



HAL
open science

Le jargon européen au service du contrôle des mesures provisoires et conservatoires

Paul Klötgen

► **To cite this version:**

Paul Klötgen. Le jargon européen au service du contrôle des mesures provisoires et conservatoires. 2020. hal-02400288

HAL Id: hal-02400288

<https://hal.univ-lorraine.fr/hal-02400288>

Preprint submitted on 24 Jan 2020

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Le jargon européen au service du contrôle des mesures provisoires et conservatoires

par Paul Klötgen

Introduction

La physionomie du contentieux international se joue de plus en plus désormais au stade du provisoire¹. Les mesures provisoires et conservatoires, d'une part, occupent une place privilégiée dans la stratégie judiciaire déployée par les conseils des parties placés dans une compétition internationale sans cesse plus agressive² et constituent, d'autre part, un facteur essentiel de l'attractivité d'une place judiciaire³ permettant spécialement au demandeur de faire protéger ses intérêts sans avoir à subir les affres de la lenteur judiciaire, telles que l'organisation de son insolvabilité par le débiteur ou la dissipation des preuves.

En droit français, on entend par « mesures provisoires et conservatoires » en principe des mesures procédurales conférant des garanties judiciaires – et non légales ni conventionnelles – dans l'attente d'un titre exécutoire seul susceptible d'offrir la base d'une exécution forcée définitive. Mais plus largement, et pour reprendre les termes de la Cour de justice⁴, sont ici visées les « *mesures destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond* ».

Ces mesures sont, certes, fort utiles au créancier puisqu'elles visent d'abord à protéger ses intérêts. Elles peuvent néanmoins s'avérer inéquitables si elles sont utilisées de manière abusive ou comme moyen de pression sur le débiteur. En particulier, elles peuvent mettre en péril la trésorerie de celui-ci, ou être employées pour contourner les règles uniformes de compétence juridictionnelle au profit d'un *forum actoris*, voire appliquées comme outil conduisant à préjuger du fond, réalisant ainsi une sorte d' « inversion du contentieux » et forçant le « défendeur » à agir en justice pour récupérer son dû. Le droit européen – législation et jurisprudence de la Cour de justice – se doit donc de rechercher le juste équilibre entre efficacité et protection.

Le type de mesures concernées

Le règlement Bruxelles I *bis*, tout comme ses prédécesseurs (convention de Bruxelles et règlement Bruxelles I), ne « s'applique » qu'aux mesures entrant dans son champ matériel. On se rappelle la jurisprudence de la Cour de Justice. Dans l'arrêt du 27 mars 1979, *De Cavel*⁵, elle jugeait que, les mesures provisoires ou conservatoires étant aptes à sauvegarder

¹ D. Bureau/H. Muir-Watt, *Droit international privé*, tome 1, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2014, p. 182, n° 150.

² M.-L. Niboyet/ G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd. 2013, n° 703, p. 481.

³ D. Bureau/H. Muir-Watt, *op cit.*, *loc. cit.*

⁴ CJCE, 26 mars 1992, *Reichert II*, aff. C-261/90, point 34, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 715, note B. Ancel ; CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C- 391/95, point 37; *RTD civ.* 1999, p. 177, obs. Normand ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 340, note J. Normand ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 669, A. Marnisse et M. Wilderspin ; *D.* 2000, p. 378, note G. Cuniberti ; *RTD com.* 2000, p. 340, obs. E. Loquin.

⁵ CJCE, 27 mars 1979, *De Cavel*, aff. 143/78, point 8, Rec. p. 1055, et d'ajouter, au point 9 de cet arrêt, que les dispositions de l'article 24 de la convention ne sauraient être invoquées pour faire rentrer dans le champ d'application de celle-ci les mesures provisoires ou conservatoires relatives à des matières qui en sont exclues (en l'espèce, apposition de scellés et saisies sur les biens des époux au cours d'une procédure de divorce) ; *Clunet* 1979, p. 681 et s., obs. A. Huet ; *D.* 1979, IR, p. 457 et s., obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1980, p. 621 et s., note G. Droz.

des droits de nature fort variée, leur appartenance au champ d'application de la convention était déterminée non par leur nature propre, mais par la nature des droits dont elles assurent la sauvegarde⁶. Corrélativement, dès lors qu'on se trouve dans le champ matériel du règlement, l'application de celui-ci est exclusive ; ce qui interdit de se retourner vers le droit national quand on n'a pu obtenir dans le cadre du droit commun européen la mesure provisoire ou conservatoire souhaitée.

Les droits nationaux font preuve d'une certaine⁷ diversité quant au contenu des mesures provisoires et conservatoires. Sous l'angle français, sont concernées les saisies conservatoires⁸, qui ont pour objet de rendre indisponibles certains biens du débiteur en les plaçant sous main de justice afin d'empêcher que celui-ci n'en dispose ou ne s'en dessaisisse. Le sont aussi les sûretés judiciaires⁹, c'est-à-dire les sûretés réelles conférant un droit de suite et de préférence sur certains biens particuliers du débiteur, sans les rendre pour autant indisponibles (hypothèque judiciaire conservatoire pour les immeubles et nantissement judiciaire conservatoire pour les fonds de commerce ou les parts sociales et valeurs mobilières). Allant plus loin, on trouvera également les ordonnances sur requête¹⁰, qui conduisent à des décisions provisoires, notamment des constats ; les procédures de référé, soit dans l'urgence, soit en l'absence même d'urgence¹¹, l'article 35 du Règlement Bruxelles I *bis* n'exigeant pas plus l'urgence qu'antérieurement ne le faisait l'article 31 du Règlement Bruxelles I¹². Seront également comprises, dans la catégorie « mesures provisoires et conservatoires », les mesures d'instruction que le plaideur demande au juge des référés d'ordonner, mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile¹³. Comme l'illustre cette dernière institution, la mesure n'est pas nécessairement provisoire *et* conservatoire, elle est parfois alternativement l'une ou l'autre, puisque – par exemple – une preuve obtenue est nécessairement définitive¹⁴.

⁶ B. Audit/L. D'Avout, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2013, p. 506, n° 578 ; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 2010, 4^{ème} éd., p. 318, n° 306 et n° 35 et s.

⁷ D. Bureau/H. Muir-Watt, *op. préc.*, p. 184, n° 152 et 155 et s. ; B. Hess, T. Pfeiffer, P. Schlosser, *Report on the Application of the Regulation Brussels I in the Member States* (ci-après *Heidelberger Report*), 2007, n° 723 et s.. B. Hess, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures, 2004, p. 101, en ligne : <http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/studie/General%20Report%20Version%20of%2018%20Feb%202004.pdf>.

