relatif à la liquidation, à l'issue du prononcé d'un divorce, d'un bien meuble acquis au cours du mariage par des époux ressortissants d'un État membre, mais domiciliés dans un autre État membre, est exclu du champ d'application du règlement Bruxelles I *bis* (**CJUE 14 juin 2017, aff. C-67/17**, RTD com. 2017. 742, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast) : il pose une question de régime matrimonial, qui relève, dans l'attente de l'entrée en application du règlement 2016/1103, le 29 janvier 2019, du droit commun.

À nouveau, la CJUE est amenée à tracer la ligne de partage entre le règlement Bruxelles I *bis* et le règlement Insolvabilité. Si le premier s'applique à l'action en concurrence déloyale introduite contre le cessionnaire d'une branche d'activité de la société soumise à une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre (**CJUE 9 nov. 2017, aff. C-641/16, Tinkers**





France, D. 2017. 2357, note J.-L. Vallens ; Bull. Joly Sociétés 2018. 51, note F. Jault-Seseke et D. Robine), le second s'applique à l'action en responsabilité délictuelle, formée contre les membres d'un comité des créanciers en raison de leur comportement lors d'un vote portant sur un plan de redressement dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité dès lors que l'action dérive directement de cette procédure et s'y insère étroitement (**CJUE 20 déc. 2017, aff. C-649/16**, D. 2018. 18).

b - Élection du for

L'affaire *eBizcuss* continue à alimenter le débat sur l'efficacité des clauses attributives de juridiction. On se souvient qu'elle avait permis de rétablir la validité des clauses asymétriques (Civ. 1^{re}, 7 oct. 2015, n° 14-16.898, D. 2015. 2620, note F. Jault-Seseke, 2526, obs. Y. Auguet, 2016. 1045, obs. F. Jault-Seseke, et 2025, obs. S. Bollée ; AJCA 2015. 522, obs. L. Constantin ; RTD civ. 2015. 844, obs. L. Usunier, 2016. 98, obs. H. Barbier), solution que la chambre commerciale (**Com. 11 mai 2017, n° 15-18.758**, D. 2017. 2054, obs. L. d'Avout ; Rev. crit. DIP 2017. 483, note D. Bureau) réaffirme en indiquant qu'il importe peu que la clause « ne s'impose qu'à l'une des parties ». Si ce point paraît acquis, un autre - l'application des clauses dans les litiges relatifs aux pratiques anticoncurrentielles (sur ce point, V. F. Jault-Seseke, D. 2015. 2620) - conduit la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, **11 oct. 2017, n° 16-25.259**, D. 2017. 2106) à interroger la CJUE afin qu'elle précise sa jurisprudence rendue dans l'affaire *CDC* du 21 mai 2015 (aff. C-352/13, D. 2015. 2031, obs. L. d'Avout, 2016. 964, obs. D. Ferrier, et 1045, obs. F. Jault-Seseke ; AJCA 2015. 382, obs. A.-M. Luciani ; RTD eur. 2015. 807, obs. L. Idot). Elle devra indiquer si l'action en dommages-intérêts fondée sur un abus de position dominante, non constaté par les autorités de concurrence, peut entrer dans le champ d'application de la clause qui figure dans le contrat de distribution conclu entre les parties au litige quand bien même la clause n'envisage pas expressément ce type d'action.

La Cour de cassation est, de nouveau, intervenue sur le jeu des clauses de juridiction pour connaître de l'action pour rupture brutale d'une relation commerciale établie prévue par l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce (**Com. 1^{er} mars 2017, n° 15-22.675**, D. 2017. 501, 2444, obs. N. Dorandeu, et 2559, obs. T. Clay ; AJ Contrat 2017. 188, obs. B. Ruy ; RTD civ. 2017. 391, obs. H. Barbier ; Dalloz actualité, 17 mars 2017, obs. X. Delpech). L'arrêt précise que la clause attributive de juridiction ne saurait déroger aux règles de compétence désignant des juridictions spécialisées instaurées par l'article D. 442-3 du code de commerce. La solution repose sans doute sur la bonne administration de la justice. Il serait vain d'instaurer une juridiction spécialisée si l'on peut convenir de la compétence d'un juge moins éclairé. Elle ne se prononce pas sur l'efficacité de la clause élisant un juge étranger mais la première chambre civile l'avait admise quelques semaines avant (Civ 1^{re}, 18 janv. 2017, n° 15-26.105, D. 2017. 1011, obs. F. Jault-Seseke, et 2559, obs. T. Clay ; AJ Contrat 2017. 139, obs. C. Nourissat ; Rev. crit. DIP 2017. 269, note D. Bureau et H. Muir Watt ; RTD civ. 2017. 391, obs. H. Barbier). Il

paraît opportun d'admettre que si les parties peuvent écarter la compétence du juge français spécialisé par le biais d'une clause compromissoire, ce que l'arrêt rappelle par ailleurs (déjà Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, D. 2010. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, 2540, obs. N. Dorandeu, et 2933, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2010. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt ; RTD com. 2011. 667, obs. P. Delebecque, et 2012. 525, obs. E. Loquin), elles peuvent également choisir un juge étranger. L'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du code de commerce relève, en revanche, de la compétence exclusive des juridictions françaises (**Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784**, *Expedia, supra* ; déjà pour la mise à l'écart de la clause compromissoire, Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-21.811, D. 2016. 1910, note J.-C. Roda, 2025, obs. L. d'Avout, 2484, obs. N. Dorandeu, et 2589, obs. T. Clay ; AJ Contrat 2016. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto ; RTD civ. 2016. 837, obs. H. Barbier, et 921, obs. P. Théry ; RTD com. 2016. 695, obs. E. Loquin).

En se fondant sur l'interprétation stricte de l'article 23 du règlement Bruxelles I (devenu art. 25) et sur l'importance du consentement, la CJUE est amenée à préciser le régime de la clause attributive de juridiction, dans le prolongement de sa jurisprudence *Refcomp* (7 févr. 2013, aff. C-543/10, D. 2013. 1110, note S. Bollée, 1503, obs. F. Jault-Seseke, et 2293, obs. L. d'Avout ; Rev. crit. DIP 2013. 710, note D. Bureau ; RTD civ. 2013. 338, obs. P. Rémy-Corlay, et 2014. 436, obs. P. Théry ; RTD com. 2013. 381, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast), refusant sa transmission en l'absence de consentement. Elle refuse l'extension de la clause convenue par une société à ses dirigeants, ce qui a pour conséquence de leur interdire de s'en prévaloir (**CJUE 28 juin 2017, aff. C-436/16, Leventis**, D. 2017. 1370, et 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD com. 2017. 739, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Rev. UE 2017. 570, chron. A. Cudennec, N. Boillet, O. Curtil, C. De Cet-Bertin, G. Guéguen-Hallouët et M. Taillens). Concernant la transmission de la clause, on sait qu'en matière de transport maritime, elle obéit à des règles dérogatoires. D'après la jurisprudence *Coreck*, elle peut, en effet, être transmise au tiers porteur du connaissance ou à celui qui a acquis le connaissance s'il a succédé aux droits et obligations du chargeur. Il est, en revanche, exclu qu'elle soit opposable à un autre tiers au contrat, fût-il le destinataire réel de la marchandise (**Com. 27 sept. 2017, n° 15-25.927**, Rev. crit. DIP 2017. 602, rapp. F. Schmidt, et 612, note H. Muir Watt), sauf consentement spécifique. Sur le jeu de la clause contenue dans le contrat d'assurance, en cas d'action directe, voir *infra*.

