

# LE CONTENTIEUX PROVISOIRE : QUELLES PROPOSITIONS *DE LEGE FERENDA* ?

Marie NIOCHE

*Maître de conférences, Université Paris-Nanterre*

1. Afin que la justice soit à la fois réactive et sage, les législateurs modernes ont compensé le temps indispensable à une justice de qualité en octroyant au juge le pouvoir de statuer provisoirement. Manifestation de la souplesse, voire de « l'intelligence »<sup>1</sup> du droit, la justice provisoire est une réponse au *periculum in mora*, le péril en la demeure. Elle vise à faire face au péril qui pourrait résulter du retard engendré par la procédure au fond<sup>2</sup>. Le contentieux provisoire constitue un enjeu essentiel. L'effectivité de la justice en dépend. *A fortiori* dans les litiges de dimension européenne, souvent plus complexes et plus longs<sup>3</sup>.

2. Selon l'article 35 du règlement (UE) n°1215/2012<sup>4</sup> : « Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux juridictions de cet État, même si les juridictions d'un autre État membre sont compétentes pour connaître du fond ». Cet article 35 succède à l'article 31 du règlement n°44/2001<sup>5</sup>, qui lui-même avait remplacé l'article 24 de la Convention de Bruxelles de 1968<sup>6</sup>. L'article 35 confère ainsi compétence pour statuer au provisoire à un juge *a priori* incompétent, que nous appellerons le « juge d'appoint »<sup>7</sup>. Le juge du fond, c'est-à-dire le juge qui a vocation à statuer au fond en application des articles 4 à 26, est par ailleurs également compétent au provisoire, comme l'a précisé la Cour de justice dans les arrêts *Van Uden*<sup>8</sup> et *Mietz*<sup>9</sup>, même si le règlement ne lui reconnaît qu'implicitement cette compétence<sup>10</sup>. Peuvent donc statuer au provisoire : le juge du fond, sur le fondement de l'un des articles qui régissent la compétence au fond, ou un juge d'appoint, sur le fondement de l'article 35.

3. Le contentieux provisoire, et en particulier l'article 35, a soulevé<sup>11</sup> – et soulève encore – de nombreuses

<sup>1</sup> Cf. L. Lorvelec, « Remarques sur le provisoire en droit privé », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, Paris, 1983, p. 385-404, spéc. p. 385.

<sup>2</sup> Le mot « demeure » vient en effet du latin « *mora* », qui signifie le retard ou le délai, cf. A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1998, V<sup>o</sup> « Demeure ».

<sup>3</sup> Sur l'ensemble des questions relatives au contentieux provisoire dans le cadre du règlement Bruxelles I, v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen, Qualification et régime en matière civile et commerciale*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

<sup>4</sup> Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, JOUE, 20 décembre 2012.

<sup>5</sup> Règlement n° 44/2001, adopté par le Conseil de l'Union européenne le 22 décembre 2000, JOUE, L. 12 du 16 janvier 2001.

<sup>6</sup> Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968, JOCE, L. 299 du 31 décembre 1972.

<sup>7</sup> V. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3.

<sup>8</sup> La Cour de justice a indiqué dans l'arrêt *Van Uden* que : « La juridiction compétente pour connaître du fond d'une affaire (...) reste également compétente pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires », cf. CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden c. Deco-Line*, point 22, aff. C-391/95, *Recueil*, I-7122, précédé des conclusions de l'avocat général P. Léger ; *Rev. arb.*, 1999, p. 143, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP*, 1999, p. 340, note J. Normand ; *Europe*, janvier 1999, n° 42, obs. L. Idot ; *D.*, 2000, p. 378, note G. Cuniberti ; *RCDIP*, 1999, p. 671, obs. A. Marmisse et M. Wilderspin ; *Rev. Lamy dr. aff.*, n° 13, 1<sup>er</sup> fév. 1999, p. 31, note L. Costes ; *Procédures*, 1999, chron. n° 13, p. 6, obs. F. Richerme-Bailly ; *Riv. arb.*, 1999, p. 313, note C. Pettinato ; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 140 ; *La Ley*, 1999, p. 2044, obs. F. Gascón Inchausti ; *ELR*, 1999, n° 24, déc., p. 674, note T.C. Hartley ; *RTDCiv.*, 1999, p. 180, obs. J. Normand ; *JKI*, 1999, p. 613, obs. A. Huet ; *Gaz. Pal.*, 1999, n° 150, obs. A. Mourre ; *Bull. A.S.A.*, 1998, p. 60, obs. M.C. Scherer ; *Rev. dr. com. belge*, 1999, p. 134, obs. H. van Houtte ; *NTER*, 1999, p. 63, obs. J.J. van Haersolte-van Hof ; *NJB*, 1999, p. 157, obs. C.W. Lange.

<sup>9</sup> CJCE, 27 avr. 1999, *Hans Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, aff. C. 99/96, point 46, *Recueil*, I, p. 2277, concl. P. Léger ; *RCDIP*, 1999, p. 671, obs. A. Marmisse et M. Wilderspin ; *RCDIP*, 2000, p. 236, note G. Droz ; *JKI*, 2001, p. 682, obs. F. Leclerc ; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 658 ; *La Ley*, 1999, p. 1990, obs. M. Requejo Isido ; *ELR*, 1999, n° 24, déc., p. 674, note T.C. Hartley ; *IPRax*, 2000, p. 370, note B. Hess ; *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 2000, p. 11, note C. Wolf ; *NIPR*, 2000, p. 26, note X.E. Kramer.

<sup>10</sup> Le règlement (UE) n°1215/2012 ne consacre aucun article spécifique à la compétence au provisoire du juge du fond. Celle-ci n'est qu'indirectement consacrée, par l'art. 2(a) al. 2, qui précise que la notion de « décision », au sens du chap. III, « englobe les mesures provisoires ou les mesures conservatoires ordonnées par une juridiction qui, en vertu du présent règlement, est compétente au fond », ainsi que par le considérant 33, qui fait indirectement référence à la compétence au provisoire du juge du fond, en indiquant que les « mesures provisoires ou conservatoires » qu'il ordonne devraient circuler librement. V. aussi l'art. 42.2 (b).

<sup>11</sup> V. not. A. Marmisse et M. Wilderspin, « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts *Van Uden* et *Mietz* », *RCDIP*, 1999, p. 669-683, spéc. p. 671 ; G. Maher et B.J. Rodger, « Provisional and Protective Remedies : The British Experience of the

difficultés d'application. Et le moins que l'on puisse dire est que, jusqu'ici, les tentatives pour les résoudre n'ont pas été couronnées de succès. Lors des travaux portant sur la révision du règlement (CE) n°44/2001, un remaniement des dispositions régissant le contentieux provisoire avait été envisagé<sup>12</sup>. Le texte adopté en 2012 est cependant décevant. Un certain nombre de propositions faites par la Commission en 2010<sup>13</sup> – dont certaines eussent été les bienvenues<sup>14</sup> – n'ont pas été adoptées. Au final, les quelques modifications apportées par le règlement de 2012 sont mineures et inopportunnes<sup>15</sup>. Les difficultés sont donc restées, pour la plupart, inchangées<sup>16</sup>.

4. Nous nous sommes interrogée sur ce qui pourrait expliquer ces difficultés, multiples, rencontrées, depuis presque soixante ans, pour cerner le régime applicable au contentieux provisoire dans le système de Bruxelles I. Or, il nous est apparu que ces difficultés ont pour origine principale le recours à la notion de « mesures provisoires et conservatoires » pour définir la catégorie de droit international privé prise en compte par le règlement<sup>17</sup>. L'un des objectifs de la révision opérée en 2012 était d'ailleurs de « clarifier la notion de mesures provisoires, notamment conservatoires »<sup>18</sup>. Force est toutefois de constater que cet objectif n'a pas été atteint. Le règlement (UE) n°1215/2012 a repris, comme catégorie juridique, la notion, hétérogène et floue de « mesures provisoires et conservatoires » et ne l'a aucunement « clarifiée »<sup>19</sup>.

5. La notion de « mesures provisoires et conservatoires » a été comparée à une « fillette indisciplinée »<sup>20</sup> qui se serait élevée toute seule, au fur et à mesure des besoins de la pratique. La notion renvoie à une véritable mosaïque de mesures hétéroclites, aux frontières floues et à la nature juridique incertaine. À l'échelle européenne, la diversité des « mesures provisoires et conservatoires » devient vertigineuse. À tel point qu'il est impossible de leur appliquer un régime de droit international privé cohérent. On tient là l'une des causes essentielles des difficultés qui caractérisent le contentieux provisoire dans le cadre du règlement.

6. *De lege ferenda*, on gagnerait grandement à remplacer la catégorie « mesures provisoires et conservatoires » par celle de « décisions provisoires »<sup>21</sup>. Cette déconstruction de la catégorie « mesures provisoires et conservatoires » et la reconstruction d'une nouvelle catégorie dont la nature juridictionnelle peut être démontrée – la catégorie « décisions provisoires » – permet de clarifier et d'améliorer le régime applicable au contentieux provisoire dans le cadre du règlement Bruxelles I<sup>22</sup>.

Brussels Convention », *ICLO*, 1999, vol. 48, n° 2, p. 302-339 ; T. Kruger, « Provisional and Protective Measures », in A. Nuyts et N. Watté (dir.), *International civil litigation in Europe and relations with third states*, Bruylants, Bruxelles, 2005, p. 311-341, spéc. n° 5, p. 314.