⁸ *Code des procédures civiles d'exécution*, art. L. 521-1 et s. : saisie de bien meuble corporel qui aura vocation à se transformer en saisie vente ; saisie revendication qui sera convertie en saisie-appréhension ; saisie conservatoire des biens placés dans un coffre-fort ; saisie de biens meubles incorporels : saisie conservatoire de créance qui pourra être convertie en saisie-attribution ; saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières convertie en saisie-vente.

⁹ *Code des procédures civiles d'exécution*, art. L. 531-1 et s.

¹⁰ Selon l'article 493 du Code de procédure civile, « l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans le cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse » (requêtes de nature contentieuses). Cf. S. Pierre-Maurice, *Leçons de procédure civile*, Paris, éd. Ellipses, 2011, « Leçon 41 », p. 270 et s.

¹¹ Par exemple l'octroi d'une provision au créancier (référé-provision de l'article 809 al. 2 du Code de procédure civile) ; Voy. cependant la jurisprudence européenne sur le référé provision (tout comme la *kort geding* néerlandaise) soumettant leur qualification de mesure provisoire ou conservatoire à certaines conditions, cf. H. Gaudemet-Tallon, *op. préc.*, p. 321, n° 308.

¹² H. Gaudemet-Tallon, *op. préc.*, p. 327, n° 310.

¹³ Ordonner une expertise, dite principale car en dehors de tout procès, lorsque l'on veut préconstituer une preuve qu'on se réserve d'utiliser plus tard.

¹⁴ Les qualités de « provisoire » (précarité de la mesure) et de « conservatoire » (finalité) sont à distinguer mais peuvent se cumuler ; cf. O. Cachard, *op. préc.*, p. 113, n° 203 et s.

Le règlement Bruxelles I *bis* n'apporte malheureusement pas de précision nouvelle sur la définition des « mesures provisoires et conservatoires » au sens européen¹⁵. Un seul point est souligné au Considérant 25. En dépit d'hésitations¹⁶, ce texte pose que « *La notion de mesures provisoires et conservatoires devrait englober, par exemple, les mesures conservatoires visant à obtenir des informations ou conserver des éléments de preuve, visées aux articles 6 et 7 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.* » Il ajoute qu'en revanche « *elle ne devrait pas inclure de mesure ne revêtant pas un caractère conservatoire, telles que des mesures ordonnant l'audition d'un témoin*¹⁷. » Cette précision fait écho à ce qu'avait indiqué la Cour de Justice en 2005 dans l'arrêt *Saint Paul Dairy*¹⁸. Elle exclut de la catégorie « *mesures provisoires et conservatoires* » les mesures « *ordonnant l'audition d'un témoin dans le but de permettre au demandeur d'évaluer l'opportunité d'une action éventuelle* » mais aussi « *de déterminer le fondement d'une telle action et d'apprécier la pertinence des moyens pouvant être invoqués dans ce cadre* ». Evaluer les chances de succès d'une éventuelle action judiciaire au fond n'est pas, en effet, « *maintenir une situation de fait ou de droit* ». Les mesures probatoires de type *fishing expedition*, par lesquelles le demandeur cherche seulement à obtenir des informations destinées à apprécier l'opportunité d'une action éventuelle au fond, sans autre intérêt plus immédiat à agir, sont donc exclues. En revanche, les mesures prononcées en vue de la préservation des preuves, ou en raison d'un risque que les constatations matérielles ne puissent plus être effectuées ultérieurement, ou encore pour obtenir sans retard la production de documents et de pièces dont il y a lieu de craindre qu'ils ne pourraient plus être obtenus ultérieurement... tout cela mérite la qualification de « *mesures provisoires et conservatoires* »¹⁹.

Le considérant 25 *in fine* précise que cette possibilité de mesures conservatoires de nature probatoire existe « *sans préjudice de l'application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale* ». On comprend par-là que des mesures probatoires peuvent être prises sur le fondement de l'un ou l'autre texte, que le règlement Bruxelles I *bis* n'exclut pas le recours au règlement « *Obtention des preuves* » et inversement²⁰.

¹⁵ Alors que la *Proposition de révision du règlement de Bruxelles I* du 14 déc. 2010, COM(2010) 748 final, affirmait (considérant 22) qu'« il y a lieu de clarifier la notion de mesures provisoires, notamment conservatoire ».

¹⁶ Cf. *Rapport de la Commission au Parlement européen*, 21 avril 2009, COM (2009) 174 final, point 3.6. Cf. *Heidelberger Report*, préc. n° 768.

¹⁷ Et le texte de compléter : « *Ceci devrait s'entendre sans préjudice de l'application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale.* »

¹⁸ Cf. le dispositif de la décision, CJCE, 28 avril 2005, *Saint Paul Dairy*, aff. C-104/03 ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 742, note E. Pataut.

¹⁹ A. Nuyts, « La refonte du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 1 et s., n° 27 ; aussi H. Gaudemet-Tallon, *op. préc.*, p. 323, n° 308-1.

²⁰ Cf. A. Nuyts, « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves, un instrument exclusif ? », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 53 et s., n° 14 ; H. Gaudemet-Tallon, *op. préc.*, p. 323, n° 308-1 ; E. Pataut, note préc. sous l'arrêt *Saint Paul Dairy*, p. 749. La CJCE a exprimé que « le règlement n° 1206/2001 ne régit pas l'obtention transfrontalière des preuves d'une manière exhaustive », dans l'arrêt *Lippens*, 6 sept. 2012, aff. C-170/11, point 33 ; cf. L. Idot, « Caractère non exhaustif des modes d'obtention des preuves », *Europe* 2012, nov., n° 11 p. 51 et s., puis encore plus nettement dans l'arrêt *ProRail*, 21 févr. 2013, C-332/11, (dispositif) ; cf. L. Idot, « Expertise transfrontalière. La Cour confirme, à propos d'une expertise transfrontalière, la jurisprudence *Lippens* selon laquelle le recours aux moyens d'obtention des preuves du règlement (CE) n° 1206/2001 n'est pas impératif », *Europe* 2013, avril, n° 4 p. 39 ; D. Cholet, « L'admission des expertises judiciaires transfrontalières », *Gaz. Pal.* 2013 n° 104 à 106, *Jur.*, p. 20 et s.

Pour le reste, le législateur européen a décidé de ne pas codifier, fût-ce dans un considérant de préambule, la jurisprudence de la Cour de justice sur le référé provision²¹. Ce silence est chargé d'ambiguïté. On ne sait s'il faut l'interpréter comme une consécration implicite ou, au contraire, comme un doute sur le bien-fondé de la jurisprudence *Van Uden*, d'autant que celle-ci mettait en balance des arguments opposés. On se rappelle que, tout en y voyant deux dangers²², la Cour a refusé d'exclure, par principe, le référé provision de la catégorie des mesures provisoires. La question demeure donc de savoir si cette position est, ou non, susceptible d'évolution et, le cas échéant, dans quel sens : celui de l'exclusion du référé provision (comme le souhaitaient le Royaume-Uni et l'Allemagne à l'époque de l'arrêt *Van Uden*) ou bien, au contraire, celui de l'assouplissement des conditions d'admission²³.