Enfin, il est rappelé que la compétence de la juridiction élue par les parties prime sur la règle de compétence dérivée permettant d'attirer des codéfendeurs devant les juridictions du domicile de l'un d'eux (Civ. 1^{re}, **13 déc. 2017, n° 16-22.412**, D. 2018. 18, par application de la Convention de Lugano et dans une espèce où les juges du fond considèrent que la clause qui vise « tout litige relatif au présent contrat » s'applique à « tous les litiges en relation avec le contrat et ses suites, y compris une éventuelle transaction »).





c - Contrats

i - Notion de matière contractuelle

Pour déterminer si une action est de nature contractuelle au sens de l'article 7, § 1, du règlement Bruxelles I *bis*, la CJUE recherche, conformément à une jurisprudence bien établie, s'il existe un engagement librement assumé d'une partie envers une autre. Cela la conduit à admettre la nature contractuelle de l'action récursoire entre les codébiteurs solidaires d'un contrat de crédit (CJUE, 3^e ch., 15 juin 2017, aff. C-249/16, *Kareda*, D. 2017. 1306, et 2054, obs. S. Bollée ; RTD com. 2017. 743, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Dalloz actualité, 22 juin 2017, obs. F. Mélin).

On sait qu'avec l'arrêt *Granarolo* (aff. C-196/15, *supra*), la CJUE avait admis que l'action en rupture brutale de relations commerciales établies puisse être de nature contractuelle en recourant à la notion de relation contractuelle tacite. La Cour de cassation applique cette jurisprudence (Com. 20 sept. 2017, n° 16-14.812, D. 2017. 1841, 2444, obs. Y. Auguet, et 2018. 371, obs. M. Mekki). La relation contractuelle tacite qui permet de retenir cette qualification paraît, en l'espèce, résulter des ventes successives conclues pendant sept ans et de l'application de conditions générales fixant le lieu de livraison en Belgique, ce qui conduit à interdire au distributeur français d'assigner le vendeur belge devant les juridictions françaises. À lire cet arrêt, on ne voit pas très bien comment une relation commerciale établie pourrait ne pas être une relation contractuelle tacite. La porte à une qualification délictuelle que la CJUE avait laissée ouverte en exigeant la réunion d'un faisceau d'indices pour découvrir cette relation contractuelle se referme (V. aussi Com. 13 sept. 2017, n° 16-13.062, reprochant aux juges du fond d'avoir fait jouer la règle de compétence propre à la matière délictuelle pour ordonner la poursuite d'une relation commerciale établie alors qu'il existait un contrat entre les parties).

ii - Notion de fournitures de services

L'arrêt *Kareda* (*supra*) permet à la CJUE de qualifier le contrat de crédit de contrat de fourniture de services : une prestation, en l'occurrence, la remise d'une somme, est effectuée en échange d'une rémunération, le paiement d'intérêts. Enfin, elle indique que le lieu de la fourniture de service est, sauf convention contraire, celui du siège de l'établissement de crédit qui verse les fonds. On ne peut qu'approuver cette nouvelle interprétation large de la notion de fourniture de services qui permet de recourir à l'article 7, § 1, *b*), et ; par là même, d'échapper à l'article 7, § 1, *a*).

iii - Contrat d'assurance

Plusieurs décisions concernent le mécanisme de l'action directe. L'option de compétence dont bénéficie l'assuré et qui lui permet notamment de saisir les juridictions de son domicile (art. 9, §1, devenu 11, § 1) peut jouer au bénéfice du titulaire de l'action directe. Il suffit que cette action soit

possible (art. 11, § 2, devenu 13, § 2). Le juge doit le vérifier avant d'admettre sa compétence (Civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 16-17.327, Dalloz actualité, 30 mai 2017, obs. F. Mélin ; sur la loi applicable à cette vérification, V. *supra*, Civ. 1^{re}, 24 janv. 2018, n° 17-10.959). Il importe peu que le bénéficiaire de l'action directe ne soit pas une partie faible : il suffit qu'il ait la qualité de victime, ce qui est le cas lorsqu'il est subrogé dans les droits de la victime directe (CJUE, 3^e ch., 20 juill. 2017, aff. C-340/16, *KABEG*, admettant qu'une société autrichienne, employeur d'un cycliste domicilié en Autriche et victime en Italie d'un accident de la circulation impliquant un véhicule assuré en France puisse attirer l'assureur devant les juridictions autrichiennes pour obtenir réparation du dommage résultant du maintien de la rémunération pendant le congé maladie). C'est pourtant au regard de l'objectif de protection des parties faibles qu'il a été jugé que la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat d'assurance souscrit par l'auteur du dommage n'était pas opposable au bénéficiaire de l'action directe (CJUE, 8^e ch., 13 juill. 2017, aff. C-368/16, *Assens Havn*, D. 2017. 1536, et 2054, obs. S. Bollée ; RTD com. 2017. 741, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, par application de l'accord signé à Bruxelles le 19 oct. 2005 qui étend l'application du Règl. Bruxelles I au Danemark).

