

Le principe de proximité et les règlements européens

Natalie Joubert

Professeure à l'Université de Bourgogne

Je souhaiterais tout d'abord adresser mes remerciements les plus sincères à Fabienne et Etienne pour l'organisation de ces journées et pour la confiance qu'ils m'ont accordée qui me donne l'opportunité de rendre hommage à Paul Lagarde.

Paul Lagarde est une figure scientifique majeure du droit international privé, cette évidence a été très largement évoquée par les autres participants, j'y reviendrai par le biais de ma présentation. Mais c'est surtout l'enseignant extraordinaire et le directeur de thèse proche et disponible, le meilleur qui soit, que j'aimerais évoquer et auquel je pense lorsque j'échange avec mes propres doctorants. Beaucoup de choses ont déjà été dites : les annotations précises et détaillées sur les pages de thèse, l'art de toujours faire mouche dans ses remarques et sa très grande humanité, sa bienveillance autant que sa pugnacité à faire avancer le travail d'écriture. A tous égards, Paul Lagarde aura été le directeur de thèse idéal et je voudrais ici lui exprimer mon immense reconnaissance.

Je suis heureuse de pouvoir dire aujourd'hui publiquement ma joie de faire partie de cette belle famille des enfants de Paul Lagarde. Merci Paul pour ton soutien constant tant dans les réussites que dans les épreuves professionnelles et personnelles que j'ai traversées !

Venons-en au sujet qu'il m'a été donné de traiter. Je remercie les organisateurs de me l'avoir confié même s'il m'a donné des sueurs froides car il est tellement évident que le principe de proximité est partout dans notre droit contemporain que cela en devient vertigineux. Mais il est bien sûr d'une richesse inépuisable qui en fait tout l'intérêt et Paul Lagarde l'avait bien pressenti lorsqu'il en a fait le thème de son cours général de 1986 à l'Académie de droit international de La Haye. Son nom est désormais indissociablement lié au principe de proximité¹.

Sans compter les très nombreuses contributions ultérieures sur le sujet ou autour de ce sujet, les *Mélanges* qui lui ont été dédiés en 2005 ne contiennent pas moins de trois contributions qui concernent ce principe. Tito Ballarino et Gian Paolo Romano y étudiaient le principe de proximité chez Paul Lagarde au regard des auteurs du passé et des développements récents. Ils mettaient en exergue le développement du principe de « proximité suffisante » et s'interrogeaient sur l'élargissement possible du domaine du principe depuis le Cours de La Haye². Marc Fallon étudiait le rôle du principe de proximité dans le droit de l'Union européenne notamment dans la détermination de l'applicabilité dans l'espace du droit primaire³. Catherine

¹ Paul Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé*, RCADI t. 196 (1986-I), p. 1-237

² Tito Ballarino et Gian Paolo Romano, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », *Droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, spéc. p. 37

³ Marc Fallon, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », *Droit international privé : esprit et méthodes*, op. cit. spéc. p. 241

Kessedjian confrontait le principe de proximité, 20 ans après le cours de La Haye, aux évolutions du droit et notamment au regard des actions de groupe et de l'émergence d'internet⁴.

Nous voici vingt ans plus tard et il n'est pas inutile en raison des nombreuses évolutions du droit international privé européen de revenir sur le succès du principe de proximité. L'objectif de cette communication est de découvrir, presque quarante ans après le cours à La Haye, si, dans quelle mesure et comment le principe de proximité irrigue les règlements européens en matière de droit international privé. Le principe est tellement riche et ses mises en œuvre ainsi que les hypothèses où il est méconnu ou malmené tellement nombreuses que cette communication n'en viendra pas à bout. Chacun a sans doute en tête plusieurs exemples et sera peut-être déçu de ne pas les retrouver ici. Nous essayerons d'en montrer les grandes lignes ou les plus actuelles.

Avant de pouvoir vérifier le succès du principe dans les règlements européens, il convient de bien rappeler et de préciser la définition et les contours de ce principe que Paul Lagarde présente comme la réponse européenne occidentale au défi américain.