<sup>12</sup> V. en particulier : Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », Bruxelles, 14 décembre 2010, COM (2010) 748 final. Sur la réforme du contentieux provisoire envisagée par la proposition du 14 décembre 2010, v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3 ; A. Dickinson, « Provisional Measures in the Brussels I Review: Disturbing the Status Quo? », *Journal of Private International Law*, Volume 6, Number 3, Déc. 2010, p. 519-564 ; C. Heinze, « Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation », *RabelsZ*, 2011, vol. 75, p. 581-618 ; C. Honorati, « Provisional measures and the Recast of the Brussels I Regulation : A Missed Opportunity for a Better Ruling », *Riv. di dir. int. priv. e proc.*, 2012, p. 525 et s. ; F. Seatzu, « La proposta per la riforma del regolamento "Bruxelles I" e i provvedimenti provvisori », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Oct. 2011, vol. 3, n°2, p. 170-177.

<sup>13</sup> La proposition de la Commission européenne du 14 décembre 2010 prévoyait : (i) de clarifier la notion de « mesures provisoires et conservatoires » ; (ii) de reconnaître expressément, dans un article spécifique, la compétence au provisoire du juge du fond ; (iii) que les « mesures provisoires et conservatoires » prononcées par le juge du fond pourraient librement circuler dans l'Union européenne, même celles prononcées *ex parte* ; (iv) d'instaurer une coopération entre la juridiction d'un État membre devant laquelle la procédure au fond est pendante et la juridiction d'un autre État membre, saisie d'une demande de « mesures provisoires ou conservatoires ».

<sup>14</sup> La proposition de la Commission européenne du 14 décembre 2010 reprenait en effet certaines des propositions que nous avions formulées en 2007 (v. M. Nioche, *La décision provisoire, nature juridique et régime dans l'espace judiciaire européen*, th. dactyl., Univ. Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, 2007, dir. H. Muir Watt), notamment sur le caractère général et extraterritorial de la compétence au provisoire du juge du fond, sur la remise en cause de la jurisprudence *Denilauber* et sur la possibilité de liquider l'astreinte dans l'État d'exécution. La suggestion de la Commission de consacrer un article spécifique à la compétence au provisoire du juge du fond était également opportune.

<sup>15</sup> V. M. Nioche, « Compétence : mesures provisoires et conservatoires », Fasc. 584-175, Règlement (UE) n°1215/2012, in *JurisClasseur Droit international*, mai 2017.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> V. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3.

<sup>18</sup> Cf. le considérant 22 de la Proposition du 14 décembre 2010, v. *supra* note n°12.

<sup>19</sup> Certes, le règlement (UE) n°1215/2012 fournit, au considérant 25, une définition des « mesures provisoires et conservatoires » – ou, plutôt, des éléments parcellaires de définition. Cependant, bien qu'il soit formulé en des termes très généraux, ce considérant ne définit pas les « mesures provisoires et conservatoires » dans leur ensemble. Il délimite uniquement le sous-ensemble de « mesures provisoires et conservatoires » susceptibles d'être ordonnées par un juge d'appoint sur le fondement de l'article 35 du règlement (UE) n°1215, v. *infra* n° 19 et note n°38.

<sup>20</sup> Cf. R. Perrot, « Les mesures provisoires en droit français », in G. Tarzia (dir.), *Les mesures provisoires en procédure civile*, Actes du colloque international de Milan, 12-13 octobre 1984, A. Giuffrè, Milan, 1985, p. 149-179, spéc. p. 150.

<sup>21</sup> V. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3.

<sup>22</sup> *Ibid.*

7. Nous montrerons donc, en premier lieu, le désordre dû à la catégorie « mesures provisoires et conservatoires » en droit positif (I). Et, en second lieu, l'ordre qui pourrait être apporté par la catégorie « décisions provisoires » *de lege ferenda* (II).

## I - LE DÉSORDRE DÛ À LA CATÉGORIE « MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES » EN DROIT POSITIF

8. La catégorie « mesures provisoires et conservatoires » est trop hétérogène pour faire l'objet d'une qualification unique (A). Cela explique la confusion entourant les règles qui la régissent (B).

### *A – Une catégorie trop hétérogène pour recevoir une qualification unique*

9. Hétéroclite et confuse (1°), la catégorie « mesures provisoires et conservatoires » n'a pas été définie au sens du règlement (2°).

#### *1°) Les « mesures provisoires et conservatoires » : une catégorie hétérogène et confuse*

10. L'expression « mesures provisoires et conservatoires » condamne la catégorie au flou et à l'hétérogénéité<sup>23</sup>, d'une part, en raison de la polysémie des termes « mesures » et « provisoires » (a), et d'autre part, parce que la mise en parallèle de l'adjectif « provisoire » avec l'adjectif « conservatoire » rend l'expression encore plus mystérieuse (b).

##### *a) La polysémie des termes « mesures » et « provisoires »*

11. Le terme « mesures » est un premier facteur d'ambiguïté puisqu'il désigne tantôt des actes matériels ou juridiques ordonnés par une décision de justice<sup>24</sup> et tantôt, par extension, la décision de justice qui ordonne ces actes<sup>25</sup>. Or, ce n'est pas du tout la même chose.

12. L'adjectif « provisoire » est également ambigu. Il peut en effet revêtir trois sens différents, d'autant plus difficiles à distinguer les uns des autres qu'ils sont proches. Il peut signifier : « dépourvu d'autorité de la chose jugée au principal »<sup>26</sup>, mais aussi : « temporaire »<sup>27</sup>, ou encore : « révisable », c'est-à-dire modifiable en cas de changement de circonstances<sup>28</sup>. Or, là encore, ce n'est pas la même chose.

13. De surcroit, les deux sens du mot « mesure » et les trois sens du mot « provisoire » vont se combiner. L'expression « mesures provisoires » peut par conséquent revêtir jusqu'à six sens différents. Elle peut désigner, premièrement, une décision dépourvue d'autorité de la chose jugée au principal ; deuxièmement, tout acte matériel ou juridique ordonné par une décision dépourvue d'autorité de la chose jugée au principal ; troisièmement, une décision temporaire ; quatrièmement, tout acte temporaire ordonné par une décision de justice ; cinquièmement, une décision révisable ; et, sixièmement, tout acte matériel ou juridique ordonné par une décision révisable. Diablement polysémique, l'expression « mesures provisoires » est donc très ambiguë. Enfin, la mise en parallèle de l'adjectif « provisoire » avec l'adjectif « conservatoire » rend l'expression « mesures provisoires et conservatoires » encore plus mystérieuse.

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, spéc. chap. 2.

<sup>24</sup> V. not. : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Paris, 2007, V° « Mesure » et toutes les références citées par M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. chap. 2.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> V. not. : C. Brenner, *L'acte conservatoire*, LGDJ, Paris, 1999, spéc. n°152, p. 86 ; G. Cornu, *op. cit.*, V° « Décision provisoire ».

<sup>27</sup> V. A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1998, V° « Provisoire ». Voir aussi C. Brenner, *op. cit.*, spéc. n°144, p. 84 : « Dans son acceptation commune, le provisoire s'oppose au définitif et épouse le temporaire ».

<sup>28</sup> V. G. Cornu, *op. cit.*, V° « Provisoire ». Voir aussi C. Brenner, *op. cit.*, n°148, p. 85.

## b) La mise en parallèle de l'adjectif « provisoire » avec l'adjectif « conservatoire »

14. Ce « et » est-il alternatif, auquel cas feraient partie de notre catégorie, toutes les mesures étant soit provisoires, soit conservatoires<sup>29</sup> ? Ou bien ce « et » est-il cumulatif, auquel cas, ne feraient partie de notre catégorie que les mesures étant à la fois provisoires et conservatoires ? Ou encore, faut-il comprendre que notre catégorie englobe toutes les « mesures provisoires » – qu'elles soient, ou non, conservatoires<sup>30</sup> ?

15. La réponse à cette question ne paraît pas très claire. Ni pour la doctrine, ni même pour le législateur européen. En effet, le règlement évoque successivement : les « mesures provisoires et conservatoires » (au considérant 25), puis « les mesures provisoires ou les mesures conservatoires » (à l'article 2 a)<sup>31</sup>. Et, à l'article 35, le cœur du législateur européen balance. Il évoque les « mesures provisoires et conservatoires » dans l'intitulé de la section 10, qui contient l'article 35 ; mais il fait référence aux « mesures provisoires ou conservatoires » dans le texte de l'article. Le législateur européen ne semble donc pas très bien savoir lui-même si le « et » est alternatif ou cumulatif, ou encore si les « mesures conservatoires » sont une sous-catégorie de « mesures provisoires ».

16. Or, ces trois interprétations possibles des termes « et conservatoires » vont, elles-mêmes, se combiner aux six sens différents que peut déjà revêtir l'expression « mesures provisoires ». Si on fait le calcul, l'expression « mesures provisoires et conservatoires » peut donc revêtir pas moins de dix-huit sens différents, que je ne vais pas reprendre ici, de crainte d'épuiser le lecteur dans cette simple énumération, tant la polysémie de l'expression est, on l'aura compris, hors du commun.