En revanche, le cessionnaire d'une créance qu'il tient d'une partie faible ne bénéficie pas des règles de compétence protectrices (CJUE, 8^e ch., 31 janv. 2018, aff. C-106/17, D. 2018. 247 ; Europe 2018. Comm. 126, obs. L. Idot). En l'espèce, un Polonais, victime d'un accident de voiture en Allemagne, avait loué un véhicule de remplacement puis, n'ayant pas été intégralement dédommagé par l'assureur allemand de l'auteur du dommage, il avait cédé sa créance à un professionnel polonais, spécialisé dans le recouvrement des créances d'indemnisation. Celui-ci entendait utiliser les règles protectrices de l'assuré pour attirer l'assureur allemand devant une juridiction polonaise. Se fondant sur l'interprétation stricte des règles protectrices, et constatant que le demandeur est un professionnel du secteur des assurances, la Cour lui dénie cette possibilité. On retrouve une solution similaire en matière de consommation.

iv - Contrat de consommation

Un nouvel arrêt *Schrems* (CJUE, 3^e ch., 25 janv. 2018, aff. C-498/16, D. 2018. 246, et note F. Jault-Seseke et C. Zolynski, à paraître ; AJ contrats 2018. 124, note V. Pironon ; Europe 2018. Comm. 125, obs. L. Idot) précise le jeu des règles protectrices du consommateur. Le désormais célèbre étudiant autrichien Max Schrems a attiré devant une juridiction autrichienne *Facebook Ireland* pour non-respect de la loi sur la protection des données. Il agit en son nom propre et pour le compte de sept autres personnes, membres de l'association qu'il a créée. L'action individuelle entre dans le champ d'application des règles protectrices du consommateur : l'utilisation d'un compte Facebook pour promouvoir des livres, organiser des conférences ne fait pas perdre à l'utilisateur du réseau social la qualité de consommateur. La Cour rappelle sa jurisprudence *Gruber* (20 janv. 2005, aff. C-464/01, D. 2005. 458, et 2006. 1495, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. crit.





DIP 2005. 493, note J.-M. Jude ; RTD com. 2005. 636, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast) qui permet de faire jouer les règles protectrices du consommateur lorsque le contrat a un lien marginal avec l'activité professionnelle de l'intéressé. En revanche, l'action engagée pour les autres utilisateurs qui ont cédé leurs droits n'est pas couverte par les règles protectrices, seul le cédant a la qualité de partie faible. La solution est insatisfaisante dans la mesure où la consécration d'un recours collectif est à même d'assurer la protection du consommateur dans ses relations transfrontières. On a connu la CJUE, dans ce domaine de la protection des données, plus conquérante, ne serait-ce que dans le précédent arrêt *Schrems* (6 oct. 2015, aff. C-362/14, D. 2016. 111, note B. Haftel, 88, point de vue C. Castets-Renard, et 2025, obs. S. Bollée ; AJDA 2015. 2257, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; AJPénal 2015. 601, obs. E. Daoud ; Dalloz IP/IT 2016. 26, étude C. Théard-Jallu, J.-M. Job et S. Mintz ; RTD eur. 2015. 786, obs. M. Benlolo-Carabot, 2017. 361 et 365, obs. F. Benoît-Rohmer).

v - Contrat de travail

Sans surprise, il est admis, en recourant à la « méthode indiciare », que le lieu d'exécution habituelle du travail correspond pour le personnel navigant aérien à sa base d'affectation même si les deux notions restent indépendantes l'une de l'autre (CJUE, 2^e ch., 14 sept. 2017, aff. C-168/16, *Ryanair et Crewlink*, D. 2018. 107, note P. Dupont et G. Poissonnier ; Dr. soc. 2017. 1085, obs. V. Lacoste-Mary ; RTD eur. 2018. 163, obs. L. Grard ; Rev. crit. DIP 2018, note F. Jault-Seseke, à paraître. Pour une application, Soc. 28 févr. 2018, n° 16-12.754 et n° 16-17.505, D. 2018. 515, admettant la compétence des juridictions françaises pour connaître de la demande d'un salarié affecté à Roissy, où il recevait ses instructions bien que moins du quart des vols effectués le soit à partir ou à destination de la France et que les formations aient lieu hors de France). Cette jurisprudence, fondée sur la volonté de lutter contre l'instrumentalisation des règles, achève de convaincre de l'inutilité du critère subsidiaire du lieu d'embauche, prévu tant en matière de compétence juridictionnelle qu'en matière de conflit de lois.

L'objectif de protection du salarié qui sous-tend cette jurisprudence n'a pas conduit la Cour de cassation à admettre largement le *forum necessitatis* en matière de contentieux du travail (Soc. 14 sept. 2017, n° 15-26.737 et n° 15-26.738, D. 2017. 1836 ; JCP S 2017. 1374, obs. L. d'Avout). Elle censure les juges du fond qui s'étaient reconnus compétents pour connaître de l'action de travailleurs licenciés par une compagnie gabonaise appartenant pour partie à des sociétés françaises. Alors que la cour d'appel avait constaté l'impossibilité d'obtenir une décision des juridictions gabonaises, qui vingt-cinq ans après leur saisine ne s'étaient toujours pas déclarées compétentes, et avait considéré la qualité de filiale d'une société française comme constitutive d'un rattachement avec la France (V. E. Pataut, Déni de justice et compétence internationale dans les litiges internationaux du travail, D. 2016. 1175 ; F. Jault-Seseke, RDT 2016. 57), la chambre sociale

estime que l'impossibilité pour les salariés d'accéder à un juge n'était pas établie et que la seule prise de participation par une société française dans le capital de la société employeur « n'était pas un lien de rattachement au titre du déni de justice ». Cette interprétation très rigoureuse, notamment, de la première condition est susceptible de priver le for de nécessité de toute utilité, mais il est vrai que toute consécration d'une quelconque compétence universelle reste discutée (V. CEDH 15 mars 2018, n° 51357/078, *Nait-Litman c/ Suisse*).

d - Délits

La question de la localisation du dommage en matière de cyberdélits ne cesse d'alimenter le contentieux. À plusieurs reprises, la Cour de cassation condamne le recours à la théorie de la focalisation. Ainsi, elle retient le critère de l'accessibilité du site pour connaître d'une violation de droit d'auteur par le biais de vidéos en ligne et, plus précisément, pour localiser le dommage subi (Civ. 1^{re}, 18 oct. 2017, n° 16-10.428, D. 2017. 2156 ; Dalloz IP/IT 2018. 122, obs. T. Azzi). On retrouve ici la solution suggérée par la CJUE dans l'arrêt *Pinckney* pour l'interprétation de l'article 5, § 3 (devenu art. 7, § 2) du règlement Bruxelles I (CJUE 3 oct. 2013, aff. C-170/12, D. 2014. 411, note T. Azzi, 1059, obs. F. Jault-Seseke, 1967, obs. L. d'Avout, 2078, obs. P. Sirinelli, et 2317, obs. J. Larrieu ; Rev. crit. DIP 2014. 189, note L. Usunier ; RTD com. 2013. 731, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2013. 897, obs. E. Treppoz, et 2014. 453, obs. A. Quiquerez) et que la Cour de cassation avait déjà mise en œuvre (Civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 10-15.890 et n° 11-24.019, D. 2014. 272, 2078, obs. P. Sirinelli, et 2317, obs. J. Larrieu ; RTD eur. 2014. 453, obs. A. Quiquerez). La solution est donnée par application du droit commun de la compétence internationale et précisément de l'article 46 du code de procédure civile. Si elle n'est pas nouvelle dans ce contexte (V. Civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 11-26.822, RTD eur. 2014. 453, obs. A. Quiquerez) et si elle doit être approuvée, car on ne voit pas pourquoi le lieu du dommage devrait être interprété différemment selon qu'est en cause une règle européenne ou une règle de droit commun, elle est en l'espèce surprenante. Les défendeurs étant domiciliés en France, la compétence internationale du juge français résultait du règlement Bruxelles pris en tant que juge du domicile du défendeur. L'option de compétence de l'article 5, § 3, ne pouvait être sollicitée car elle n'est ouverte que pour attirer un défendeur qui se trouve dans un autre État membre. Comme le for du défendeur désigne l'ordre juridictionnel dans son ensemble, il fallait identifier le juge spécialement compétent, et c'est alors que réapparaît l'article 46 du code de procédure civile, mais comme règle de compétence interne (V. T. Azzi, note préc.).