L'effet de surprise et le principe du contradictoire

L'effet de surprise dont dépend le succès de ce type de mesures serait compromis si la signification préalable à la partie adverse était exigée. C'est la raison pour laquelle, dans tous les Etats membres, existent des outils provisoires et conservatoires non contradictoires. Aussi convient-il d'insister sur le fait que ce n'est point une spécificité française²⁴. Or, on pourrait penser que, puisque le « système de Bruxelles » considère les mesures provisoires et conservatoires judiciaires comme des décisions susceptibles d'être reconnues et exécutées dans les autres Etats membres, il faudrait que ces décisions possédassent, dans l'Etat requis, la même effectivité que dans l'Etat d'origine... et, spécialement, qu'elles pussent avoir le même effet de surprise dans l'un et l'autre Etats. Pourtant, à la question de savoir si peut bénéficier de la libre circulation (reconnaissance et exécution simplifiée) une décision autorisant une mesure provisoire ou conservatoire rendue sans que la partie adverse ait pu comparaître, la réponse de la Cour de Justice est clairement négative : Pour bénéficier de la circulation simplifiée, il faut (mesure prononcée par le juge du fond ou mesure autonome prononcée par le juge du provisoire) que la partie adverse ait été prévenue ou invitée à comparaître. Là se trouve un élément essentiel, souligné par la Cour, dès l'arrêt *Denilauler* en 1980²⁵. Le respect du contradictoire est indispensable pour que la décision puisse circuler et bénéficier d'une exécution simplifiée : « *les décisions judiciaires autorisant des mesures provisoires ou conservatoires, rendues sans que la partie contre laquelle elles sont destinées ait été appelée à comparaître et destinées à être exécutées sans avoir été préalablement signifiées, ne bénéficient pas du régime de reconnaissance et d'exécution prévu par le titre III de la convention (...)* ».

Cette absence de libre circulation peut être observée comme un défaut du système européen. Le respect scrupuleux du principe du contradictoire, empêchant tout effet de surprise, nuit à l'efficacité européenne des mesures. On a dit certes²⁶ que la parade pouvait être trouvée dans le texte européen lui-même²⁷ – demeuré aujourd'hui inchangé à l'article 35 du Règlement

²¹ Arrêt *Van Uden*, préc., points 43 et s.

²² Points 44 et 45 de l'arrêt : Risque que la décision provisoire, de par sa nature consistant à ordonner un paiement à titre de provision, se substitue à la décision du juge du fond et risque du *forum actoris* qui aurait pour effet de contourner les règles de compétence établies par la convention.

²³ Conditions posées au point 47 de l'arrêt *Van Uden* : « que, d'une part, le remboursement au défendeur de la somme allouée soit garanti dans l'hypothèse où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause au fond de l'affaire et, d'autre part, la mesure sollicitée ne porte que sur des avoirs déterminés du défendeur se situant, ou devant se situer, dans la sphère de la compétence territoriale du juge saisi ».

²⁴ Pour reprendre un exemple bien connu, les articles 916 et suivants du *Code de procédure civile allemand (ZPO)* prévoient que les juridictions prononcent une saisie conservatoire (*dinglicher Arrest*) sans audition de la partie adverse.

²⁵ CJCE, 21 mai 1980, *Denilauler*, préc., cf. le dispositif de l'arrêt.

²⁶ Argument défendu par le Royaume-Uni dans l'affaire *Denilauler*, cf. II, A, 2 de l'arrêt, que la Cour relaye avec conviction.

²⁷ En l'article 24 de la Convention de Bruxelles repris à l'article 31 du Règlement ancienne version.

Bruxelles I bis : « Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat membre peuvent être demandées aux juridictions de cet Etat, même si les juridictions d'un autre Etat membre sont compétentes pour connaître du fond. » Mais la Cour n'a tiré de ces termes qu'une conclusion aux effets particulièrement réduits : qu'un effet de surprise était possible... à condition de le limiter au seul territoire du juge prenant la mesure provisoire ou conservatoire. Les justifications d'une telle limitation territoriale, indiquées par la Cour dans l'arrêt *Denilauler*, sont discutables²⁸. Au total, on maintient au juge territorial une compétence éventuellement plus efficace, puisque lui seul dispose de l'effet de surprise de la mesure provisoire ou conservatoire.

Les mesures provisoires et conservatoires pouvant être octroyées soit par un juge spécialement saisi à cette fin soit par le juge du fond, le principe jurisprudentiel consacré, jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles I bis, était logiquement celui de la circulation équivalente (procédure de reconnaissance directe prévue au Chapitre III du Règlement) des mesures provisoires et conservatoires²⁹ sans égard à leur origine – accessoire au fond ou autonome, selon les termes utilisés par la Cour dans l'arrêt *Italian Leather*³⁰. La question, aujourd'hui, est d'examiner à quel point le nouveau règlement maintient, facilite ou restreint une telle circulation. On pourrait imaginer que, à la faveur du mouvement général d'approfondissement de la coopération judiciaire en Europe³¹, la libre circulation des mesures provisoires et conservatoires soit approfondie et renforcée. Nous verrons qu'il n'en est rien et qu'au contraire, le Règlement Bruxelles I bis se contente de maintenir les anciennes conditions d'exécution directe dans les autres Etats membres (II), tout en réduisant – même – les catégories de mesures provisoires ou conservatoires susceptibles de circuler librement en Europe (I).

²⁸ Cf. point 15 : « l'octroi de ce genre de mesure demande de la part du juge une circonspection particulière et une connaissance approfondie des circonstances concrètes dans lesquelles la mesure est appelée à faire sentir ses effets. Suivant le cas, et notamment suivant les usages commerciaux, il doit pouvoir limiter son autorisation dans le temps ou, en ce qui concerne la nature des avoirs ou marchandises qui font l'objet des mesures envisagées, exiger des garanties bancaires ou désigner un séquestre, et de façon générale subordonner son autorisation à toutes les conditions qui garantissent le caractère provisoire ou conservatoire de la mesure qu'il ordonne. »