Le cours de La Haye est limpide sur ce point et le principe y est exprimé de façon éclairante et brillante tout en étant d'une simplicité confondante. On retrouve dans le Cours les qualités saillantes de Paul Lagarde qui ont déjà été évoquées hier : la clarté, la pédagogie, la force de conviction. Plutôt qu'une construction abstraite, il s'entend à organiser l'existant, à lui donner une forme utile et une cohérence, à présenter de façon claire et limpide les questions les plus délicates. Le principe de proximité est donc défini ainsi : il s'agit du « rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un Etat avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit, enfin d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui l'a prise. »⁵

Ainsi, le principe de proximité tel qu'il est développé dans le cours permet de substituer à la démarche abstraite de Savigny une démarche plus concrète « fondée sur l'examen des différents éléments de la situation dans son ensemble ».⁶

Le principe de proximité repose sur un double postulat qui est présenté dès le début du cours :

- le droit international privé doit être appréhendé dans ses trois dimensions indissociables que sont le conflit de lois, la compétence judiciaire et l'effet des jugements ;

- le droit international privé est, dans ces trois dimensions, un droit de rattachement ce que Paul Lagarde déclare vrai dans la conception classique de la règle de conflit de lois et de la règle de compétence juridictionnelle directe ou indirecte, mais aussi lorsque la règle est unilatérale, lorsqu'il s'agit d'évincer tout critère spatial pour ne retenir que la *better law*, ou d'écarter la règle de conflit au profit d'une loi de police, de remplacer les droits étatiques par un ordre juridique transnational ou des règles matérielles de droit international. Dans tous les cas, il s'agit toujours de rattacher une situation à une règle qui va la régir.

⁴ C. Kessedjian, « Le principe de proximité vingt ans après », *Droit international privé : esprit et méthodes*, op. cit. spéc. p. 507

⁵ Cours de La Haye, spéc. n° 2

⁶ Cours de La Haye, spéc. n° 4

La question reste donc celle des fondements de ce rattachement.

Le principe de proximité apparaît comme l'un de ces fondements et Paul Lagarde insiste sur le fait qu'il ne s'agit en aucun cas du fondement unique de ce rattachement, même si on peut lui donner une portée de plus en plus générale. Il s'attache dès lors à examiner son articulation avec les autres fondements, lesquels peuvent être un peu différents selon qu'il est question du conflit de lois ou des conflits de juridictions et qui sont : le principe de souveraineté et le pouvoir physique (v. par exemple certaines compétences exclusives de l'article 24 du règlement Bruxelles I *bis*⁷), les préoccupations matérielles et notamment l'objectif de protection ou la finalité matérielle données à certaines règles (v. par exemple la protection des consommateurs dans les règlements Bruxelles I *bis* et Rome I, règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles), l'autonomie de la volonté et enfin le principe de proximité qui dans sa version juridictionnelle rejoint le principe de bonne administration de la justice. On verra que cette articulation nécessaire du principe de proximité avec d'autres fondements ou d'autres impératifs est aujourd'hui très présente dans les règlements européens.

Paul Lagarde a une approche très concrète et ancrée dans la réalité du principe de proximité ainsi qu'en témoigne la conclusion du Cours de La Haye : « « Le principe de proximité n'est certes pas plus proche de la vérité que ne l'est par exemple le principe de souveraineté. Mais, tout simplement, il est plus proche de la vie et c'est son titre de noblesse. Il porte avec lui une leçon de modestie en nous apprenant qu'aucune volonté politique, aucun juge, quelle que soit la pureté de ses intentions, ne peut prétendre longtemps régenter selon ses lois des rapports de vie qui sont hors de sa portée. »⁸

Dans son mode de fonctionnement, Paul Lagarde montre l'existence d'une double utilisation du principe de proximité en droit comparé et cela qu'il s'agisse du conflit de lois ou des conflits de juridictions (l'effet des jugements ayant une position un peu à part à cet égard) : le principe peut être utilisé comme critère direct de détermination de la compétence législative ou juridictionnelle. Il peut aussi être utilisé comme un correctif à un rattachement préétabli.

Dans le cours, Paul Lagarde démontre que le principe de proximité ne doit pas être envisagé de façon dogmatique. S'il explique un grand nombre de règles dont il constitue le fondement, il n'est pas le seul à être mis en œuvre et il doit aussi être utilisé de façon raisonnable et prévisible. C'est cette malléabilité et cette modestie qui a permis un tel succès du principe de proximité en droit européen. Ce succès est dû évidemment à la qualité du principe lui-même et à sa présentation limpide et convaincante dans le cours de La Haye.