Dans l'affaire *Concurrence c/ Samsung et Amazon*, la chambre commerciale (Com. 5 juill. 2017, n° 14-16.737, D. 2017. 1478, 2328, chron. S. Tréard, et 2444, obs. N. Dorandeu ; AJ Contrat 2017. 488, obs. V. Pironon ; Dalloz IP/IT 2018. 140, obs. M. Minois ; CCE 2017. Comm. 72, obs. G. Loiseau ; CCC 2017. Comm. 196, obs. M. Malaurie-Vignal), faisant application de la solution énoncée par la CJUE (21 déc. 2016,





aff. C-618/15, D. 2017. 15, 881, obs. D. Ferrier, 1011, obs. F. Jault-Seseke, et 2054, obs. S. Bollée) qu'elle avait interrogée, reproche au juge du fond d'avoir appliqué la théorie de la focalisation pour refuser de connaître d'une violation par le biais d'offres concurrentes sur internet d'un contrat de distribution sélective, alors que, pour l'application de l'article 5, § 3, qui gouverne l'action en responsabilité dirigée contre les concurrents, il fallait localiser le dommage sur le territoire de l'État membre sur lequel le demandeur prétend avoir subi une réduction de ses ventes.

En matière d'atteintes au droit de la personnalité commises par le biais de contenus diffusés sur Internet, un arrêt conduit à distinguer deux types de contentieux, celui de la responsabilité et celui de la rectification d'informations (**CJUE 17 oct. 2017, aff. C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ***, D. 2018. 276, note F. Jault-Seseke). Pour le premier, on sait depuis l'arrêt *eDate Advertising* (CJUE 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et aff. C-161/10, D. 2011. 2662, 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1279, chron. T. Azzi, 1285, chron. S. Bollée et B. Haftel, et 2331, obs. L. d'Avout ; Rev. crit. DIP 2012. 389, note H. Muir Watt ; RTD com. 2012. 423, obs. A. Marmissey d'Abbadie d'Arrast, et 554, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2011. 847, obs. E. Treppoz) que les juridictions de l'État du centre des intérêts de la victime sont compétentes pour connaître de l'intégralité du dommage. La Cour précise que cette règle joue au bénéfice des personnes morales et fixe le centre de leurs intérêts au lieu de leur activité. Alors qu'elle y était invitée par son avocat général, la Cour ne saisit pas l'occasion d'amender sa jurisprudence en supprimant le for de l'accessibilité du site pour connaître d'une partie du dommage. Elle se contente de l'ignorer. Néanmoins et en se fondant sur le caractère ubiquitaire des données, elle le condamne pour le deuxième type de contentieux : l'action en rectification ne peut être portée que devant les juridictions du domicile du défendeur, celle du fait générateur ou celle du centre des intérêts de la personne concernée.

En matière de propriété industrielle, les questions de compétence se révèlent particulièrement épineuses dans la mesure où il faut combiner les dispositions des règlements spécifiques (pour les dessins et modèles, les articles 79 et suivants du règlement 6/2002, pour les marques, les articles 94 et suivants du règlement 207/2009) et celles du règlement Bruxelles I. En matière de dessins et modèles, un arrêt *BMW* (**CJUE, 2^e ch., 13 juill. 2017, aff. C-433/16**, D. 2017. 1537, et 2054, obs. S. Bollée ; Europe 2017. Comm. 392, obs. L. Idot) se prononce sur l'action déclaratoire de non-contrefaçon. En l'espèce, elle était introduite en Italie par une société italienne fabriquant des jantes en alliage à l'encontre de BMW titulaire de dessins ou modèles communautaires enregistrés. Faute de prorogation volontaire pour laquelle le règlement Bruxelles I aurait été applicable, le règlement sur les dessins ou modèles communautaires prévaut. Il retient la compétence des tribunaux du domicile du défendeur pour les actions en non-contestation de contrefaçon (art. 81, *b*), et 82.1). L'option de compétence de l'article 5, § 3, du règlement Bruxelles I n'a pas droit de cité. Elle n'est pas davantage mobilisable pour

les demandes relatives à l'abus de position dominante et à la concurrence déloyale, lorsqu'elles sont connexes à l'action en constatation de non-contrefaçon et dépendantes du succès de cette dernière. Un autre arrêt permet de recourir au for de la pluralité des défendeurs prévus par l'article 6, § 1 (devenu art. 8, § 1), du règlement Bruxelles I (**CJUE, 2^e ch., 27 sept. 2017, aff. C-24/16 et aff. C-25/16, *Nintendo, supra***). Nintendo faisait valoir que la vente en Allemagne par Big Ben Allemagne d'accessoires compatibles avec la console Wii fabriqués par la société Big Ben France viole les dessins et modèles communautaires qu'elle détient sur de tels accessoires. Big Ben France a contesté la compétence des juridictions allemandes pour adopter des ordonnances valant sur l'ensemble du territoire de l'Union. Le for du domicile du défendeur (art. 82, § 1, Règl. 6/2002) justifie la compétence de la juridiction allemande à l'égard de Big Ben Allemagne. À l'égard de Big Ben France, elle dépendait du for relatif à la pluralité des défendeurs prévu par l'article 6, § 1, du règlement Bruxelles I. Les conditions de son application étaient satisfaites dès lors que les actions s'inscrivent dans le cadre d'une même situation de droit et de fait (elles avaient pour objet des dessins ou modèles communautaires qui confèrent des droits unitaires et les défendeurs appartenant à un même groupe agissaient de manière identique). On retrouve les solutions retenues en matière de marque communautaire (CJUE 12 avr. 2011, aff. C-235/09, *DHL Express France*, D. 2011. 1135, 2434, obs. L. d'Avout, et 2012. 1228, obs. F. Jault-Seseke ; RTD eur. 2011. 847, obs. E. Treppoz). La Cour précise que le juge est compétent pour statuer sur les faits de contrefaçon commis sur le territoire de tout État membre dans la mesure où les droits du titulaire d'un dessin ou modèle communautaire s'étendent à l'ensemble du territoire de l'Union et qu'aucun élément ne justifie qu'il en soit autrement lorsque sa compétence repose sur l'article 6, § 1.