²⁹ Sur la question de l'exécution simplifiée, cf. notamment CJCE, 21 mai 1980, *Denilauler*, aff. 125/79 : « 17. L'article 24 n'exclut pas que des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées dans l'Etat d'origine à la suite d'une procédure de nature contradictoire – fût-elle par défaut – puissent faire l'objet d'une reconnaissance et d'une autorisation d'exécution dans les conditions prévues par les articles 25 à 49 de la convention. Et l'on retrouve ce principe dans les autres arrêts, not. L'arrêt *Mietz*, CJCE, 27 avril 1999, aff. C-99/96 (cf. A. Marmisse/ M. Wilderspin, « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires et conservatoires à la lumière de arrêts *Van Uden* et *Mietz* », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 669 ; Y. Donzallaz, « Les mesures provisoires et conservatoires dans les conventions de Bruxelles et de Lugano », *Aktuelle Juristische Praxis* 8/2000, p. 956). Si cet arrêt subordonne, certes, l'exequatur d'une mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par un juge *non compétent* au fond à la condition qu'elle respecte les limites de l'octroi d'une telle mesure (dégagées dans l'arrêt *Van Uden* : lien de rattachement réel entre l'objet de la mesure et le territoire du juge qui la prononce), c'est parce qu'il considère, justement, que de telles mesures (prises pas un juge non compétent au fond) sont susceptibles de reconnaissances et d'exécution dans les autres Etats membres. *Idem* dans l'affaire *Italian Leather* (cf. note suivante) où la Cour s'interroge sur la reconnaissance et l'exécution d'une mesure qui serait inconciliable avec une autre mesure prise (ou plutôt refus de mesure !) dans l'Etat requis, suppose évidemment que, dans le principe, la reconnaissance et l'exécution de telles mesures provisoires et conservatoires soient admises ; sinon inutile de s'interroger sur les conditions de leur reconnaissance et exécution au regard du système simplifié de Bruxelles I.

³⁰ CJCE, 6 juin 2002, *Italian Leather SpA*, aff. C-80/00, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 704, note H. Muir-Watt, *RTD com.* 2002, p. 591, obs. Marmisse.

³¹ Cf. P. Klötgen, « La coopération judiciaire en matière civile et commerciale », in : *Coopération transfrontière en Grande-Région*, (dir. F. Cossalter), éd. Jur. Fr.-All. (EJFA), 2016, p. 106-129 ; sur le principe de reconnaissance mutuelle, cf. par exemple, les travaux de G. Payan, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, préf. J. Normand, p. 379, n° 193 et s.

I. La portée nouvelle, et réduite, des mesures provisoires et conservatoires prononcées par le juge compétent au fond ou par le juge du provisoire

La portée des mesures est globalement réduite par le Règlement Bruxelles I *bis* à travers une redéfinition de la notion de « décision ». Il est acquis que ne peuvent faire l'objet des règles de reconnaissance et d'exécution du *Chapitre III* que les « décisions » au sens du texte. Or, la nouvelle version du Règlement s'attèle à définir restrictivement le terme de « décision » (A.), d'une manière qui – disons-le tout de suite – nous paraît contestable (B.).

A. La définition du terme de « décision »

1. Mesure prise par un juge compétent au fond

Est maintenu le principe général selon lequel un juge compétent au fond l'est également pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires ayant vocation à circuler librement en Europe. Cette règle, admise déjà par l'arrêt *Van Uden*³², est formalisée par le règlement Bruxelles I *bis* en l'article 2, *lit. a*), al. 2 puisque le terme de « décision », aux fins d'application du *Chapitre III (Reconnaissance et exécution)*, « englobe les mesures provisoires ou les mesures conservatoires ordonnées par une juridiction qui, en vertu du présent règlement, est compétente au fond³³. » Le Considérant 33 précise logiquement que « Lorsque les mesures provisoires ou conservatoires sont ordonnées par une juridiction compétente au fond, leur libre circulation devrait être assurée au titre du présent règlement. » A noter que le texte ne comporte aucune limite quant à la portée territoriale de la mesure. Celle-ci peut donc concerner des biens situés sur le territoire d'un autre Etat membre³⁴.

2. Mesure prise par un juge non compétent au fond

Au contraire, selon le nouveau Considérant 33 *in fine*, « Lorsque des mesures provisoires ou conservatoires sont ordonnées par une juridiction d'un Etat membre non compétent au fond, leur effet devrait être limité, au titre du présent règlement, au territoire de cet Etat membre »³⁵. Pourquoi une telle limitation ? Selon la Commission³⁶, il s'agit d'interdire le « *forum shopping* du provisoire », la pratique consistant à saisir un juge du provisoire plus « redoutable », plus « efficace », que le juge compétent au fond (pensons aux mesures

³² CJCE, 17 nov. 1998, aff. C- 391/95, préc. : « La juridiction compétente pour connaître du fond d'une affaire en vertu d'un des chefs de compétence prévus [par le règlement] reste également compétente pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, sans que cette dernière compétence soit subordonnée à d'autres conditions ». Voy. G. Cuniberti/C. Normand./F. Cornette, *Droit international de l'exécution*, LGDJ, Paris, 2011, p. 289 et s.

³³ « Il ne vise pas une mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par une telle juridiction sans que le défendeur soit cité à comparaître, à moins que la décision contenant la mesure n'ait été signifiée ou notifiée au défendeur avant l'exécution. »

³⁴ Cf. G. Cuniberti/ C. Normand/ F. Cornet, *précité*, p. 291, n° 813.

³⁵ *Id.*, p. 294, n° 817.

³⁶ COM/2010/0748 Final, *Proposition [Commission, 14.12.2010] de Règlement du Parlement et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, p. 9, n° 3.1.5 : « En raison de la grande divergence des droits internes, l'effet de ces mesures devrait être limité au territoire de l'Etat membre dans lequel elles sont accordées, ce qui écarterait le risque de recherche abusive de la juridiction la plus avantageuse. »

provisaires anglaises ou néerlandaises réputées plus agressives) dans le but de demander ensuite la reconnaissance et l'exécution de telles mesures dans les autres Etats membres, alors que ceux-ci n'auraient pu les prononcer directement³⁷. Ce risque de contournement des règles de compétence communes avait été souligné par la CJCE dans les arrêts *Van Uden* et *Mietz*.³⁸

B. L'examen critique de la définition

Le nouvel état du droit nous paraît contestable tant au regard de l'opportunité de la solution (1) qu'au regard des difficultés dans sa mise en œuvre (2).

1. L'opportunité de la solution

Par opportunité, nous entendons le bien-fondé théorique et pratique de cette distinction fondamentale de régime à travers une nouvelle définition, adoptée par le texte, de la notion de « décision ».

a. L'opportunité théorique

En considérant, « aux fins du Chapitre III », que les mesures prises par une juridiction non compétente au fond n'entrent pas dans la catégorie des « décisions », le législateur européen ne craint pas de s'éloigner du vocabulaire juridique usuel et redéfinit purement et simplement le mot « décision ». Sur le fond, il ne fait guère de doute pourtant que les mesures prises par le juge du provisoire sont, bel et bien, des décisions au sens du droit processuel,³⁹ si l'on entend par décision le « terme générique désignant les actes juridictionnels »⁴⁰. Peu importe au législateur européen ; la mesure prise par un juge non compétent au fond ne sera pas une « décision » au sens du règlement Bruxelles I *bis*.