Mais il est aussi dû au fait que ce principe est cohérent avec les objectifs et les impératifs du droit européen auxquels il donne toute leur ampleur (I). Pour autant, dans les règlements européens, le principe de proximité doit s'articuler, voire parfois céder la place à d'autres impératifs, exactement comme Paul Lagarde l'avait prédit dans son cours (II).

⁷ Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)

⁸ Cours de La Haye, spéc. n° 206

I – L'adéquation du principe de proximité avec les principes directeurs du droit européen

L'adéquation du principe de proximité avec les principes directeurs du droit européen explique la place majeure qu'il occupe dans les règlements européens de droit international privé. Elle assure également sa pérennité.

Pour connaître cette place, il faut préciser quels sont les principes directeurs et les objectifs fondateurs du droit européen et plus précisément des règles européennes de droit international privé afin de voir comment ces impératifs peuvent s'accorder avec le principe de proximité et lui faire une place. Les grands principes qui irriguent la construction européenne sont le principe de libre circulation, la reconnaissance mutuelle et la confiance mutuelle ainsi que la prévisibilité. Or il semble que le principe de proximité peut tout à fait trouver sa place dans cet ordonnancement, d'ailleurs il est souvent mis en avant comme un principe du droit européen.

Ces grands objectifs permettent d'expliquer comment, c'est-à-dire dans quelle mesure, le principe de proximité est accueilli dans les règlements européens.

Nous verrons successivement comment le principe de proximité apparaît en adéquation avec les deux objectifs de libre circulation (A) et de prévisibilité (B).

A. Le principe de proximité et l'objectif de libre circulation

Les textes européens, pas plus que la Cour de Justice, ne se réfèrent au « principe de proximité » (que l'on retrouve toutefois mentionné dans les conclusions des avocats généraux). Mais les règlements déclarent parfois avoir pour objectif la proximité, comme on peut le voir par exemple dans le considérant 20 du règlement Bruxelles II *ter*⁹. Il s'agit donc d'un objectif mis au service de la politique législative européenne.

De nombreuses manifestations du principe de proximité sont justifiées par l'objectif de libre circulation, objectif majeur du droit européen, qui se décline en deux sous objectifs : la libre circulation des jugements et la libre circulation des personnes.

Le principe de proximité permet tout d'abord d'assurer le principe de libre circulation des jugements. On en retrouve de nombreuses manifestations dans le droit positif qui découlent des objectifs fondateurs des règles européennes de compétence internationale qui sont inscrits dans le droit primaire : la libre circulation des décisions au sein de l'Union européenne (article 67 § 4 TFUE et article 81 par le truchement du principe de reconnaissance mutuelle) et l'accès à la justice (article 67 § 4 TFUE). Ces deux objectifs conduisent à fonder la compétence internationale sur la proximité et la prévisibilité.

⁹ Règlement n° 2019/1111 du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte)

L'objectif de libre circulation des jugements profite, tout d'abord, de la détermination de règles de compétence fondées sur un lien de proximité suffisant.

La suppression de principe des fors exorbitants permet ainsi d'assurer la libre circulation des décisions au sein de l'Espace judiciaire européen. L'existence de règles de compétence qui reposent sur une grande proximité et qui excluent les compétences exorbitantes (qui sont celles qui reposent sur des liens ténus et surtout non significatifs) permet de justifier l'élimination du contrôle de la compétence indirecte au stade de l'*exequatur* comme c'est le cas à l'heure actuelle en droit européen sauf exception.

Cette suppression du contrôle de la compétence indirecte repose sur l'idée que le principe de proximité est suffisamment pris en charge par le juge d'origine et par les règles de compétence puisque tous les règlements en matière de conflits de juridictions sont des règlements doubles comportant à la fois des règles de compétence et des règles de reconnaissance. Le principe de confiance mutuelle et de reconnaissance mutuelle implique donc l'absence de contrôle, sauf lorsqu'il réapparaît exceptionnellement en raison d'impératifs de protection (voir le motif de non reconnaissance tiré de la violation des chefs de compétence protecteurs des parties faibles prévu à l'article 45 § 1 sous e) i) du règlement Bruxelles I *bis*).

Un contre-exemple flagrant peut toutefois être mentionné du non-respect du principe de proximité dans ce cadre : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le jugement concerne un défendeur domicilié dans un Etat tiers et que la compétence du for européen d'origine, fondée sur le droit commun de cet Etat, se trouve être une compétence exorbitante.