Concernant la contrefaçon de marques de l'Union européenne, la Cour a, d'abord, été amenée à définir la notion d'établissement qui sert de critère de compétence en l'absence de domicile du défendeur dans l'UE (art. 97 Règl. 207/2009). Elle en retient une notion large (**CJUE, 2^e ch., 18 mai 2017, aff. C-617/15, *Hummel Holding c/ Nike***, D. 2017. 2054, obs. L. d'Avout, et 2018. 479, obs. C. Zolynski ; Dalloz IP/IT 2017. 471, obs. E. Treppoz ; Rev. crit. DIP 2017. 579, note L. d'Avout), mais refuse d'utiliser les définitions forgées pour le règlement Insolvabilité ou pour le règlement Bruxelles I. En l'espèce, la filiale européenne d'une société sise dans un État tiers peut être qualifiée d'établissement s'il s'agit d'un centre d'opération doté d'une présence réelle et stable et se présentant comme le prolongement commercial de la société mère. La solution n'est pas sans mérite mais elle trouble quelque peu la notion. Une réflexion approfondie permettant de dégager une notion moins éclatée de l'établissement serait souhaitable. La Cour s'est ensuite prononcée sur le jeu de la litispendance (**CJUE, 2^e ch., 19 oct. 2017, aff. C-231/16, *Merck***, Dalloz IP/IT 2018. 127, obs. I. Hegedüs). Lorsque deux actions en contrefaçon entre les mêmes parties sont portées devant des juridictions d'États membres différents, la première sur la base d'une marque nationale et la seconde sur la base d'une



marque de l'Union européenne portant sur le même signe et les mêmes produits et services, la juridiction saisie en second ne doit se dessaisir, en application de l'article 109, § 1, a), du règlement 207/2009, que de la partie du litige territorialement couverte par la première action.

e - Compétence exclusive

La Cour de cassation doit rappeler en soulevant d'office l'application de l'article 22, § 1 (devenu art. 24, § 1), du règlement Bruxelles I que le juge du lieu de situation de l'immeuble est seul compétent pour connaître de l'action réelle immobilière (Civ. 1^{re}, 20 avr. 2017, n° 16-16.983, D. 2017. 921 ; AJDI 2017. 453 ; Clunet 2018. Comm. 5, obs. V. Parisot). En l'espèce, le litige était relatif à la liquidation entre résidents français de l'indivision portant sur un immeuble situé en Espagne et le juge français aurait dû d'office relever son incompétence. La Cour se réfère à l'arrêt *Komu* (CJUE 17 déc. 2015, aff. C-605/14, RTD com. 2016. 362, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast). Elle confirme que lorsque la fictivité d'une société n'est invoquée qu'à titre accessoire, l'article 22, § 2, du règlement qui donne compétence exclusive aux juridictions du siège de la société pour connaître de la nullité de la société n'a pas vocation à s'appliquer (Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-12.853, D. 2017. 990, et 2054, obs. S. Bollée ; Rev. sociétés 2017. 648, note T. Mastrullo ; déjà Civ. 1^{re}, 9 sept. 2015, n° 14-12.658, D. 2016. 1045, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2016. 537, note L. d'Avout, conformément à la jurisprudence de la CJUE). Concernant les droits de propriété intellectuelle, il est précisé que l'article 22, § 4, du règlement ne s'applique pas aux litiges visant à déterminer si une personne a été inscrite à juste titre en tant que titulaire d'une marque (CJUE, 2^e ch., 5 oct. 2017, aff. C-341/16, *Hanssen Beleggingen*, D. 2017. 2036). Une solution identique avait été jadis retenue en matière de brevet (CJCE 15 nov. 1983, aff. 288/82, *Duijnstee*).

3 - En matière familiale

a - Le divorce

Un arrêt (Civ. 1^{re}, 15 nov. 2017, n° 15-16.265, D. 2017. 2302 ; AJ fam. 2017. 649, obs. A. Boiché ; JCP 2017. 1275, obs. E. Gallant) illustre le caractère éminemment résiduel des règles françaises de compétence internationale en matière de divorce. Leur application suppose que trois conditions soient satisfaites. D'abord, la compétence du juge français ne résulte pas du règlement Bruxelles II *bis* (Civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n° 16-18.821 ; déjà 22 févr. 2005, n° 02-20.409, D. 2005. 1459, note S. Sana-Chaillé de Néré, et 2006. 1495, obs. F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2005. 277, obs. S. David ; Rev. crit. DIP 2005. 515, note E. Pataut). Ensuite, il faut que le règlement ne donne pas compétence au juge d'un autre État membre (CJCE 29 nov. 2007, aff. C-68/07, *Sundelind Lopez*, D. 2008. 27, et 1507, obs. F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2008. 34, obs. A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2008. 343, note E. Gallant). Enfin, et la condition est moins connue bien qu'elle soit énoncée à l'article 6 du règlement Bruxelles II *bis*, il faut que le défendeur ne réside pas habituellement dans un autre État membre ou ne soit pas

ressortissant d'un autre État membre. Ainsi, les règles de droit commun, et en droit français cela vise les règles exorbitantes des articles 14 et 15 du code civil, ne peuvent être utilisées pour attirer en France un ressortissant d'un autre État membre. En l'espèce, une Française entendait attirer en France son mari belge sur le fondement de l'article 14 du code civil alors qu'ils s'étaient installés en Inde quelques mois auparavant. Aucune des règles de compétence du règlement Bruxelles II *bis* ne désignait les juridictions d'un État membre et l'on pouvait songer à appliquer le droit commun mais l'article 6 l'interdit. L'épouse aurait dû saisir les juridictions belges, à supposer qu'elles soient compétentes selon leurs règles de droit commun ou, et cela aurait sans doute été raisonnable, attendre de résider six mois en France pour saisir le juge français comme le lui permet le règlement.