Comprenons la démarche fonctionnelle du législateur européen ; néanmoins, aucun motif n'existe pour que l'acte juridictionnel change de nature selon le fondement de la compétence

³⁷ Cf. une jurisprudence symétrique dans le cadre du règlement Bruxelles II *bis*, CJUE, 9 nov. 2010, aff. C-296/10, *Purrucker*, D. 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *Procédures* 2010, n° 10, comm. 343, obs. C. Nourissat : Les mesures provisoires ou conservatoires de l'article 20 qui peuvent être octroyées par une juridiction dans les conditions d'urgence requises et relativement à des personnes ou des biens présents dans l'Etat de la juridiction concernée, mesures qui cessent d'avoir effet lorsque la juridiction effectivement compétente au fond par application du règlement prend les mesures nécessaires, ne peuvent bénéficier du système de reconnaissance et d'exécution instauré par le règlement Bruxelles II *bis*.

³⁸ Evoquée dans l'arrêt *Van Uden*, 17 nov. 1998 (point 46), la position de la Cour est explicitée dans l'arrêt *Mietz*, 27 avril 1999 (point 47) : « Il importe toutefois de veiller à ce que l'exécution, dans l'Etat requis, des mesures provisoires et conservatoires prétendument fondées sur la compétence prévue à l'article 24 de la convention, mais qui vont au-delà de cette compétence, n'aboutisse pas à contourner les règles de compétence du fond énoncées aux articles 2 et 6 à 18 de la convention ».

³⁹ On exclut ici, bien entendu, le sens donné par le droit originaire de l'Union désignant aux articles 288 et s. du TFUE l'acte juridique de l'UE obligatoire, à caractère individuel, qui lie les Etats membres ou les personnes physiques ou morales destinataires dans tous ses éléments.

⁴⁰ *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2015, Lexis-Nexis, Paris, 6^{ème} éd., dir. R. Cabrillac, *verbo* « Décision ». Cf. aussi *Lexique des termes juridiques* 2015-2016, Dalloz, Paris, 23^{ème} éd., dir. S. Guinchard/T. Debard, *verbo* « Décision » : Terme général désigné en procédure pour désigner les actes émanant d'une juridiction collégiale ou d'un magistrat unique. Pour le *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, dir. G. Cornu, PUF, Paris, 10^{ème} éd., 2014, *verbo* « Décision », point 2, le terme décision englobant « tout jugement quel que soit son auteur (arbitre, tribunal de première instance, cour d'appel, Cour de cassation), son objet (décision contentieuse ou gracieuse) »; on pourrait ajouter « quel que soit son caractère définitif, provisoire ou conservatoire. »

du juge d'origine.⁴¹ Le texte européen établit ici un jargon, c'est-à-dire qu'il choisit d'assigner une signification spéciale au mot, ayant la prétention de s'imposer à tous au nom de la fonctionnalité. Le législateur contraint les juristes européens à, désormais, bien faire la distinction entre les « décisions » et les « décisions au sens du Chapitre III du règlement Bruxelles I *bis* »... que le texte veut néanmoins voir appelées purement et simplement « décisions » !

Cette technique jargonnante ne peut qu'interpeller sur le fond. D'une part, une prétendue rupture conceptuelle entre « décisions » et « décisions » est peu compatible avec l'affirmation antérieure de la CJCE selon laquelle la notion de « décision » au sens du régime de reconnaissance et d'exécution du système Bruxelles I « revêt une portée générale »⁴². D'autre part, un tel hiatus trahit indiscutablement une faille dans la politique même de coopération judiciaire, n'acceptant finalement qu'une confiance mutuelle toute partielle. Enfin, se pose la question de savoir plus profondément et plus subtilement, dans quelle mesure le législateur, fût-il le grand législateur européen, est autorisé à utiliser les mots d'une manière différente de celle dont on use habituellement.

A ces interrogations s'ajoute le questionnement sur l'opportunité pratique de la distinction entre « décisions » et « décisions ».

b. L'opportunité pratique

Intéressons-nous maintenant à la raison technique de cette définition « étroite » de la notion de décision. Nous avons dit⁴³ que c'était la prétendue aggravation du *forum shopping* qui justifiait une telle exclusion des décisions qui ne seront pas « décisions au sens du Chapitre III ». Sans doute peut-on redouter l'existence d'un « *forum shopping* du provisoire ». La diversité des législations des Etats membres en matière de mesures provisoires et conservatoires permet en effet au plaideur de faire son « marché ». Il a été cependant observé en doctrine⁴⁴ que, paradoxalement, la nouvelle solution alourdit l'enjeu de la saisine du juge du fond. En effet, le choix, parmi les chefs de compétence au fond offerts parfois cumulativement au demandeur, s'avère d'autant plus décisif que les types de mesures provisoires et conservatoires varient entre les systèmes juridiques et que seul le juge saisi du fond pourra voir ses décisions provisoires circuler dans les autres Etats membres. N'aboutit-on pas là plutôt à une aggravation du *forum shopping* ?

Nous pensons que cette crainte peut être cependant tempérée en ceci que le prétendu *forum shopping* paraît légitime, et d'ailleurs assumé par le Règlement, toute option de compétence n'étant pas taxable de *forum shopping* mais répondant essentiellement à des préoccupations juridiques de bonne administration de la justice, d'économie procédurale, de proximité et de neutralité, d'efficacité de la justice et d'équilibre entre les parties⁴⁵.

Au-delà de ces observations, l'examen critique de la solution porte également sur sa mise en œuvre.

2. La mise en œuvre

⁴¹ Cf. sur la notion de décision dans ce contexte, l'étude de M. Nioche, « Décision provisoire et autorité de chose jugée », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 277 et s.

⁴² Cf. CJCE, 6 juin 2002, aff.C-80/00, *Italian Leather SpA*, précité, point 41.

⁴³ Cf. *supra* I, A, 2.

⁴⁴ A. Nuyts, « La refonte du Règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 1 et ss, n° 22.

⁴⁵ Cf. sur la notion de bonne administration de la justice en droit international privé, par exemple, S. Clavel, *Droit international privé*, éd. Dalloz, 2012, n° 308, p. 184.

Un premier problème se présente en cas de pluralité de juridictions compétentes au fond. Que faut-il alors entendre par juridiction « compétente au fond » ?⁴⁶ Il est certain qu'il s'agit de juridictions compétentes au fond en vertu du Règlement, comme l'indique l'article 2, *lit. a*), § 2, car l'idée centrale est, sans aucun doute, que *seule l'uniformité des règles de compétence justifie la reconnaissance mutuelle*. Il y a, pensons-nous, un lien indissoluble entre exécution et compétence.⁴⁷ Mais doit-on nécessairement parvenir à la désignation d'une seule juridiction au fond au sens de la jurisprudence *Van Uden* et, aujourd'hui, du Considérant 33 du Règlement ?