Cet objectif de libre circulation des jugements est complété et donc renforcé, dans l'instance directe, par l'objectif d'accès à la justice qui conduit à n'élaborer que des règles de compétence fondées sur une proximité suffisante (voir par exemple le considérant 16 du règlement Bruxelles I *bis* : il précise que les fors qui complètent le for du domicile du défendeur sont autorisés en raison des liens étroits qu'ils présentent avec le litige ce qui garantit la sécurité juridique et la prévisibilité). L'existence de critères de compétence hiérarchisés dans des règles en cascade va également dans le sens de retenir à titre principal une compétence reposant sur des liens forts. De la même façon, en matière de régimes matrimoniaux¹⁰, par exemple, les compétences fondées sur les articles 4 (compétence du juge de la succession) et 5 (compétence du juge du divorce) du règlement sont prioritaires (v. article 6 *in limine*) sur les autres règles de compétences édictées par le texte, y compris celles reposant sur une clause attributive de compétence (article 7). Non seulement le législateur européen retient des critères de compétence reposant sur une proximité suffisante mais il prend (parfois) le soin d'indiquer leur hiérarchie relativement à cette exigence de proximité.

Le contre-exemple de cette affirmation se trouve évidemment dans l'article 3 du règlement Bruxelles II *bis/ter*. Ce dernier, toujours dans un objectif d'accès à la justice, propose des

¹⁰ Règlement (UE) n° 2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux

compétences concurrentes et non hiérarchisées (y compris lorsque le couple a des enfants mineurs à l'égard desquels la compétence est au contraire organisée pour diriger la demande vers un juge qui a des liens forts avec l'enfant). Ce manque de proximité suffisante dans certains cas, largement critiqué par la doctrine, est pointé du doigt par le droit européen lui-même. Ainsi, le règlement Régimes matrimoniaux du 24 juin 2016, dans son article 5.2, fait une différence entre les fors « forts » et les fors « faibles » de l'article 3 du règlement Bruxelles II *bis/ter*. Ces derniers ne sont en effet pas automatiquement compétents en matière de régimes matrimoniaux. Au contraire, lorsque le chef de compétence ne repose pas sur des critères suffisamment pertinents en termes de proximité, ils sont soumis à l'accord des époux afin de s'assurer que le for n'est pas *in concreto* exorbitant.

Le principe d'accès à la justice peut aussi conduire à retenir, de façon plus pertinente cette fois, des chefs de compétence qui reposent sur des liens plus ténus. La multiplication des fors de nécessité, déjà évoqués dans le cours de Paul Lagarde¹¹, en est un exemple. Ces fors sont présents dans les règlements récents dont le champ d'application n'est plus soumis à la présence du domicile ou de la résidence habituelle d'une des parties sur le territoire de l'Union européenne, à la différence du règlement Bruxelles I *bis* pour certaines de ses dispositions (v. article 11 du règlement Régimes matrimoniaux, article 11 du règlement Successions¹², article 7 du règlement Obligations alimentaires¹³...). L'existence de ces fors est rendue nécessaire par la suppression du droit commun qui découle du champ d'application des textes. Ces fors reposent sur une appréciation par le juge de sa propre compétence au cas par cas, dans une démarche *in concreto* semblable à celle proposée par Paul Lagarde. Les mêmes règlements mettent également en place des fors subsidiaires qui reposent sur des liens de rattachements moins proches que les chefs de compétence principaux (voir par exemple les article 9 et 10 du règlement Régimes matrimoniaux, l'article 10 du règlement Successions, l'article 6 du règlement Obligations alimentaires ...).

La limitation des hypothèses dans lesquelles le juge peut écarter sa compétence découle également de l'objectif d'accès à la justice. Afin de préserver le droit d'accès à la justice du demandeur, la technique du *forum non conveniens* est écartée par principe par la Cour de Justice¹⁴. Quelques exceptions sont néanmoins prévues mais elles restent soumises à des conditions strictes (v. article 15 du règlement Bruxelles II *bis* ; 12 et 13 du règlement Bruxelles II *ter* ; 6 a) du règlement Successions). Paul Lagarde avait également consacré des développements importants à ces questions dans son cours.

Le principe de proximité permet ensuite de conforter la libre circulation des personnes. En effet, la stabilité du statut personnel et familial est nécessaire pour que la personne ou la famille puisse circuler librement.