b - La responsabilité parentale

Comme on pouvait l'imaginer, la détermination de la résidence habituelle reste problématique. Pour apprécier l'intégration de l'enfant dans un environnement social et familial comme l'exige la Cour de justice (2 avr. 2009, aff. C-523/07, D. 2009. 1149, et 2010. 1585, obs. F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2009. 298, et 294, étude A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2009. 791, note E. Gallant ; RTD civ. 2009. 714, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2010. 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; 22 déc. 2010, aff. C-497/10, *Mercredi*, D. 2011. 248, et 1374, obs. F. Jault-Seseke ; RTD eur. 2011. 481, obs. M. Douchy-Oudot ; 9 oct. 2014, aff. C-376/14, *PPU*, D. 2015. 1056, obs. H F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2014. 637, obs. E. Viganotti), la Cour de cassation fait une place importante à la considération du logement (Civ. 1^{re}, 13 déc. 2017, n° 17-23.673, *supra*). L'affaire concerne les deux enfants d'un couple de Français vivant en France, que la mère emmène en Argentine, son pays d'origine, en novembre 2009 tandis que le père reste en France. L'ordonnance de non-conciliation du juge français saisi par la mère a fixé la résidence des enfants chez le père et organisé le droit de visite et d'hébergement de la mère. Le père a ensuite assigné son épouse en divorce. Le juge français s'est reconnu compétent pour connaître de la responsabilité parentale. La Cour de cassation l'en approuve en reprenant les motifs des juges du fond : au moment de la requête en divorce, les enfants résidaient en France dans l'appartement acquis par les parents où se trouvait l'essentiel de leurs affaires, l'aîné des enfants y était scolarisé et le plus jeune y avait sa place en crèche réservée ; si les enfants se trouvaient en Argentine à cette date, l'absence d'accord du père au transfert de résidence conduit à affirmer que les enfants avaient conservé leur résidence habituelle en France.

Sur l'enlèvement international, voir *supra*, I.

B - Conflits de procédures

1 - Exception de litispendance

Il n'y a pas litispendance lorsqu'un juge est saisi d'une demande d'expertise judiciaire et l'autre juge d'une demande





au fond visant à faire constater l'absence de responsabilité (CJUE 4 mai 2017, aff. C-29/16, *HanseYachts AG*, D. 2017. 990 ; Rev. crit. DIP 2017. 572, note G. Cuniberti). La Cour se fonde sur l'autonomie de la procédure provisoire par rapport à la procédure au fond qu'elle lit dans l'article 145 du code de procédure civile français (le juge saisi de la demande d'expertise était un juge français). Elle confirme ainsi la solution retenue il y a peu par la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, n° 13-24.742 et n° 14-11.208, D. 2015. 273, 1056, obs. F. Jault-Seseke, et 2031, obs. L. d'Avout ; Rev. crit. DIP 2015. 454, note N. Ciron ; RTD civ. 2015. 700, obs. N. Cayrol). La solution ne doit pas surprendre dans la mesure où découle de l'article 31 du règlement Bruxelles I la possibilité de porter une instance provisoire ou conservatoire devant un juge qui ne serait pas compétent au fond, ce qui exclut tout conflit de procédures entre le juge du provisoire et celui du fond. Son fondement n'est cependant pas entièrement convaincant et la Cour avait été mieux inspirée (V. G. Cuniberti, note préc.) lorsque, dans le cadre du règlement Bruxelles II bis, elle avait admis qu'il puisse exister « une unité procédurale entre la prétention faisant l'objet des mesures provisoires et une prétention au fond introduite ultérieurement » qui donnerait la priorité au juge saisi à titre provisoire (CJUE 9 nov. 2010, aff. C-296/10, *Purrucker II*, D. 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke), tout en relevant le caractère exceptionnel de cette situation.

En revanche, il y a litispendance lorsqu'un premier juge a été saisi d'une demande de conciliation et qu'un second est saisi d'une action en constatation négative (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-467/16, *Schlömp*, Europe 2018. Comm. 100, obs. L. Idot). En l'espèce, il a été demandé à une personne domiciliée en Suisse de rembourser l'administration allemande des frais d'hébergement de sa mère placée dans un hospice. Un juge suisse a été saisi d'une requête en conciliation avant que la débitrice n'introduise, par application du règlement Obligations alimentaires 4/2009, une action en constatation négative devant une juridiction allemande. Le défendeur a alors soulevé une exception de litispendance en faisant valoir que la procédure était pendante en Suisse. Interprétant la Convention de Lugano de 2007 qui était applicable dès lors qu'elle couvre les litiges en matière d'obligations alimentaires et que le juge dont la compétence est en cause est le juge suisse, la CJUE rappelle qu'une action en responsabilité et une action en constatation négative de responsabilité peuvent faire naître une situation de litispendance (19 déc. 2013, aff. C-452/12, *Nipponkoa Insurance*, D. 2014. 1059, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2014. 455, obs. P. Delebecque). Puis constatant qu'en droit suisse la procédure de conciliation est obligatoire et contradictoire et que le juge conciliateur présente les mêmes garanties d'indépendance que la juridiction, la Cour conclut que l'engagement de la procédure de conciliation devant l'autorité suisse vaut saisine.

On remarque aussi un arrêt admettant le dessaisissement du juge français au profit du juge indien pour cause de litispendance (Civ. 1^{re}, 10 janv. 2018, n° 16-26.197, AJ fam. 2018. 130, obs. C. Roth, en matière de liquidation du régime mari-

monial après divorce). On ne peut qu'être surpris du régime de droit commun de l'exception de litispendance qui entraîne le dessaisissement du juge et non un simple sursis à statuer.

2 - En matière d'insolvabilité

Le règlement Insolvabilité en ce qu'il oblige à la reconnaissance de la procédure ouverte en premier exclut le conflit de procédures. La procédure ouverte en second en France ne saurait être une procédure principale. Elle est nécessairement secondaire et il en est déduit qu'il ne peut être reproché au dirigeant de ne pas avoir déclaré l'état de cessation des paiements en France (Com. 7 févr. 2018, n° 17-10.056, D. 2018. 293 ; Rev. sociétés 2018. 203, obs. L.-C. Henry ; Bull. Joly Sociétés 2018. 217, note F. Jault-Seseke et D. Robine).

C - Reconnaissance et exécution des décisions

Il est essentiel de s'appuyer sur les nombreuses conventions bilatérales conclues par la France en la matière : l'application du droit commun alors qu'une convention est applicable entraîne la censure de la décision (par ex., Civ. 1^{re}, 10 janv. 2018, n° 15-29.509, alors même que la condition d'absence de contrariété à l'ordre public était en cause ; Civ. 1^{re}, 24 janv. 2018, n° 16-26.698, relevant d'office le moyen tiré de l'accord).