17. La notion de « mesures provisoires et conservatoires » est, on le voit, beaucoup trop hétérogène pour recevoir une qualification juridique unique. Or, une catégorie qui n'est pas qualifiée ne peut pas se voir appliquer un régime juridique cohérent. En particulier, il est impossible d'appliquer les mêmes règles, d'une part, à des actes de natures variées, qui peuvent être purement matériels et, pour certains, relever des voies d'exécution et, d'autre part, à une décision émanant d'un juge. On n'appliquera pas non plus forcément les mêmes règles à une décision dépourvue d'autorité de chose jugée au principal, ou à une décision au fond révisable. Enfin, on n'appliquera pas non plus nécessairement les mêmes règles à une catégorie juridique selon qu'elle regroupe des « mesures » qui sont soit provisoires, soit conservatoires ; ou bien les deux à la fois ; ou encore regroupant uniquement les « mesures provisoires », qu'elles soient, ou non, conservatoires. L'hétérogénéité de la catégorie « mesures provisoires et conservatoires » est donc problématique.

18. Cela dit, la polysémie – assez extraordinaire – de l'expression eût été moins gênante si le législateur européen, ou la Cour de justice, avait au moins pris la peine de donner une définition claire des « mesures provisoires et conservatoires » au sens du règlement. Et d'aucuns objecteront peut-être que, précisément, la Cour de justice a fourni une telle définition dans les arrêts *Consorts Reichert*<sup>32</sup>, *Van Uden*<sup>33</sup>, et *St Paul Dairy*<sup>34</sup>, définition reprise par le considérant 25 du règlement. Mais, en réalité, ce n'est pas le cas. Et les spécialistes de la matière le savent.

## 2°) L'absence de définition des « mesures provisoires et conservatoires » au sens du règlement

19. La Cour de justice n'a, rappelons-le, défini que le sous-ensemble de « mesures provisoires et

<sup>29</sup> L'expression désignerait donc l'ensemble des « mesures provisoires », qu'elles aient ou non une finalité « conservatoire » et l'ensemble des « mesures conservatoires », qu'elles soient ou non « provisoires ».

<sup>30</sup> Cette interprétation semble confortée par la version anglaise : « *Provisional, including protective, measures* ».

<sup>31</sup> V. aussi l'article 42.2, qui évoque « une mesure provisoire ou conservatoire ».

<sup>32</sup> CJCE, 26 mars 1992, aff. C-261/90, *Consorts Reichert c. Dresdner Bank, RCDIP*, 1992, p. 714, note B. Ancel ; *JDJ*, 1993, p. 461, note A. Huet ; *Cah. dr. eur.*, 1992, p. 700, note H. Tagaras ; *IPRax*, 1993, p. 17-18, note P. Schlosser ; *SZIER*, 1993, p. 360-364, note P. Volken ; *NLR*, 1993, p. 499-501, note P. Vlas ; *The Scots Law Times*, 1994, p. 4, note A.E. Anton et P.R. Beaumont ; *Revista jurídica de Catalunya*, 1992, p. 1121-1128, note A. Borras Rodriguez ; *REDI*, 1993, p. 440-445, note V. Fuentes Camacho ; *Il foro italiano*, 1994, IV, col. 235-236 ; *RDIDC*, 1994, p. 160-163, note P. Marchal.

<sup>33</sup> *Van Uden c. Deco-Line*, aff. C-391/95, précitée.

<sup>34</sup> CJCE, 28 avr. 2005, *St. Paul Dairy Industries NV v. Unibel Exser BVBA*, aff. C-104/03, *RCDIP*, 2005, p. 742, note E. Pataut ; *RDAI*, 2005, n° 4, p. 530, note A. Mourre et Y. Lahlou ; *Europe*, juin 2005, p. 30 note L. Idot ; *RDJB.*, 2005, p. 173, note L. Samyn ; *JZ*, 2005, p. 1144, note P. Mankowski ; *NIPR*, 2006, p. 383 et s., obs. B.-J. van het Kaar ; sur cet arrêt, voir également A. Nuyts, « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », *RCDIP*, 2007, p. 53 et s.

conservatoires » que peut prononcer un juge d'appoint sur le fondement de l'article 35. La définition qu'elle a énoncée dans les arrêts *Reichert, Van Uden, et St Paul Dairy* – sur laquelle on reviendra dans un instant – ne restreint aucunement la compétence au provisoire du juge du fond. La Cour de justice a toujours été très claire là-dessus<sup>35</sup>. Pourtant, cette définition est souvent présentée, à tort, par une partie de la doctrine<sup>36</sup>, et même par certains juges nationaux<sup>37</sup>, comme une définition des « mesures provisoires et conservatoires » *au sens du règlement*. Le législateur européen, lui-même, semble s'être rendu coupable de cette confusion. Il prétend en effet définir, au considérant 25, « la notion de mesures provisoires et conservatoires », alors qu'il ne fait que reprendre la jurisprudence de la Cour de justice, issue des arrêts *Reichert, Van Uden et St Paul Dairy*, délimitant les « mesures provisoires et conservatoires » au sens de l'article 35<sup>38</sup>.

20. Comment expliquer qu'une confusion aussi grossière – entre l'ensemble et le sous-ensemble – soit aussi fréquente, à tel point que le législateur européen lui-même semble s'y perdre ? Cette confusion s'explique par le manque de clarté de la notion de « mesures provisoires et conservatoires », mais aussi par deux maladresses de rédaction.

21. La première est que si l'article 35 est dédié à la compétence au provisoire du juge d'appoint, son frère jumeau, qui serait dédié à la compétence au provisoire du juge du fond, brille par son absence. Aucun article spécifique ne lui est consacré<sup>39</sup>. L'article 35 est pratiquement le seul article du règlement qui régit la compétence au provisoire<sup>40</sup>. Cela donne la fausse impression qu'il y aurait une identité entre les « mesures provisoires et conservatoires » au sens de l'article 35, d'une part ; et au sens du règlement, d'autre part. Ce qui, bien sûr, n'est pas du tout le cas.

22. De surcroit, cette fausse impression est accentuée par une seconde maladresse. L'article 35 indique en effet, à tort, que « les mesures provisoires ou conservatoires » (sous-entendu : *en général*) peuvent être demandées au juge d'appoint, alors qu'en réalité ce dernier ne doit pouvoir prononcer qu'un sous-ensemble de « mesures provisoires et conservatoires », délimité par la Cour de justice et par le considérant 25.

23. Ces deux maladresses de rédaction ont contribué à la confusion entre l'ensemble et le sous-ensemble. L'ensemble, à savoir les « mesures provisoires et conservatoires » au sens du règlement, n'a en définitive jamais été défini. Ni par le législateur européen, ni par la Cour de justice. Cette absence de définition autonome – et de qualification claire – de la catégorie « mesures provisoires et conservatoires », alliée à l'extraordinaire ambiguïté de la notion, a engendré une grande confusion en droit positif.

<sup>35</sup> Cf. *Van Uden*, point 22 : « La juridiction compétente pour connaître du fond d'une affaire (...) reste également compétente pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, sans que cette dernière compétence soit subordonnée à d'autres conditions ».

<sup>36</sup> Voir par ex. : S. Lacassagne, *Le contentieux provisoire international*, thèse dactyl., Univ. Paris Nanterre, 2003, n° 135, p. 111 ; C. Chodkiewicz, *L'urgence en matière de conflits de juridictions*, thèse dactyl., Univ. Paris I, 2000, p. 159 ; G. de Leval, « La notion de mesures conservatoires ou provisoires », in *Nouveaux droits dans un espace européen de justice : le droit processuel et le droit de l'exécution*, Actes du colloque international UIHJ / CNHJ, 4-5 juillet 2001, Éditions juridiques et techniques, Paris, 2001, p. 383-393, spéc. p. 388 ; G. Mecarelli, *L'hypothèse d'un droit commun du procès : réflexions sur le rapprochement international et européen de la procédure civile*, thèse dactyl., Univ. Paris II, 2002, n°474, p. 359 ; B. Hess, « Le questionnaire sur les mesures provisoires et conservatoires », Commission européenne, *Study JAI A3/02/2002*, question n° 1 ; v. aussi : B. Hess, *Study No. JAI/A3/2002/02, « Final report »*, 2004, p. 118 et note 653, p. 118-119.

<sup>37</sup> Par ex., dans l'arrêt *Stolzenberg* (Cass., civ. 1<sup>e</sup>, 30 juin 2004, *Wolfgang Stolzenberg c. CIBC Mellon Trust Company, RCDIP*, 2004, p. 815 et s., note H. Muir Watt ; *JCP*, G., 2004, II, 10198, avis de M. Sainte-Rose, *RTDC*, 2004, p. 549, obs. Ph. Théry ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 15, p. 28, note M.-L. Niboyet ; *JDJ*, 2005, p. 114, note G. Cuniberti), la Cour de cassation laisse entendre, à tort, que pour qu'une « mesure provisoire ou conservatoire » prononcée par le juge du fond puisse produire des effets hors du for, conformément au chapitre III du règlement, il devrait s'agir d'une « mesure provisoire et conservatoire » au sens de l'art. 31 (devenu l'art. 35 du règlement de 2012). Or, cela n'a aucun sens puisque la définition des « mesures provisoires et conservatoires » au sens de l'art. 31 (devenu l'art. 35) ne concerne que le juge d'appoint et non le juge du fond.

<sup>38</sup> V. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, n° 72 et s. ; M. Nioche, « Compétence : mesures provisoires et conservatoires », v. *supra* note n°15, spéc. n° 9-25. V. également, dans le même sens : J.-F. van Drooghenbroeck, C. de Boe, « Les mesures provisoires et conservatoires dans le règlement Bruxelles I bis », in E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruxelles, 2014, p. 167-204.