Guère de difficulté ne se présente dans l'hypothèse où les dispositions du Règlement désignent une seule juridiction comme compétente au fond. Cette seule juridiction sera compétente de plein droit pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires. La même simplicité s'impose lorsque deux (ou plusieurs) juridictions d'un même Etat membre sont susceptibles d'être compétentes.⁴⁸

C'est en cas de pluralité de chefs de compétence, (le Règlement ouvrant parfois des compétences concurrentes entre Etats membres⁴⁹) que peut se présenter une hésitation sur la solution. Plus précisément, la « compétence au fond » peut s'entendre comme désignant une juridiction *potentiellement* compétente en vertu des dispositions du Règlement ou, au contraire, comme désignant une juridiction *effectivement* saisie sur le fondement de ses dispositions. Une conception étroite consistant à limiter la compétence du provisoire à la juridiction *effectivement* saisie, est-elle cohérente avec le fondement de cette compétence qui est – nous l'avons dit – uniquement de faire dépendre l'exécution harmonisée de l'existence d'une compétence harmonisée ? Pourquoi refuser compétence du provisoire à une juridiction qui pourrait, potentiellement, tout aussi bien être saisie du fond ? Au contraire, une conception large qui entend par « juridiction compétente au fond » toute juridiction ayant la potentialité d'être saisie du fond par application des règles de compétence directe du Règlement – même si elle n'a pas été *effectivement* saisie au fond – semble plus logique. On ne saurait reprocher au plaideur de solliciter une mesure provisoire, et sa circulation, d'un juge considéré unanimement comme ayant vocation à connaître du fond. A notre sens, vouloir limiter la compétence du provisoire au seul juge *effectivement* saisi du fond ne semble donc pas avoir de justification décisive⁵⁰.

II. Les conditions d'exécution directe des mesures provisoires et conservatoires dans les autres Etats membres

Indiscutablement, il est admis un principe de contrôle par l'Etat requis (ou, plus exactement, par l'autorité compétente chargée de l'exécution dans l'Etat requis, tel qu'en France l'huissier de justice) avant que de laisser produire effet sur son territoire à une mesure provisoire ou conservatoire prononcée dans un autre Etat membre, Etat d'origine.

Les conditions de mise en œuvre de ce contrôle sont prévues à l'article 42 point 2 du Règlement Bruxelles I *bis*. Se posent alors deux questions essentielles : celle du champ du contrôle (A.) et celle du contenu du contrôle (B.).

⁴⁶ On trouvera une analyse approfondie de cette question chez A. Nuyts, préc., n° 23.

⁴⁷ Plus largement sur ce point, cf. B. Audit/L. D'Avout, *Droit international privé*, préc., p. 566, n° 648.

⁴⁸ H. Gaudement-Tallon, *op. cit.*, p. 319, n° 306.

⁴⁹ Cf. l'exposé d'A. Marchand, « La concentration des procédures par la litispendance et la connexité ».

⁵⁰ *Contra* A. Nuyts, précité, n° 23, « compte tenu de l'objectif du législateur européen de restreindre le nombre de juridictions susceptibles d'octroyer des mesures provisoires produisant un effet extraterritorial et de l'objectif général d'éviter le risque de contrariété de décisions ».

A. Le champ du contrôle des conditions posées

1. Le principe : contrôle des seules mesures prononcées par un juge compétent au fond.

A priori, le contrôle des conditions posées pour l'exécution extraterritoriale ne peut concerner que des « décisions » susceptibles de circuler, c'est-à-dire susceptibles d'exécution directe dans les autres Etats membres. Cela ne concerne plus donc que les mesures provisoires et conservatoires prononcées par un juge compétent au fond, puisque le juge de l'article 35 – mesures provisoires et conservatoires autonomes – voit sa compétence limitée à son seul territoire. Pourtant, on peut encore se demander si, par d'autres biais, les mesures provisoires et conservatoires autonomes ne pourraient pas être amenées à faire l'objet de contrôle.

2. Le contrôle des mesures autonomes

Afin de souligner l'évolution apportée par le Règlement Bruxelles I *bis*, il convient de se souvenir que, avant l'entrée en vigueur de ce texte, les mesures autonomes pouvaient circuler de manière simplifiée (de la même manière que celles prises par un juge du fond) mais étaient soumises à des conditions supplémentaires qui leur étaient propres (a.). C'est sous cette perspective que peut être compris le nouvel état du droit (b.)

a. Le lien de rattachement réel

Déjà sous l'empire de la convention de Bruxelles, la CJCE – dans l'arrêt *Van Uden* – avait soumis à condition la circulation de mesures provisoires et conservatoires autonomes. N'interdisant pas de manière absolue tout effet extraterritorial aux mesures provisoires et conservatoires prononcées par un juge non compétent au fond, elle exigeait simplement un « lien de rattachement réel » entre le juge qui la prononce et le territoire de son ressort.⁵¹ Cette conditionnalité se retrouvait dans l'arrêt *Mietz*⁵² posant que la *compétence du provisoire* « *devait être exercée dans les limites prévues à l'article 24 [cf. ci-dessus Van Uden] de la convention en ce qui concerne, notamment, l'octroi de mesures ordonnant un paiement par provision, limites qui ne s'appliquent pas lorsque le juge est compétent pour connaître du fond de l'affaire (voir, en ce sens, arrêt Van Uden, précité, point 19)* ».

Il faut considérer que cet apport jurisprudentiel est maintenu par le règlement Bruxelles I *bis*, même si ces mesures provisoires et conservatoires autonomes ne sont *plus du tout* appelées à circuler de manière simplifiée car le « lien de rattachement réel » est exigé non seulement pour la circulation mais aussi pour l'octroi de la mesure.

b. Non-circulation des mesures provisoires et conservatoires autonomes

Le nouveau Considérant 33 *in fine* pose que : « (...) Lorsque des mesures provisoires ou conservatoires sont ordonnées par une juridiction d'un Etat membre non compétent au fond, leur effet devrait être limité, au titre du présent règlement, au territoire de cet Etat membre. » *A priori*, les termes du texte semblent suggérer une position radicale d'absence d'effet extraterritorial. Se pose alors la question suivante : L'Etat d'origine ne peut-il *prononcer*

⁵¹ Ainsi selon les termes du dispositif de l'arrêt *Van Uden* : « L'article 24 de la convention du 27 septembre 1968 doit être interprété en ce sens que son application est subordonnée, notamment, à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet de cette mesure et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi. »

⁵² CJCE, 27 avril 1999, aff. C-99/96, *Mietz*, préc.

aucune mesure provisoire et conservatoire produisant un effet extraterritorial ou faut-il simplement comprendre que la mesure à effet extraterritorial, si elle est prise, ne peut bénéficier de l'exécution directe du Chapitre III ?