1 - Reconnaissance des actes de l'état civil

Deux arrêts rappellent que, pour la légalisation des actes de l'état civil, ce n'est que le consul de France dans le pays d'origine, ou que le consul du pays d'origine en France, qui peut procéder à la légalisation (Civ. 1^{re}, 11 oct. 2017, n° 16-23.865, D. 2018. 313, obs. O. Boskovic ; Civ. 1^{re}, 13 déc. 2017, n° 16-50.055, en matière de nationalité, ajoutant qu'un certificat de naissance consulaire n'est pas un acte de l'état civil au sens de l'art. 47 c. civ.). Notons que c'est souvent à propos de la gestation pour autrui que la reconnaissance des actes de l'état civil pose question (V. *supra*).

Quant à la reconnaissance des mariages, la Cour de Strasbourg (CEDH 14 déc. 2017, n° 26431/12, *Orlandi et a. c/ Italie*, D. 2018. 446, note H. Fulchiron ; AJ fam. 2018. 128, obs. F. Berdeaux ; RTD civ. 2018. 81, obs. A.-M. Leroyer) a indiqué que les États parties en raison de la large marge d'appréciation qui leur est reconnue ne sont pas tenus de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger. Elle ne distingue pas en fonction des liens avec le pays de célébration du mariage mais à chaque fois un national de l'État requis (l'Italie) était en cause, et elle insiste sur l'intérêt de l'État à ne pas permettre à ses nationaux de contourner sa loi, ce qui laisse entière la question de la reconnaissance du mariage de deux étrangers. En revanche, conformément à la jurisprudence *Schalk et Kopf* de 2010, confirmé par l'arrêt *Oliari* de 2015, les États sont tenus de prévoir une forme de reconnaissance des couples de même sexe, de telle sorte que l'Italie qui n'avait pas encore au moment des faits reconnu l'union civile se trouve condamnée. De fait, elle aurait dû





reconnaître ces mariages. La confusion du message délivré par la CEDH est dénoncée.

La reconnaissance des actes s'illustre aussi en matière de sécurité sociale. Le règlement 883/2004 qui prévoit l'application du système du lieu de travail du salarié prévoit à titre dérogatoire, en cas de détachement n'excédant pas douze mois, que le travailleur reste soumis au système de son État d'origine. L'autorité de l'État d'origine délivre alors le certificat E 101 (devenu A1) attestant que le travailleur salarié demeure soumis à sa propre législation et indiquant jusqu'à quelle date. La question de l'autorité des certificats A1 a été débattue. Interrogée par la Cour de cassation qui souhaitait déjouer les stratégies d'optimisation de certains employeurs (**Cass., ass. plén., 22 déc. 2017, n° 13-25.467**, D. 2018. 17 ; Dr. soc. 2018. 389, étude F. Kessler et Y.-E. Logeais ; JCP 2018. 253, obs. I. Omarjee), la CJUE (**CJUE, 1^{re} ch., 27 avr. 2017, aff. C-620/15, A-Rosa**, D. 2017. 984, et 2018. 313, obs. N. Joubert ; Dr. soc. 2017. 579, obs. J.-P. Lhernould, et 866, étude M.-C. Amauger-Lattes ; RDT 2017. 462, étude N. Mihman ; RDSS 2017. 769, obs. M. Badel), la Cour de justice réaffirme leur autorité en se fondant sur la présomption de régularité, ce qui conduit la Cour de cassation (**Cass., ass. plén., 22 déc. 2017, n° 13-25.467, supra**) à indiquer que le certificat A1 lie tant les institutions de sécurité sociale de l'État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre, alors même qu'il aurait été délivré à tort. Seules les juridictions de l'État où a été émis le certificat sont compétentes pour l'invalider. La solution n'est guère éloignée de celle retenue en matière de jugements par les arrêts *Diageo Brands et Meroni* (D. 2016. 1045, et 2017. 1011). La seule limite se trouve dans la fraude, ainsi que l'admet la CJUE dans un arrêt plus récent (**CJUE, gde ch., 6 févr. 2018, aff. C-359/16, Altun**, D. 2018. 296 ; RDT 2018. 219, obs. M. Castel), encore faut-il relever qu'il appartient en premier lieu aux institutions compétentes, par la voie du dialogue, de tenter de remédier à la situation frauduleuse (sur la fraude, V. les questions posées par la Cour de cassation dans une affaire *Vueling*, **Soc. 10 janv. 2018, n° 16-16.713**, D. 2018. 119).

2 - Reconnaissance des jugements

Plusieurs arrêts rappellent les solutions traditionnelles. D'abord, la prohibition de la révision conduit à censurer la cour d'appel qui a refusé de reconnaître, pour contrariété à l'ordre public, une décision algérienne prenant acte de la validité du mariage coutumier, les témoins cités dans la décision n'ayant pu assister à ce mariage, et refusant toute force probante aux actes de l'état civil rectifiés à la suite de cette décision (**Civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n° 16-24.016 et n° 16-24.013**, AJ fam. 2017. 548). Il est reproché à la cour d'appel d'avoir substitué son appréciation des éléments de preuve à celle du juge algérien.

Ensuite, la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée n'est contraire à la conception française de l'ordre public international qu'en l'absence de documents de nature à servir d'équivalents à la motivation défailante. La solution est rappelée à propos d'un jugement supplétif d'acte de naissance

(**Civ. 1^{re}, 15 juin 2017, n° 16-18.404**), alors que la requête déposée devant la juridiction étrangère, mentionnant l'identité de deux témoins attestant de la filiation et les réquisitions du ministère public étaient de nature à suppléer la motivation défailante.

Enfin, et la solution est moins assurée, il appartient au juge français de vérifier, au besoin d'office, si la décision de divorce algérienne, invoquée devant lui et intervenue depuis sa saisine, est régulière ; il ne peut se borner à rejeter l'exception de litispendance (**Civ. 1^{re}, 13 déc. 2017, n° 16-20.810**, D. 2018. 8, par application de la Convention franco-algérienne de 1964 ; comp. 30 sept. 2009, n° 08-18.769, D. 2010. 58, note B. Audit, et 1585, obs. F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2009. 493, obs. A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2010. 133, note H. Gaudemet-Tallon, reconnaissant la décision américaine de divorce alors que le juge français avait été saisi en premier ; V. aussi, pour une décision marocaine, Civ. 1^{re}, 31 mars 2016, n° 15-12.379, D. 2017. 1011, obs. F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2016. 259, obs. A. Boiché). Néanmoins, les efforts de la Cour de cassation pour éviter les décisions inconciliables ne sont pas sans limites (**Civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n° 16-22.158**, D. 2017. 1529). En l'espèce, un mari avait agi en divorce devant le juge tunisien. Quelques mois après, le juge français saisi en second par l'épouse avait écarté l'exception de litispendance en raison de l'incompétence indirecte du juge tunisien. Plus tard, le jugement tunisien de divorce se voit reconnaître l'autorité de la chose jugée après qu'il a été relevé qu'il n'est pas contraire à une décision judiciaire française. Cette décision est censurée par la Cour de cassation : dès lors que le juge français s'était reconnu compétent par une décision passée en force de chose jugée, la reconnaissance de la décision tunisienne était impossible. La solution interroge : d'abord, les époux vont être doublement divorcés et leur divorce sera boiteux ; ensuite, elle repose sur l'article 15, e), de la Convention relative à l'entraide judiciaire conclu en 1972 entre la France et la Tunisie qui donne priorité au juge premier saisi et aurait dû conduire à la solution inverse. Enfin et surtout, il est incompréhensible que l'appréciation de la compétence indirecte du juge tunisien puisse varier entre l'appréciation de l'exception de litispendance et le contrôle de régularité de la décision tunisienne.