<sup>39</sup> V. *supra* note n°10. La Commission européenne avait pourtant proposé de consacrer un article spécifique à la compétence au provisoire du juge du fond. Dans la proposition de révision du 14 décembre 2010 (v. *supra*, note n°12), la section consacrée aux « mesures provisoires et conservatoires » comportait en effet deux articles (35P et 36P) au lieu d'un seul (l'actuel article 35R). L'article 35P régissait la compétence au provisoire du juge du fond et l'article 36P celle du juge d'appoint. L'article 35P disposait ainsi que « lorsque les tribunaux d'un État membre sont compétents pour connaître du fond, ils sont compétents pour octroyer les mesures provisoires et conservatoires prévues par la loi dudit État ».

<sup>40</sup> En effet, l'art. 2(a) al. 2 et l'art. 42.2 ne régissent pas la compétence pour statuer au provisoire. L'art. 2(a) al. 2 porte sur la définition de la « décision » au sens du chap. III du règlement et précise qu'elle englobe « les mesures provisoires ou les mesures conservatoires » ordonnées par le juge du fond. Quant à l'art. 42.2, il porte sur l'exécution, hors du for, d'une « mesure provisoire ou conservatoire, par hypothèse prononcée par le juge du fond.

## B – Une grande confusion en droit positif

24. On peut déduire de la jurisprudence de la Cour de justice qu'il existe un double régime régissant le contentieux provisoire<sup>41</sup>. On constate cependant beaucoup d'incohérences et d'incertitudes lorsque l'on se penche sur les règles respectivement appliquées au juge du fond (1<sup>o</sup>) et au juge d'appoint (2<sup>o</sup>).

### 1<sup>o</sup>) La compétence au provisoire du juge du fond

25. À cet égard, le droit positif est paradoxal. Il confère une compétence large et extraterritoriale au juge du fond (a), mais n'admet pas parfaitement la libre circulation des « mesures provisoires et conservatoires » qu'il prononce (b).

#### a) La compétence large et extraterritoriale du juge du fond

26. En droit positif, le juge du fond peut ordonner l'ensemble des « mesures provisoires et conservatoires » prévues par son droit interne<sup>42</sup>. Et ce, quel que soit leur lieu d'exécution. La Cour de justice a tranché en ce sens, tout d'abord de façon implicite, dans les arrêts *De Cavel I*<sup>43</sup> et *Denilauler*<sup>44</sup>. La solution a ensuite été confirmée et posée en des termes plus explicites et plus généraux par l'arrêt *Van Uden* : « La juridiction compétente pour connaître du fond d'une affaire en vertu d'un des chefs de compétence prévu à la Convention reste également compétente pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, sans que cette dernière compétence soit subordonnée à d'autres conditions »<sup>45</sup>. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que la « mesure provisoire ou conservatoire » demandée soit susceptible de déployer ses effets sur le territoire du juge du fond qui l'ordonne. Le droit positif reconnaît donc que la compétence au provisoire du juge du fond est non seulement générale, mais aussi extraterritoriale. Pourtant, le droit positif n'admet pas parfaitement la libre circulation des « mesures provisoires et conservatoires » qu'il prononce.

#### b) Les limites à la libre circulation des « mesures provisoires et conservatoires » prononcées par le juge du fond

27. Certes, le règlement précise que les « mesures provisoires et conservatoires » prononcées par le juge du fond sont des « décisions » au sens du chapitre III et qu'elles peuvent à ce titre être reconnues et exécutées dans les autres États membres<sup>46</sup>. Il pose cependant une exception importante – et regrettable. En effet, les « mesures provisoires et conservatoires » prononcées au terme d'une procédure unilatérale ne sont pas considérées comme des « décisions » au sens du chapitre III. Elles ne pourront donc pas produire d'effets hors du for « à moins que la décision contenant la mesure n'ait été signifiée ou notifiée au défendeur avant l'exécution ». La précision figure à l'article 2 (a) alinéa 2 et au considérant 33<sup>47</sup>. Or, en pratique, cette

<sup>41</sup> Sur ce double régime, v. not. : M. Nioche, « Compétence : mesures provisoires et conservatoires », v. *supra*, note 15.

<sup>42</sup> CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden c. Deco-Line*, aff. C-391/95, précitée, point 19 ; CJCE, 27 avr. 1999, *Hans Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, aff. C. 99/96, précitée, point 46.

<sup>43</sup> Dans l'arrêt *De Cavel I*, la Cour de justice admet qu'un juge français puisse autoriser une apposition de scellés sur des meubles se trouvant en Allemagne, cf. CJCE, 27 mars 1979, aff. 143/78, *Jacques de Cavel c. Louise de Cavel (de Cavel I)*, Recueil, 1979, p. 1055 ; *D.*, 1979, I.R., p. 457-458, note B. Audit ; *RCDIP*, 1980, p. 614-629, note G. Droz ; *IDI*, 1979, p. 681, note A. Huet ; *ELR*, 1979, p. 222, note T. Hartley ; *Riv. dir. int.*, 1981, p. 141-144 ; *Il foro Padano*, 1980, IV, col. 19, note A. Pesce ; *NILR*, 1981, p. 70, note H. Verheul ; *The Scots Law Times*, 1984, p. 19, note A.E. Anton.

<sup>44</sup> Dans l'arrêt *Denilauler*, la Cour de justice n'a pas vu d'objection à ce qu'un juge français autorise une saisie conservatoire sur un compte ouvert dans une banque de Francfort, cf. CJCE, 21 mai 1980, aff. 125/79, *Bernard Denilauler c. SNC Couchet Frères*, Recueil, 1980, p. 1553, avec les conclusions de l'avocat général Mayras ; *IDI*, 1980, p. 939, obs. A. Huet ; *RCDIP*, 1980, p. 787, note E. Mezger ; *Gaz. Pal.*, 1980, I, p. 659, note J. Mauro ; *D.*, 1981, Somm., p. 158, note B. Audit ; *Dir. com. scambi int.*, 1981, p. 233, note L. Mari ; *Eur. L. Rev.*, 1981, p. 59, note T. Hartley ; *ECR*, 1980, p. 1555 ; *JT*, 1980, p. 737, note A. Van de casteele ; *Il foro Padano*, 1980, IV, col. 25, note A. Pesce ; *IPRax*, 1981, p. 79, note R. Hausmann ; *Nederlandse jurisprudentie : Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 1981, n° 184, note J.C. Schultsz ; *The Journal of Business Law*, 1981, p. 243-245, note N. March Hunnings ; *The Scots Law Times*, 1984, p. 25, note A.E. Anton ; *NILR*, 1981, p. 84, note H. Verheul.

<sup>45</sup> CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden c. Deco-Line*, aff. C-391/95, précitée, point 22.

<sup>46</sup> V. art. 2 (a), al. 2 et considérant 33.

<sup>47</sup> V. aussi art. 42.2 (c) et art. 45.1 (b).

condition, issue de la jurisprudence *Denilauler*<sup>48</sup>, nuancée par l'arrêt *Hengst*<sup>49</sup>, limite considérablement le principe de la libre circulation des décisions provisoires prononcées par le juge du fond. Sur ce point, le droit positif est donc ambivalent, pour ne pas dire incohérent. Par ailleurs, il n'est pas plus cohérent en ce qui concerne la compétence du juge d'appoint.

## 2°) La compétence au provisoire du juge d'appoint

28. Les incertitudes sur le contenu et la nature juridique de la catégorie « mesures provisoires et conservatoires », et sur la possibilité même qu'elles puissent toutes produire des effets hors du for, ont conduit à surestimer les besoins d'un juge d'appoint (a). Or, définie trop largement, la compétence du juge d'appoint favorise le *forum shopping*, ainsi que les conflits de procédures et de décisions (b).

### a) La compétence trop large du juge d'appoint

29. Selon la Cour de justice, les « mesures provisoires et conservatoires » que le juge d'appoint peut prononcer sont, parmi les mesures prévues par son droit interne<sup>50</sup>, celles qui sont « destinées à maintenir une situation de droit ou de fait afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est ou pourra être demandée au juge du fond »<sup>51</sup>. La Cour de justice a en particulier exclu de cette définition les mesures provisionnelles dont le caractère provisoire n'est pas garanti<sup>52</sup>, ainsi que les mesures d'instruction *in futurum*<sup>53</sup> – en tout cas, celles d'entre elles qui ne seraient pas conservatoires<sup>54</sup>. La Cour de justice a, de surcroît posé l'exigence d'un « lien de rattachement réel » entre « l'objet des mesures sollicitées » et le territoire de l'État dont le juge d'appoint relève<sup>55</sup>. Or, en dépit de ces restrictions, la compétence au provisoire du juge d'appoint reste définie trop largement puisqu'elle vient s'ajouter à la compétence, générale et extraterritoriale, du juge du fond. Il en découle des risques de *forum shopping*, ainsi que de conflits de procédures et de décisions.

<sup>48</sup> La Cour de justice avait dit pour droit, dans l'arrêt *Bernard Denilauler c. SNC. Couchet Frères*, que les décisions provisoires unilatérales « ne bénéficient pas du régime de reconnaissance et d'exécution prévu par le titre III de la Convention », v. CJCE, 21 mai 1980, aff. 125/79, précitée.

<sup>49</sup> CJCE, 13 juillet 1995, *Hengst Import B.V. c. Anna Maria Campese*, aff. C-474/93, Rec.1995, I, p. 2113 et s., concl. Jacobs, *RCDIP*, 1996, p. 143, note H. Gaudemet-Tallon ; *JKI*, 1996, p. 556, obs. A. Huet ; *Cah. droit. eur.*, 1997, p. 1999, note H. Tagaras.