D'apparence quelque peu théorique, cette question ne se pose pas moins en pratique car une mesure provisoire ou conservatoire peut avoir une portée extraterritoriale *sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure de reconnaissance et d'exécution* sur le territoire qu'elle pourrait toucher. Un juge peut en effet prohiber à une partie tel ou tel comportement que celle-ci pourrait avoir à l'étranger (dissipation de patrimoine), tout en assortissant cette interdiction de sanctions qu'il se chargera de prononcer lui-même (par exemple, *contempt of court* ou mesures d'astreintes) qui pourront être exécutés sur des actifs situés dans l'Etat membre d'origine.⁵³ L'interdiction a une portée, un « effet » extraterritorial mais ne nécessite pas de reconnaissance à l'étranger.⁵⁴ On saisit, dès lors, l'ambiguïté de la formule utilisée par le Considérant 33. Limitant l'« effet » de la mesure au seul territoire du juge du provisoire qui la prononce, on pourrait être tenté de considérer que de tels mécanismes (astreinte ou injonction *Mareva* ayant un effet *ad personam*) emportent un « contournement de l'interdiction de la circulation des mesures provisoires prononcées par un juge qui est compétent uniquement au provisoire ». ⁵⁵ Le débat demeure ouvert.⁵⁶ Si l'on admettait, tout de même, de telles mesures avec un possible effet extraterritorial, sans doute faudrait-il alors maintenir l'exigence, posée par la Cour dans l'arrêt *Van Uden*, tenant à la nécessité d'un « lien de rattachement réel entre l'objet de cette mesure et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi ». ⁵⁷

Enfin, il convient de noter que l'urgence n'est toujours pas mentionnée, après le règlement Bruxelles I *bis*, comme une condition européenne au prononcé de mesures provisoires et conservatoires autonomes.⁵⁸

B. Le contenu et l'ampleur du contrôle

⁵³ H. Muir-Watt, « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 27.

⁵⁴ Cf. par exemple l'affaire *Stolzengerg*, Cour de cassation, Ch. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-03.248 et 01-15.452, *JCP G* 2004, II, p. 2369, concl. J. Sainte-Rose ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. Muir-Watt ; *JDI* 2005, p. 112, note G. Cuniberti ; *LPA* 2 févr. 2006, n° 24, p. 14, obs. L. François ; *D.* 2004, p. 2743, obs. N. Bouche ; Cour d'appel de Paris, 14 juin 2001 et 5 octobre 2000, *Gaz. Pal.* 23 juill. 2002, n° 204, p. 21, obs. M.-L. Niboyet. Nuyts, n° 25, p. 20 ; « l'effet coercitif d'une telle mesure peut se déduire de l'existence de sanctions de leur non-respect pouvant être mise en œuvre localement, dans l'Etat d'origine... »

⁵⁵ Ainsi A. Nuyts, *op. préc. loc. cit.*, se demandant « si la nouvelle mouture du règlement autorise encore le recours à de tels mécanismes visant à forcer la mise en œuvre, sur le territoire d'un autre Etat membre, d'une mesure provisoire ordonnée dans les conditions qui ne permettent normalement pas sa libre circulation dans l'UE. »

⁵⁶ Cf. déjà, B. Hess/T. Pfeiffer/P. Schlosser, *Report on the Application of the Regulation Brussels I in the Member States* (ci après *Heidelberg Report*), 2007, n° 731 et s. Cf. aussi S. Clavel, *Le pouvoir du pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement de litiges privés internationaux*, thèse Paris I, dir. P. Mayer, 1999 ; M. Nioche, *La décision provisoire. Nature juridique et régime dans l'espace judiciaire européen*, thèse Paris I, 2007, dir. H. Muir-Watt. Sans doute, serait-on tenté d'intégrer à ce débat la jurisprudence de la CJCE ayant interdit, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, le prononcé d'une *anti suit injunction* jugée contraire au principe de confiance mutuelle (CJCE, 27 avr. 2004, aff. C-159/02, *Turner*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note H. Muir Watt ; *RTD civ.* 2004, p. 549, note P. Théry ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 30, obs. M.-L. Niboyet), mais la problématique est ici sensiblement différente, car une mesure provisoire *ad personam* ne porte pas atteinte à la compétence des autres juridictions.

⁵⁷ Cf. *supra*. Récemment, la Cour européenne avait été saisie d'une affaire concernant une injonction *Mareva* dans laquelle elle n'a malheureusement pu prononcer que l'irrecevabilité du renvoi préjudiciel, CJUE, ordonnance, 5 juin 2014, aff. C-350/13, *Procédures* 2014, n° 267, obs. C. Nourissat.

⁵⁸ Sur l'opportunité ou non d'instaurer cette limite, cf. H. Gaudemet-Tallon, *préc.*, p. 327, n° 310.

S'agissant des mesures provisoires et conservatoires prononcées par le juge du fond de l'Etat membre d'origine, quels sont les points que l'Etat membre requis peut contrôler ? Quelles sont les conditions à remplir pour une circulation européenne de la mesure ?

A ce sujet, le règlement Bruxelles I *bis* met deux textes à notre disposition : l'article 42 point 2 et l'article 43 point 3. Soulignons quelques points particuliers :

1. Non-contrôle de la compétence pour connaître du fond

Il n'y aura pas lieu à contrôle de la compétence au fond de la juridiction d'origine dès lors que le certificat de l'article 53 atteste irréfragablement de cette compétence. Une telle absence de contrôle de la compétence juridictionnelle du juge d'origine n'est que conforme au régime général de la circulation européenne des décisions⁵⁹.

2. Contrôle de l'information préalable du défendeur

Nous savons⁶⁰ que l'impératif de contradictoire dans la procédure d'origine (ou, au moins, de notification préalable à l'exécution) avait été posé d'abord par la CJCE dans sa jurisprudence *Denilauler* le 21 mai 1980. Après le Règlement Bruxelles I *bis*, la libre circulation des jugements ne concernera toujours pas les procédures unilatérales, contrairement au souhait exprimé par une partie de la doctrine et la Commission plutôt favorables à l'abandon de cette exigence.⁶¹

Selon l'article 2, *lit. a*, § 2 du Règlement, « *aux fins du Chapitre III, le terme « décision » (...) ne vise pas une mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par une telle juridiction [juridiction compétente au fond] sans que le défendeur soit cité à comparâître, à moins que la décision contenant la mesure n'ait été signifiée ou notifiée au défendeur avant l'exécution.* »

Remarquons, d'une part, que le texte limite ici encore le concept de « décision » d'une façon tout à fait arbitraire, alors que, en rigueur juridique, le caractère de « décision » ne saurait être enlevé à la décision non reconnue ! D'autre part, se pose la question de la charge de la preuve du caractère contradictoire de la procédure d'origine ou, au moins, de sa notification à la partie. Assez logiquement, l'article 42 point 2 dispose que c'est au demandeur qu'incombe de communiquer⁶², à l'autorité compétente chargée de l'exécution, « une preuve de la notification ou de la signification de la décision » lorsque la mesure a été ordonnée sans que le défendeur ait comparu ou été averti.