3 - Exequatur

Le domaine de l'exception de fraude au jugement se réduit comme une peau de chagrin (**Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-13.645**, D. 2017. 1283, note D. Sindres ; Rev. crit. DIP 2017. 457, note D. Bureau et H. Muir Watt). Une cour d'appel avait refusé l'*exequatur* du jugement rendu par le tribunal rabbinique de Jérusalem qui avait reconnu la qualité de veuf au demandeur franco-israélien en invoquant la fraude, dès lors que précédemment le juge français avait déclaré irrecevable la demande de reconnaissance du mariage, faute d'une transcription en France de l'acte étranger. La Cour de cassation la censure après avoir relevé que le litige présente des liens caractérisés avec Israël (nationalité) et la juridiction étrangère n'a pas été saisie pour faire échec à une décision ou à une procédure engagée en France. Il en ressort que l'exception de





fraude paraît exclue lorsqu'il existe des liens caractérisés avec l'État dont émane le jugement, sauf à ce qu'il existe une procédure parallèle engagée en France (V. D. Bureau et H. Muir Watt, note préc.). La solution n'est pas cantonnée à l'état des personnes, la Cour l'a également retenue en matière commerciale (**Civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n° 15-18.794**, pour un litige relatif à un contrat de vente).

La souplesse est pareillement de mise sur le plan procédural. La demande d'*exequatur* peut être présentée de façon incidente. Elle peut l'être au stade de l'appel (**Civ. 1^{re}, 10 janv. 2018, n° 16-20.416**, D. 2018. 118). Dans cet arrêt qui aura les honneurs de la publication au Bulletin, la personne qui sollicitait l'*exequatur* n'avait pas comparu en première instance ; elle n'avait donc pas constitué avocat de telle sorte que sa demande d'*exequatur* ne pouvait être qualifiée de nouvelle. La solution se justifie sans doute par la nature des effets à reconnaître à la décision étrangère. Il s'agissait d'une décision américaine d'effacement de dettes (*discharge of debtor*) qui devait nécessairement recevoir l'*exequatur* pour entraîner en France l'arrêt des poursuites individuelles (en ce sens, **Civ. 1^{re}, 28 mars 2012, n° 11-10.639**, D. 2012. 942, 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke, et 2293, obs. L. d'Avout ; Rev. sociétés 2012. 400, obs. P. Roussel Galle). Si la force exécutoire de la décision avait été en cause, la demande d'*exequatur* aurait sans doute dû se faire par voie d'action. La reconnaissance aurait encore pu achopper sur le terrain de l'ordre public car elle permettait de libérer de sa dette une personne condamnée en France pour abus de confiance. Mais la victime avait cédé sa créance de dommages-intérêts et la Cour de cassation juge, à la suite de la cour d'appel, qu'il est inutile de faire jouer l'ordre public international pour protéger le cessionnaire.

4 - Titre exécutoire

Deux arrêts de la CJUE viennent préciser la notion de titre exécutoire au sens du règlement 805/2004. Ni le jugement prononcé sans que le débiteur ait été informé de l'adresse de la juridiction à laquelle il convient d'adresser la réponse, devant laquelle comparaître ou, le cas échéant, auprès de laquelle un recours peut être formé (**CJUE, 7^e ch., 28 févr. 2018, aff. C-289/17, Collect Inkasso OÜ**, D. 2018. 518), ni la décision exécutoire sur le montant des frais de justice contenue dans un jugement ne portant pas sur une créance incontestée (**CJUE, 7^e ch., 14 déc. 2017, aff. C-66/17, Chudas**) ne peuvent être

certifiés en tant que titre exécutoire européen (V. aussi CJUE 9 mars 2017, aff. C-484/15, Rev. crit. DIP 2017. 472, note L. Pailler, relevant que le notaire croate compétent en matière d'exécution forcée n'est pas une juridiction au sens du règlement 805/2004).

5 - Immunité d'exécution

La saga *Commisimpex*, et avec elle la question des conditions mises à la renonciation à l'immunité d'exécution des États, trouve son épilogue dans un arrêt remarqué (**Civ. 1^{re}, 10 janv. 2018, n° 16-22.494**, D. 2018. 541, note B. Haftel). Dans un premier arrêt de cassation (**Civ. 1^{re}, 13 mai 2015, n° 13-17.751**, D. 2015. 1936, note S. Bollée, 2031, obs. L. d'Avout, et 2588, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2015. 652, note H. Muir Watt), la Cour avait abandonné l'exigence du caractère spécial de la renonciation à l'immunité, anéantissant par là même la possible autonomie de l'immunité des missions diplomatiques et remettant en cause les solutions adoptées en 2011 et 2013. La solution n'aura été qu'un feu de paille, une « doctrine isolée », comme le dit la Cour de cassation elle-même : elle constate que la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 non applicable à l'espèce, consacre la jurisprudence énoncée en 2011 et 2013 et qu'il y a une « impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires ». Elle conclut que « l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle » et annule l'arrêt de la cour d'appel qui s'était conformé à sa décision de 2015, ce qui en soi aurait dû rendre le pourvoi irrecevable. La nécessité d'adopter une solution pérenne a conduit à passer outre.

Il a été jugé que la règle spéciale empêchant la saisie des biens des banques centrales et des autorités monétaires étrangères, et à laquelle il peut être dérogé sur autorisation du juge de l'exécution à condition de démontrer que les biens en cause font partie d'un patrimoine affecté à une activité relevant du droit privé (art. L. 153-1 CMF), ne porte pas une atteinte excessive au droit à l'exécution qui découle de l'article 6 de la Convention européenne dès lors que la preuve exigée du créancier quant à l'affectation des biens n'est pas impossible (bien que difficile) à rapporter (**Civ. 2^e, 11 janv. 2018, n° 16-10.661**).

F. J.-S.