<sup>50</sup> V. CJUE, 6 octobre 2021, aff. C-581/20, *Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej reprezentowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad c. Toto SpA - Costruzioni Generali, et Vianini Lavori SpA*, dit « Toto », points 63 à 69, *RCDIP*, 2022, p. 350, note G. Cuniberti.

<sup>51</sup> CJCE, 26 mars 1992, *Consorts Reichert c. Dresdner Bank*, aff. C-261/90, précitée, point 34 ; CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden c. Deco-Line*, aff. C-391/95, précitée, point 37 ; CJCE, 28 avr. 2005, *St. Paul Dairy Industries N.V. v. Unibel Exser BVBA*, aff. C.104/03, précitée, point 13. Cette définition a été reprise par la Cour de justice dans le cadre du règlement (UE) n°1215/2012, v. CJUE, 3 septembre 2020, *Supreme Site Services e.a.*, C-186/19, point 50, *RCDIP*, 2021, p. 157, note G. Cuniberti.

<sup>52</sup> CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden c. Deco-Line*, aff. C-391/95, précitée.

<sup>53</sup> Cette exclusion, qui résulte de l'arrêt *St Paul Dairy* (CJCE, 28 avr. 2005, aff. C-104/03, précitée) a été reprise au considérant 25 du règlement (UE) n°1215/2012.

<sup>54</sup> C'est en tout cas ainsi que la Cour de cassation française interprète l'arrêt *St Paul Dairy* et le considérant 25. En effet, si ne font pas partie des « mesures provisoires et conservatoires » susceptibles d'être ordonnées par un juge d'appoint sur le fondement de l'article 35, « celles ordonnées dans le but de permettre au demandeur d'évaluer l'opportunité d'une action éventuelle, de déterminer le fondement d'une telle action et d'apprécier la pertinence des moyens pouvant être invoqués dans ce cadre » (CJCE, 28 avr. 2005, *St Paul Dairy*, aff. C-104/03 précitée, point 25), la Cour de cassation française a en revanche jugé qu'une mesure d'instruction *in futurum* telle que l'article 145 du CPC français, pouvait être considérée comme une « mesure provisoire ou conservatoire » susceptible d'être prononcée par un juge d'appoint sur le fondement de l'article 35 du règlement si elle vise à prévenir « contre un risque de déprérisement d'éléments de preuve dont la conservation pouvait commander la solution du litige », v. Civ. 1, 27 janv. 2021, n° 19-16.917, *Dalloz actualité*, 10 févr. 2021, obs. F. Mélin ; *Procédures 2021*, comm. 96, obs. Y. Strickler ; *D.*, 2021, p. 923, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *Rev. Sociétés*, 2021, p. 393, note M. Menjucq. V. déjà, censurant un arrêt s'étant contenté de relever que la mesure d'instruction ordonnée se déroulerait sur le territoire français, sans rechercher « si la mesure était destinée 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 en conservant des preuves menacées de disparition » : Civ. 1, 4 mai 2011, *Ceia spa et Ceia international c. M. X. Pourvoi* n°10-13712, cf. Y. Lahlou et M. Nioche, « Chronique de droit international privé appliquée aux affaires », *RDAI*, 2012, n°1, p. 115 ; *D.*, 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *RTD eur.*, 2012, p. 525, obs. B. de Clavière. Dans deux autres arrêts du 14 mars 2018, la Cour de cassation française avait admis, de façon plus large, qu'une mesure d'instruction *in futurum* pouvait être considérée comme une « mesure provisoire ou conservatoire » susceptible d'être prononcée le fondement de l'article 35 du règlement si elle vise à conserver, mais aussi à établir un élément de preuve, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2018, n° 16-19.731 et n° 16-27.913, *D.*, 2018, p. 623 ; *D.*, 2019, p. 157, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *Rev. Sociétés*, 2018, p. 526, note M. Menjucq ; *JKI*, 2018, p. 1155, note H. Gaudemet-Tallon ; *JCP*, 2018, p. 702, note F. Mailhé ; *LPA*, 8 juin 2018, note P. Feng et H. Meur ; *RGDA*, 2018, p. 271, note Schulz ; *RCDIP*, 2019, p. 186, note G. Cuniberti.

<sup>55</sup> V. CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden c. Deco-Line*, aff. C-391/95, précitée, point 40. Cette condition a été confirmée, dans le cadre du règlement (UE) n°1215/2012, dans l'arrêt dit « *Toto* », v. CJUE, 6 octobre 2021, aff. C-581/20, précitée, point 52.

## b) Les risques de *forum shopping*, ainsi que de conflits de procédures et de décisions

30. Cette double compétence, alliée à l'extrême variété des droits procéduraux, a tout d'abord pour inconvénient de faire du contentieux provisoire un terrain privilégié de *forum shopping*<sup>56</sup>. Même si c'est moins vrai depuis que le législateur européen a précisé, en 2012, que les « mesures provisoires et conservatoires » prononcées par le juge d'appoint ne peuvent pas déployer d'effets hors du for<sup>57</sup> ; alors qu'elles le pouvaient – dans des limites peu claires – sous l'empire des textes antérieurs<sup>58</sup>, ce qui faisait du contentieux provisoire européen « le paradis des *forum shoppers* »<sup>59</sup>.

31. Cette double compétence a aussi pour inconvénient de générer des conflits de procédures et de décisions. Lesquels seront d'autant plus difficiles à prévenir et à résoudre que les règles prévues à cet effet<sup>60</sup> semblent peu adaptées en matière provisoire<sup>61</sup> et que la Cour de justice a jugé qu'il n'y avait pas de hiérarchie entre la compétence au provisoire du juge du fond et celle du juge d'appoint<sup>62</sup>. Ce qui nous paraît éminemment discutable<sup>63</sup>.

32. Le régime applicable au contentieux provisoire dans le cadre du règlement Bruxelles I est donc très insatisfaisant. *De lege ferenda*, il est cependant possible – et finalement assez facile – de remettre un peu d'ordre dans le droit positif, en remplaçant la catégorie « mesures provisoires et conservatoires » par celle de « décisions provisoires »<sup>64</sup>.

## II – L'ORDRE APPORTÉ PAR LA CATÉGORIE « DÉCISIONS PROVISOIRES » *DE LEGE FERENDA*

33. *De lege ferenda*, remplacer la catégorie « mesures provisoires et conservatoires » par celle de « décisions provisoires » va permettre de clarifier non seulement la catégorie (A), mais aussi, par voie de conséquence, le régime applicable au contentieux provisoire (B).

<sup>56</sup> M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. n°427-429.

<sup>57</sup> V. l'art. 2(a) al. 2 et le considérant 33 du règlement (UE) n°1215/2012.

<sup>58</sup> Dans l'arrêt *Mietz*, (CJCE, 27 avr. 1999, *Hans Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, aff. C. 99/96, précitée), la Cour de justice avait admis l'extraterritorialité des « mesures provisoires et conservatoires » ordonnées par un juge d'appoint, tout en indiquant qu'elle entendait poser des limites – qu'elle n'avait toutefois pas précisées – à cette extraterritorialité. Selon la doctrine romano-allemande l'extraterritorialité des « mesures provisoires et conservatoires » prononcées par le juge d'appoint ne pouvait qu'être très limitée, en raison de l'exigence, posée par l'arrêt *Van Uden* (CJCE, 17 nov. 1998, *Van Uden c. Deco-Line*, aff. C-391/95, précitée), d'un « lien de rattachement réel », interprétée comme un rattachement à la chose et donc comme un lien territorial avec le lieu d'exécution. En revanche, la doctrine anglaise interprétait l'exigence d'un « lien de rattachement réel » (*« real connecting link »*), comme un simple rattachement étroit. L'interprétation anglaise n'excluait donc nullement que les « mesures provisoires ou conservatoires » prononcées par le juge d'appoint pussent produire de larges effets extraterritoriaux. Sur cette divergence d'interprétation, v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. n°414-419.

<sup>59</sup> L'expression est empruntée à I. de Ros Sopranis, « *Arbitraje extranjero y medidas cautelares en España : forum shopper's paradise* », *Annuario de derecho marítimo*, 1987, p. 209-233.

<sup>60</sup> Art. 29, 30, 33 et 34 du règlement sur la litispendance et la connexité, d'une part ; art. 45.1 (c) et (d) sur les conflits de décisions, d'autre part.

<sup>61</sup> V. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. n° 437-444.

<sup>62</sup> V. CJUE, 6 octobre 2021, « *Toto* », aff. C-581/20, précitée, point 59 (« Ce règlement n'instaure pas de hiérarchie entre ces fors ») et point 60 (« Il ne ressort aucunement des termes de l'article 35 dudit règlement que celui-ci confère aux juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond une compétence de principe pour adopter des mesures provisoires ou conservatoires (...) »). La Cour de justice s'était déjà prononcée implicitement en ce sens dans l'arrêt *Italian Leather*. Dans cette dernière affaire, la Cour de justice avait en effet eu à connaître d'un conflit entre une décision provisoire prononcée par le juge du fond et une décision provisoire prononcée par le juge d'appoint. Or, la Cour de justice n'avait, à tort selon nous (v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. n°441-442), aucunement fait prévaloir la décision provisoire du juge du fond sur celle du juge d'appoint. V. CJCE, 6 juin 2002, *Italian Leather SpA c. WEKO Polstermöbel GmbH & Co*, aff. C-80/00, rec. I-4995 ; *RCDIP*, 2002, p. 704, note H. Muir Watt ; *JKI*, 2003, p. 671, note A. Huet ; *RTDCom*, 2002, p. 593, obs. Lubys et A. Marmisse ; *RIW*, 2003, p. 55-63, obs. C. Wolf et S. Lange ; *Il Corriere giuridico*, 2002, p. 100-113, note C. Consolo ; *European Law Reporter*, 2002, p. 307, obs. A. Buhrow ; *Riv. dir. int.*, 2002, p. 713-722, note G. Biagiioni ; *REDI*, 2002, p. 888-894, obs. I. Heredia Cervantes ; *CMLR*, 2003, p. 953-964, note X.E. Kramer ; *Ondernemingsrecht*, 2003, p. 672, obs. M. Zilinsky ; *IPRax*, 2005, p. 23-25, obs. B. Hess. *Nederlandse Jurisprudentie: Uitspraken in Burgerlijke en Strafzaken*, 2006, n° 321, P. Vlas ; *RIW*, 2002, p. 708, obs. C. Wolf et S. Lange ; *Gaz. Pal.*, 2003, n°322, p. 21, note M-L. Niboyet.