Rien n'a changé sur le fond. L'absence d'évolution par rapport à la jurisprudence *Denilauler* est regrettable. On aurait en effet pu, comme le suggérait la Commission, admettre « *les mesures ordonnées sans que le défendeur soit cité à comparâître et qui sont destinées à être exécutées sans notification préalable à ce dernier, si le défendeur a ensuite le droit de contester la mesure en vertu du droit de l'Etat membre d'origine* ». C'est d'ailleurs ce que prévoit le Règlement n° 655/2014 relativement aux saisies conservatoires.⁶³ Pourquoi avoir

⁵⁹ Cf. article 45 point 3 du Règlement.

⁶⁰ Cf. *supra*, Introduction, « L'effet de surprise et le principe du contradictoire », et CJCE, 21 mai 1980, aff. 125/79, *Denilauler*, préc.

⁶¹ Livre Vert sur la révision du règlement (CE) N° 44/2001, COM 2009/0175 final, point 6.

⁶² Outre (a) une copie de la décision réunissant les conditions nécessaires pour en établir l'authenticité et (b) le certificat, délivré conformément à l'article 53, contenant une description de la mesure.

⁶³ Règlement (UE) N° 655/2014 du Parlement et du conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, Considérant n° 15 et Article 11 : « Le débiteur n'est pas informé de la demande d'ordonnance de saisie conservatoire ni entendu avant la délivrance de l'ordonnance. » Sur ce règlement, cf. E. Guinchard, « De la première saisie conservatoire européenne », *RTDE* 2014, n° 4, p. 922 et s. ; C. Nourissat, *Chronique Contentieux du commerce international*, *JCP E* 2014, n° 41, p.

préférée maintenir ce blocage ancien ? Le motif se retrouve exprimé dans l'arrêt *Denilauler* : l'absence de « garanties » accordées au défendeur dans la procédure d'origine fait obstacle à une ouverture généreuse des frontières aux décisions étrangères.⁶⁴ Pourtant, tous les Etats membres connaissent ce type de mesure à effet de surprise. C'est dire que la confiance mutuelle s'efface lorsque ce sont les autres qui agissent.

Enfin, des contournements de cette exigence d'information préalable paraissent possibles.⁶⁵ Premièrement, le Considérant 33 du règlement Bruxelles I *bis* précise, en substance, que la non-reconnaissance et non-exécution, « au titre du présent règlement », des décisions (de juridictions compétentes au fond) contenant une mesure non notifiée au défendeur avant l'exécution « ne devrait pas empêcher la reconnaissance ou l'exécution de telles mesures au titre du droit national. » Il faut comprendre par là une reconnaissance à travers le jeu des règles du droit international privé national, règles d'exequatur de « droit commun ». De fait, il n'est pas exclu que le droit national admette l'exequatur et l'exécution de telles mesures étrangères sans avertissement préalable du débiteur. Le Règlement perd ici son applicabilité exclusive et le principe posé peut donc être contourné dans cette proportion.

Secondement, le principe de notification préalable peut aussi se trouver tempéré par l'existence de mesures unilatérales (sans comparution ni notification préalable) prévues dans le droit de l'Etat membre requis. L'article 40 du Règlement dispose qu'une « décision exécutoire emporte de plein droit l'autorisation de procéder aux mesures conservatoires prévues par la loi de l'Etat membre requis. » Rien ne dit que ces dernières ne soient pas des mesures provisoires et conservatoires unilatérales ordonnées sur requête. Or, l'exigence d'information préalable ou de comparution du débiteur ne concerne que la décision émanant de l'Etat d'origine, comme l'indique la lecture des articles 2 *lit.* a), alinéa 2 et 42 point 2, *lit.* c). Le texte de l'article 43 point 3 vient aussi très clairement au renfort de cette thèse, dès lors qu'il exonère des exigences du Règlement les mesures conservatoires de l'article 40, c'est-à-dire celles prévues par la loi de l'Etat membre requis. Le créancier peut donc procéder de manière directe aux mesures conservatoires prévues par la loi nationale de l'Etat membre requis, quelle que soit la nature contradictoire ou non de ces mesures.

Conclusion :

D'un point de vue général, le règlement Bruxelles I *bis*, tout en apportant très peu de précisions sur la notion de mesures provisoires et conservatoires, demeure plus que prudent vis-à-vis de la circulation de ces mesures. Ce constat se pose comme un paradoxe au regard de l'abolition générale de l'exequatur des décisions au fond, consacrée par ailleurs.

Tandis que les mesures provisoires et conservatoires ordonnées par un juge compétent au fond ne peuvent être exécutées dans les autres Etats membres qu'à condition d'être dépourvues d'effet de surprise pour le défendeur, les mesures autonomes, elles, peuvent avoir cet effet mais sont, de manière tout à fait générale, interdites de circuler.

Enfin, la méthode choisie est particulièrement discutable sur le plan formel, consistant à redéfinir, dans une logique strictement fonctionnelle, la notion de « décision ». Une

32 ; J. Lasserre Capdeville, « Une nouvelle procédure utile en matière de recouvrement : l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires », *Gaz. Pal.* 6 nov. 2014, n° 310, p. 9.

⁶⁴ CJCE, *Denilauler*, préc., point 13 : « C'est en raison des garanties qui sont accordées au défendeur dans la procédure d'origine que la convention, en son titre III, se montre très libérale quant à la reconnaissance et à l'exécution. »

⁶⁵ Cf. sur ce point, A. Nuyts, *op. préc.*, n° 26.

« décision » – seule susceptible de bénéficier du nouveau mécanisme européen d'exécution directe – ne peut venir, selon le Règlement, que d'un juge compétent au fond et suppose toujours une information préalable du défendeur. Un tel jargon, au-delà de mériter la critique sur un plan technique et, peut-être, aussi sur un plan de politique juridique – puisqu'il vise à instaurer habilement un frein aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelle dans l'espace judiciaire européen – interroge plus fondamentalement sur le pouvoir du législateur européen d'octroyer arbitrairement un sens nouveau aux noms et de participer ainsi, non seulement, à empoisonner la pureté du langage mais, aussi, à mutiler la capacité des citoyens à approcher et exprimer la profondeur des choses, et par là-même leur capacité à les observer.