<sup>63</sup> Il ne fait, à nos yeux, guère de doute qu'il y a, *de lege ferenda*, mais aussi en droit positif, au regard du texte du règlement et de la jurisprudence de la Cour de justice prise dans sa globalité, un rapport principe-exception entre la compétence au provisoire du juge du fond, d'une part, qui est générale et extraterritoriale ; et celle du juge d'appoint, d'autre part, qui est strictement délimitée et territoriale. V. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3.

<sup>64</sup> V. M. Nioche, *ibid*.

## *A – Une nouvelle catégorie : « les décisions provisoires »*

34. *De lege ferenda*, afin d’obtenir une catégorie plus homogène et mieux cernée, il serait souhaitable de faire référence aux « décisions » provisoires, et non aux « mesures » provisoires (1°). Il faudrait par ailleurs préciser que par « provisoire », il convient d’entendre « dépourvu d’autorité de la chose jugée au principal » (2°). Enfin, il serait préférable d’éviter toute référence à la finalité « conservatoire » de certaines décisions provisoires (3°).

### *1°) Faire référence aux « décisions » provisoires, et non aux « mesures » provisoires*

35. Au lieu d’appliquer de multiples critères de distinction aux « mesures provisoires et conservatoires », je propose d’opérer une distinction transversale entre la « décision provisoire » et les mesures qu’elle ordonne. Le terme « décision » doit être employé pour désigner l’acte émanant d’un juge qui ordonne provisoirement un ou plusieurs actes matériels ou juridiques. Cela permettra de mieux distinguer, d’une part, la décision provisoire, qui est prononcée par une juridiction. Et, d’autre part, la mesure ordonnée, qui, selon les cas, pourra être exécutée par une partie ou par un officier public. Cependant, remplacer le mot « mesure » par le mot « décision » ne suffit pas à dissiper toutes les ambiguïtés. Il faut également préciser le sens de l’adjectif provisoire.

### *2°) Par « provisoire », il faut entendre « dépourvu d’autorité de la chose jugée au principal »*

36. L’adjectif « provisoire » ne doit pas être entendu au sens de « temporaire ». Certaines décisions provisoires sont en effet *de facto* définitives, comme le référent provision français ou le *kort geding* néerlandais. Elles n’en font pas moins partie de notre catégorie, puisqu’elles sont dépourvues d’autorité de la chose jugée au fond. Inversement, ne font pas partie de notre catégorie les décisions pourvues d’autorité de chose jugée au principal, même lorsqu’elles sont prononcées pour une durée limitée. Pour qu’une décision soit considérée comme provisoire, il ne suffit pas que ses effets soient destinés à prendre fin à une date fixée, ou lors de la réalisation d’un événement futur, il faut qu’elle soit susceptible d’être remise en cause par le juge du fond.

37. L’adjectif « provisoire » ne doit pas non plus être entendu au sens de « révisable ». Les décisions révisables sont les décisions modifiables en cas de changement de circonstances. Une décision au fond peut avoir pour caractéristique d’être révisable. Elle aura alors la même autorité que les décisions ordinaires en ce qui concerne les faits passés et ne pourra être modifiée qu’en présence de faits nouveaux. En revanche, une décision provisoire pourra être remise en cause même en l’absence de circonstances nouvelles. Doivent par conséquent être exclues de la catégorie « décisions provisoires » au sens du règlement Bruxelles I, toutes les décisions qui, bien qu’appelées parfois improprement « décisions provisoires » ou « mesures provisoires » parce qu’elles sont révisables, sont des décisions au fond. Par décision « provisoire », il faut donc entendre uniquement « dépourvue d’autorité de la chose jugée au principal »<sup>65</sup>.

38. Cependant, on l’a vu, l’ambiguïté de la notion de « mesures provisoires et conservatoires » n’est pas seulement due à la polysémie du terme « mesure » et au caractère équivoque de l’adjectif « provisoire », elle tient aussi à l’emploi de l’adjectif « conservatoire ».

### *3°) Supprimer de la catégorie « décisions provisoires » toute référence au « conservatoire »*

39. Il serait préférable de supprimer de la catégorie « décisions provisoires » toute référence au « conservatoire », car la finalité des décisions provisoires peut être extrêmement variée. Il peut s’agir de conserver des valeurs, de mettre un terme à une situation manifestement illicite, de maintenir le *statu quo*, de

---

<sup>65</sup> On relèvera que les décisions provisoires (au sens de dépourvues d’autorité de la chose jugée au principal) ont souvent, mais pas toujours, comme caractéristique d’être aussi des décisions révisables, c’est-à-dire modifiables en cas de changement de circonstances. Ces décisions font naturellement partie de notre catégorie, celle-ci englobant toutes les décisions provisoires, qu’elles soient ou non révisables.

réglementer la situation des parties pendant le procès, d'instruire celui-ci, voire d'anticiper, dans une certaine mesure, la décision au fond. Les décisions provisoires à finalité conservatoire ne sont qu'une « variété » de décisions provisoires.

40. Par « décision provisoire » au sens du règlement, il faut entendre toute décision qui, quelle que soit son appellation en droit interne et quelle que soit sa finalité, est prononcée par une juridiction et est dépourvue d'autorité de la chose jugée au fond. Ainsi notre catégorie juridique n'est plus un ensemble hétéroclite, aux contours flous et à la nature juridique incertaine (« les mesures provisoires et conservatoires »), mais un ensemble homogène, clairement délimité et revêtant une qualification juridictionnelle<sup>66</sup> : les « décisions provisoires ».

41. Or, le changement terminologique et conceptuel opéré est loin d'être purement théorique. Il se révèle extrêmement utile en pratique. Grâce à ce travail de définition et de qualification, le régime applicable aux décisions provisoires va pouvoir être clarifié et amélioré.

### *B – Le régime applicable aux « décisions provisoires »*

42. *De lege ferenda*, la redéfinition et la qualification juridictionnelle de la catégorie permettent de reconnaître le rôle cardinal du juge du fond<sup>67</sup> en tant que juge du provisoire (1°) et d'en déduire que la compétence d'un juge d'appoint local doit être plus strictement délimitée (2°).

1°) Le rôle cardinal du juge du fond en tant que juge du provisoire

43. De nature juridictionnelle, la décision provisoire doit en principe être prononcée par une juridiction internationalement compétente. Et pas nécessairement par le juge du lieu où elle doit être exécutée. La décision provisoire est par ailleurs accessoire à la décision au fond<sup>68</sup>. Ce caractère milite en faveur d'un regroupement des prétentions (provisoire et au fond) devant une seule et même juridiction<sup>69</sup>. Le juge du fond est donc, à tout point de vue, le plus légitime pour statuer au provisoire. Non seulement il doit pouvoir prononcer l'ensemble des décisions provisoires prévues par son droit interne, mais elles doivent toutes pouvoir être reconnues et exécutées hors du for<sup>70</sup>.

44. À cet égard, la nouvelle catégorie « décisions provisoires » clarifie le débat. En effet, si certains auteurs pouvaient avoir des doutes sur la capacité de certaines « mesures provisoires et conservatoires » à produire leurs effets hors du for<sup>71</sup>, ces doutes disparaissent lorsque l'on prend en considération la catégorie « décisions provisoires ». En effet, seules certaines des mesures ordonnées relèvent des voies d'exécution, et

<sup>66</sup> Pour une démonstration de la nature juridictionnelle de la catégorie « décisions provisoires », v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. ch. 4 et 5, pp. 114-168.

<sup>67</sup> Précisons qu'un juge ne devrait pouvoir se déclarer compétent pour statuer au provisoire en tant que « juge du fond » que s'il est, non seulement compétent, mais aussi effectivement saisi des demandes au fond, ou exclusivement compétent au fond, v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. n° 300 ; voir aussi M. Nioche, « Compétence : mesures provisoires et conservatoires », v. *supra*, note n°15.

<sup>68</sup> La décision provisoire dépend toujours de la décision au fond et ce, à un double titre. Premièrement, le juge ne prononcera une décision provisoire que si le demandeur a des chances de succès au fond (c'est ce qu'on appelle le *fumus boni juris*, la « fumée du bon droit »). Deuxièmement, la décision provisoire n'a autorité de la chose jugée que jusqu'à la décision au fond. La décision provisoire est donc un acte juridictionnel à part entière, qui dépend néanmoins, à plusieurs égards, de la décision au fond.

<sup>69</sup> Pour des raisons simples, que nous pouvons rappeler brièvement. Premièrement, puisque le juge du provisoire doit apprécier les chances de succès au fond du demandeur, il y a un risque d'incohérence si deux juges différents se saisissent, d'une part, de la prétention provisoire et, d'autre part, de la prétention au fond. Deuxièmement, même si, en principe, la décision au fond met fin à la décision provisoire, si l'une et l'autre ne sont pas prononcées dans le même ordre juridique, nous courrons le risque de voir apparaître une « situation boiteuse », c'est-à-dire de voir la décision provisoire perdurer et « cohabiter » avec une décision au fond incompatible, rendue dans un autre ordre juridique. Troisièmement, dans l'Union européenne, autoriser les juridictions d'un État à statuer au provisoire alors qu'elles ne sont pas compétentes au fond en vertu des règles établies par le règlement Bruxelles I est toujours gênant, surtout si aucune décision n'est finalement rendue au fond. La décision provisoire va devenir *de facto* définitive, alors même qu'elle a été prononcée par un juge en principe incompétent. Pour toutes ces raisons, il semble préférable qu'un seul et même juge statue au provisoire et au fond.

<sup>70</sup> Pour une démonstration plus complète, v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. chap. 6.

<sup>71</sup> V. not. V. Delaporte, « Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé », *TCFDIP*, 1986-1988, p. 147-170 ; Ph. Théry, « *Judex Gladii* : des juges et de la contrainte en territoire français », in *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 477-497, spéc. n°19, p. 486 et n° 27, p. 489.

non la décision provisoire elle-même. Si, par exemple, une saisie conservatoire, mise en œuvre par un officier public, n'est pas un acte juridictionnel et ne peut pas produire d'effet hors du territoire du for, il en va autrement de la décision du juge qui l'autorise. Laquelle revêt au contraire une qualification juridictionnelle et peut déployer ses effets hors du for.

45. *De lege ferenda*, les « décisions provisoires » prononcées par le juge du fond doivent toutes être reconnues et exécutées dans les autres États membres. Et ce, même lorsqu'elles ont été rendues au terme d'une procédure unilatérale. Ce point est important. *De lege ferenda*, la condition posée par l'article 2(a) alinéa 2, issue de la jurisprudence *Denilauler-Hengst*, selon laquelle, pour déployer ses effets hors du for, la décision contenant la mesure doit avoir « été signifiée ou notifiée au défendeur », n'est pas justifiée.

46. Rappelons à cet égard que le droit procédural de l'ensemble des États membres prévoit que certaines décisions provisoires sont, dans un premier temps, rendues et mises à exécution sans que le défendeur en soit informé. On citera ici Al Capone. On tire d'abord et on discute ensuite. Un débat contradictoire peut être déclenché par le défendeur, mais seulement *a posteriori*<sup>72</sup>. Ces décisions provisoires unilatérales sont celles qui requièrent un effet de surprise<sup>73</sup>. Voir dans leur caractère unilatéral une anomalie est donc une grave erreur. Ce qu'on appelle l'inversion du système décisionnel<sup>74</sup> est précisément ce sur quoi repose l'efficacité de ce type de décision provisoire<sup>75</sup>. Loin d'être un défaut, ce caractère initialement unilatéral est au contraire un subtil raffinement<sup>76</sup>. Une particularité de ces décisions provisoires indispensable à leur fonction. C'est pourquoi, en droit interne, le caractère immédiatement exécutoire des décisions provisoires unilatérales est une évidence. À défaut d'exécution immédiate, les décisions provisoires unilatérales perdraient tout leur intérêt.

47. Or, les raisons qui président à une inversion du système décisionnel en droit interne, en particulier la nécessité d'un effet de surprise, se retrouvent lorsque le litige a une dimension européenne. Par conséquent, priver les décisions provisoires unilatérales de la possibilité d'être reconnues et exécutées tant qu'elles n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire, comme le fait l'article 2(a) alinéa 2, revient à limiter gravement leur efficacité. *De lege ferenda*, pour préserver, hors du for, ce nécessaire effet de surprise, les décisions provisoires unilatérales doivent pouvoir y être exécutées *avant* d'avoir été signifiées ou notifiées au défendeur. La condition, posée à l'article 2(a) alinéa 2, qui impose le contraire, devrait donc être supprimée. Cette condition est d'autant moins justifiée qu'une garantie existe, même si elle n'est pas exercée. Par conséquent, c'est la possibilité offerte au défendeur de remettre en cause une décision en déclenchant un débat contradictoire qui devrait être déterminante, et non l'exercice effectif par le défendeur de cette possibilité<sup>77</sup>.

48. L'ensemble des décisions provisoires du juge du fond, qu'elles soient ou non unilatérales, devraient donc pouvoir déployer librement leurs effets dans les autres États membres. Est-ce à dire qu'une fois supprimée la condition malencontreuse issue de la jurisprudence *Denilauler-Hengst* et posée par l'article 2(a) alinéa 2, on pourrait se passer d'un juge d'appoint local, les décisions provisoires du juge du fond circulant parfaitement ? Pour répondre à cette question, il convient de nous interroger sur les modalités pratiques de la circulation des décisions provisoires.

49. Ces dernières visent en effet à faire face à une situation d'urgence. Par conséquent, lorsqu'elles sont

<sup>72</sup> V. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. n°192-193.

<sup>73</sup> Sur cet effet de surprise (« *Überraschungseffekt* »), v. not. : P. Schlosser, « Der Überraschungseffekt der Zwangsvollstreckung – national und international », *RIW*, 2002, pp. 809 et s. ; v. aussi G. Tarzia, E. Merlin et F. Danovi, « Rapport italien », Commission européenne, *Étude JAI A3/02/2002*, pp. 10-11.

<sup>74</sup> Cf. S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Dalloz, Paris, 2003, n° 1, p. 1. Voir également : H. Boularbah, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Larcier, Bruxelles, 2010.

<sup>75</sup> Cf. J.F. van Droogenbroeck, « Les compétences internationale et territoriale du juge du provisoire », in J. van Compernolle et G. Tarzia (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylants, 1998, p. 475-532, spéc. p. 492 : « Leur unilatéralité et l'effet de surprise qu'elle induit, constituent au demeurant leur avantage ». Voir également G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, n° 2, p. 449-462, spéc. p. 458 : « L'efficacité de la mesure sollicitée implique qu'elle soit prise à l'insu de celui contre qui elle sera exécutée ».

<sup>76</sup> V. décrivant à juste titre le provisoire comme un « raffinement de la technique juridique » : L. Lorvelec, « Remarques sur le provisoire en droit privé », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litac, Paris, 1983, pp. 385-404, spéc. p. 392.

<sup>77</sup> À cet égard, le texte proposé par la Commission le 14 décembre 2010 était plus satisfaisant. Son article 2 (a) prévoyait en effet qu' « aux fins du chapitre III, le terme « décision » (...) inclut également les mesures ordonnées sans que le défendeur soit cité à comparaître et qui sont destinées à être exécutées sans notification ou signification préalable à ce dernier si le défendeur a ensuite le droit de contester la mesure en vertu du droit de l'État membre d'origine ».

prononcées par le juge du fond, mais qu’elles ont vocation à être exécutées dans un autre État membre, elles ne doivent pas seulement pouvoir produire leurs effets hors du for. Elles doivent pouvoir le faire le plus vite possible. À défaut, un juge d’appoint, compétent pour les prononcer localement, pourrait rester indispensable. Il faut donc vérifier que les modalités pratiques de la circulation, hors du for, des décisions provisoires – ou de certaines d’entre elles – ne compromettent pas leur efficacité.

50. Contrairement à certaines décisions au fond, toutes les décisions provisoires nécessitent des actes d’exécution – spontanée ou forcée – et par conséquent, une certaine contrainte étatique<sup>78</sup>. Cette dernière est même renforcée en matière de décisions provisoires, puisqu’il y a « péril en la demeure »<sup>79</sup>. Cependant, cette contrainte étatique accrue ne s’exerce pas toujours de la même façon. À cet égard, on peut distinguer deux sous-catégories de décisions provisoires. Pour certaines d’entre elles, le renforcement de la contrainte étatique est manifeste, car elles ont vocation à être immédiatement exécutées par un officier public. Il s’agit des décisions qui ordonnent une mesure de type séquestre ou saisie conservatoire. Nous les avons appelées les décisions provisoires *per officium*. Par opposition à celles qui ont vocation à être exécutées par les parties, que nous avons appelées les décisions provisoires *per partes*<sup>80</sup>. Ces dernières doivent aussi être exécutées sans délai. Elles sont donc également caractérisées par une contrainte étatique renforcée, mais celle-ci s’exerce autrement. Les décisions provisoires *per partes* prennent en effet presque toujours la forme d’injonctions, prononcées sous la menace d’une sanction<sup>81</sup>.

51. Différente pour les décisions provisoires *per officium* et pour les décisions provisoires *per partes*, la façon dont la contrainte – renforcée – s’exerce aura des conséquences sur les modalités de la circulation internationale, et intra-européenne, de ces deux sous-catégories de décisions provisoires<sup>82</sup>. Celles que nous avons appelées *per partes*, qui sont en général des injonctions prononcées sous la menace d’une sanction, vont souvent, de ce fait, être exécutées par le défendeur, sans qu’il soit nécessaire de recourir aux voies d’exécution. Et ce, même si le défendeur est localisé hors du for. Les décisions provisoires *per partes* peuvent donc franchir les frontières sans rien perdre en efficacité. Elles sont, par nature « voyageuses ». En revanche, même si la circulation intra-européenne des décisions provisoires *per officium* est possible, ces dernières sont relativement « sédentaires ». Les décisions provisoires *per officium* se prêtent en effet moins bien à être prononcées par le juge d’un État membre, puis mises à exécution (par hypothèse par un officier public) dans un autre État membre. Avant la révision de 2012, c’était même impossible sans procédure d’*exequatur*. Or, celle-ci engendrait un retard incompatible avec l’urgence qui caractérise les décisions provisoires, ce qui rendait indispensable la compétence d’un juge d’appoint local pour prononcer les décisions provisoires *per officium*<sup>83</sup>.

52. Depuis l’entrée en vigueur du règlement Bruxelles I bis, une décision provisoire *per officium* prononcée par le juge du fond, localisé dans un État membre, peut tout à fait être mise à exécution, par un officier public, dans un autre État membre. Et ce, désormais, sans procédure d’*exequatur*. Dans ce nouveau

<sup>78</sup> Au regard de la classification entre, d’une part, les jugements *in rem* (qui contiennent l’attribution d’un droit réel ou de tout autre droit opposable *erga omnes* et qui s’auto-réalisent, sans que des actes d’exécution ne soient nécessaires) et, d’autre part, les jugements *in personam* (qui sont porteurs de droits relatifs et qui nécessitent des actes d’exécution, donc une certaine contrainte étatique), les décisions provisoires sont toutes *in personam*, v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. ch. 7. V. aussi M. Nioche, « L’incidence de la distinction *per officium* / *per partes* sur la circulation internationale des décisions provisoires », *International Journal of Procedural Law*, 2011, p. 231-264.

<sup>79</sup> V. *supra*, n°1 et note n°2.

<sup>80</sup> Le recours au couple d’expressions latines « *per officium* / *per partes* » permet d’exprimer, en peu de mots, la distinction que nous souhaitons mettre en relief : certaines décisions provisoires ont vocation à être exécutées par un officier public, tandis que d’autres sont en principe exécutées par les parties, sous la menace d’une sanction. La construction latine « *per + accusatif* » exprime une action menée « par l’intermédiaire de ». Cette construction évoque simultanément l’action d’exécution (qui caractérise l’ensemble des décisions provisoires puisque toutes sont des décisions *in personam*, v. note n°78) et l’agent qui la mène, en l’occurrence soit un officier public, soit les parties. Le fait que les expressions *per officium* / *per partes* ne soient pas des expressions consacrées en droit romain ne paraît pas être un inconvénient, mais plutôt un avantage. Aucun glissement de sens – ou contresens – n’est ainsi à craindre. D’un point de vue linguistique, l’expression « *per magistratum* » (« fonctionnaire public ») eût été judicieuse (à la place de « *per officium* ») si elle n’avait pas comporté un risque de confusion avec le deuxième sens du terme « *magistratum* » (« magistrat »). L’expression « *per officium* » (« fonction, devoir attaché à une charge ») sera peut-être jugée moins exacte par les latinistes, mais elle évite cette confusion et met l’accent sur le rôle officiel de l’intermédiaire (officier public) chargé de l’exécution de la décision.

<sup>81</sup> Sur cette distinction et ses conséquences sur les modalités de circulation des décisions provisoires, v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. ch. 8 et 9. V. aussi M. Nioche, « L’incidence de la distinction *per officium* / *per partes* sur la circulation internationale des décisions provisoires », v. *supra* note n°78.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> *Ibid.*

contexte, la compétence d'un juge d'appoint local pour statuer au provisoire est moins indispensable qu'autrefois. On pourrait donc se demander si l'article 35, cet article si problématique, ne devrait pas, à terme, tout bonnement être supprimé. Cette proposition, ô combien subversive, est encore prématurée, mais la compétence du juge d'appoint, devrait, à tout le moins, être plus strictement délimitée.

## 2°) *La compétence du juge d'appoint plus strictement délimitée*

53. La suppression de l'article 35 est prématurée car, en dépit de l'abolition de l'equatur, la mise en œuvre de la contrainte reste territoriale et spécifique à chaque État membre. Les décisions provisoires *per officium* restent donc plus rapidement mises à exécution – par hypothèse par un officier public – si elles sont prononcées par un juge d'appoint local, sur le fondement de l'article 35. Pour l'heure, il est donc plus prudent de maintenir la compétence dérogatoire d'un juge d'appoint local pour prononcer les décisions provisoires *per officium*.

54. En revanche, puisque la compétence du juge d'appoint est source de *forum shopping*, ainsi que de conflits de procédures et de décisions, elle ne devrait pas être inutilement étendue aux décisions provisoires *per partes*. Lesquelles circulent très bien lorsqu'elles sont prononcées par le juge du fond, c'est-à-dire par le juge internationalement compétent.

55. Par ailleurs – et pour les mêmes raisons – le juge d'appoint ne doit pouvoir prononcer que des décisions qui ont vocation à être exécutées sur son territoire. *De lege ferenda*, l'article 35, ou tout autre article consacré à la compétence du juge d'appoint, devrait le préciser. Par conséquent, les décisions provisoires du juge d'appoint ne devraient en principe pas produire d'effet hors du for. C'est ce que prévoit le règlement, depuis 2012<sup>84</sup>, au considérant 33 et à l'article 2 (a) alinéa 2, mais de façon très maladroite. Ce dernier article précise en effet que les « mesures provisoires ou conservatoires » ne sont des « décisions », susceptibles à ce titre de circuler en application du chapitre III, que si elles ont été prononcées par le juge du fond. On déduit donc de l'article 2 (a) alinéa 2 qu'*a contrario* les « mesures provisoires ou conservatoires » ordonnées par le juge d'appoint, ne sont pas des « décisions » au sens du règlement.

56. Pourtant, c'est illogique. Les décisions provisoires susceptibles d'être prononcées par le juge d'appoint sont, on l'a rappelé, un sous-ensemble de celles qui peuvent l'être par le juge du fond. Or, un sous-ensemble ne peut pas être d'une nature juridique différente de l'ensemble. C'est donc une très mauvaise façon de dire que les décisions provisoires du juge d'appoint ne doivent produire aucun effet hors du for.

57. *De lege ferenda* l'article 2 (a) doit reconnaître que les décisions provisoires sont toutes des « décisions » au sens du règlement. Le considérant 33 – et éventuellement un autre article – doit seulement continuer de préciser que les décisions provisoires prononcées par le juge d'appoint ne doivent en principe pas produire d'effet hors du for<sup>85</sup>.

\*  
\* \*

58. En conclusion, *de lege ferenda*, il faut faire un pas de côté. J'invite à décaler légèrement le regard porté sur la notion de « mesures provisoires et conservatoires », en la remplaçant par la catégorie « décisions provisoires », ce qui va permettre de clarifier et d'améliorer le régime juridique qui doit leur être appliqué dans le cadre du règlement.

<sup>84</sup> Sous l'empire du règlement n°44/2001, la Cour de justice avait au contraire jugé, dans l'arrêt *Mietz* (CJCE, 27 avr. 1999, *Hans Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, aff. C. 99/96, précitée), que les « mesures provisoires et conservatoires » ordonnées par le juge d'appoint pouvaient produire des effets hors du for, dans des limites peu claires, v. *supra* note n°58.

<sup>85</sup> Le droit positif fait de cette territorialité des « mesures provisoires et conservatoires » prononcées par le juge d'appoint une règle absolue. Sur la possibilité d'admettre, *de lege ferenda*, d'exceptionnelles entorses à l'absence d'effets, hors du for, des décisions provisoires prononcées par le juge d'appoint, v. M. Nioche, *La décision provisoire en droit international privé européen*, v. *supra* note n°3, spéc. n°460-461 ; M. Nioche, « Décision provisoire et autorité de chose jugée », *RCDIP*, avr.-juin 2012, p. 277-323.

59. Le juge du fond doit pouvoir prononcer toutes les décisions provisoires prévues par son droit interne et elles doivent toutes pouvoir être reconnues et exécutées hors du for, même celles qui ont été prononcées au terme d'une procédure unilatérale.

60. Au contraire, parce qu'elle est source de *forum shopping* et de conflits de procédures et de décisions, la compétence dérogatoire d'un juge d'appoint local devrait, *de lege ferenda*, être cantonnée aux décisions provisoires pour lesquelles il est réellement indispensable qu'elles soient prononcées localement. Il ne devrait donc pouvoir prononcer que les décisions provisoires *per officium* ayant vocation à être exécutées sur son territoire. Et ces dernières ne doivent en principe produire aucun effet hors du for<sup>86</sup>.

61. La redéfinition de la catégorie « décisions provisoires » permet, d'une part, de réhabiliter le juge du fond dans le rôle central qui lui revient comme juge du provisoire, ce qui implique aussi – et c'est un point essentiel – de lui consacrer un article spécifique<sup>87</sup>. Elle permet, d'autre part, de cesser d'appréhender le contentieux provisoire européen à travers la lorgnette de l'exception<sup>88</sup>, c'est-à-dire à travers le prisme de l'article 35, qui un jour pourrait même disparaître. Même si son heure ne paraît pas être encore venue.

---

<sup>86</sup> Voir *supra* note n°83.

<sup>87</sup> Consacrer un article spécifique à la compétence au provisoire du juge du fond, comme l'avait opportunément proposé la Commission en 2010 (voir *supra* note n°39), permettrait en effet d'éviter les confusions que nous avons dénoncées et de rendre beaucoup plus lisible le double régime applicable au provisoire (devant le juge du fond, d'une part ; devant le juge d'appoint, d'autre part).

<sup>88</sup> Sur le rapport principe-exception existant entre la compétence au provisoire du juge du fond et celle du juge d'appoint, en dépit de l'arrêt dit « Toto », v. *supra* notes n°62 et 63.