¹¹ Cours de La Haye, spéc. n° 133

¹² Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen

¹³ Règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires

¹⁴ CJCE, 1er mars 2005, *Owusu*, Aff. C-281/02

Cet objectif conduit à admettre l'utilisation de l'autonomie de la volonté¹⁵. Dans ce domaine, on retrouve dans les règlements européens ce que Paul Lagarde évoquait dans son cours : « Une première approche, traditionnelle, serait de subordonner la licéité de la clause attributive de juridiction à l'existence d'un lien de proximité entre le litige et le tribunal élu. »¹⁶ Si cette solution n'est pas suivie en droit commun dans les matières traditionnellement soumises au principe d'autonomie de la volonté (contrats internationaux et régimes matrimoniaux), ni en matière contractuelle en droit européen (v. par ex. l'article 25 du règlement Bruxelles I *bis*), elle est utilisée dans tous les instruments européens de droit de la famille (à l'exception notable du règlement Bruxelles II *ter* qui n'autorise pas les clauses attributives de juridiction). La solution s'est étendue aux clauses de choix de loi dans le droit européen. Les clauses attributives de juridiction ou les clauses de choix de lois qui sont admises reposent toujours sur une liste limitative prévue par le texte (voir par exemple les articles 5 du règlement Rome III¹⁷, 7 et 22 du règlement Régimes matrimoniaux, 4 du règlement Obligation alimentaires et 8 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires etc...).

Si dans une première approche proximité et autonomie de la volonté semblent opposées puisqu'il s'agit de deux fondements différents de la compétence juridictionnelle comme législative, Paul Lagarde montrait déjà dans son cours qu'il est possible de les accorder, qu'elles présentent en réalité des liens sérieux. D'abord le recours à l'autonomie de la volonté est ce qui permet de faire usage de la proximité sans nuire à la prévisibilité puisqu'elle autorise les parties à prévoir à l'avance la loi applicable ou le juge compétent et donc à écarter le jeu de la proximité, notamment lorsque cette dernière se présente sous la forme d'une clause d'exception.

Ensuite, dans les règlements européens il y a, d'une certaine manière, une véritable réconciliation entre proximité et autonomie de la volonté que l'on trouve dans l'exemple du droit de la famille. L'autonomie de la volonté permet la circulation des situations et des personnes en laissant aux parties le soin de choisir la loi ou la juridiction la plus adaptée pour elles de façon concrète. Mais cette loi ou cette juridiction répond par avance à un impératif de proximité puisqu'elle doit être choisie dans une liste préétablie. A l'inverse, et de façon paradoxale, le fait d'avoir utilisé la proximité pour modeler l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire pour en limiter l'étendue, a aussi sans doute permis de la développer (sous forme d'*optio juris* notamment pour le choix de loi) de façon considérable en matière familiale, puisqu'elle est présente dans tous les règlements en matière de loi applicable ou de compétence juridictionnelle à l'exception déjà mentionnée de la compétence juridictionnelle en matière de désunion.

L'exclusion généralisée de la technique du renvoi dans les règlements européens peut également être comprise (entre autres) comme un renforcement du principe de proximité. En effet, si on envisage la détermination de la loi applicable en termes de proximité, la règle de conflit de loi permet de désigner la loi la plus proche, soigneusement choisie en raison de ses liens très étroits avec la situation. L'admission du renvoi conduit à accepter que cette loi

¹⁵ V. C. Kohler, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes*, RCADI t. 359 (2012), p. 398 et s.

¹⁶ Cours de La Haye, spéc. n° 134.

¹⁷ Règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

désignée renvoie vers une autre loi qui n'est, par hypothèse, pas celle des liens les plus étroits. Envisagée de ce point de vue, l'exclusion du renvoi conduit donc à consolider le principe de proximité. En droit européen, le renvoi n'est admis, ainsi que cela a déjà été évoqué hier, qu'en matière successorale et uniquement lorsqu'il permet de renforcer l'harmonie internationale des solutions. Cette possibilité avait déjà été évoquée par Paul Lagarde dans la négociation de la convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort (v. article 4)¹⁸. Elle a été reprise dans l'article 34 du règlement européen sur les successions.

Enfin, la tendance à l'alignement du *forum* et du *jus* a conduit à deux évolutions notables qui touchent de près le principe de proximité.

On peut tout d'abord s'interroger sur l'émergence d'un nouvel avatar du principe de proximité : la « proximité suffisante », mis en lumière par Tito Ballarino et Gian Paolo Romano¹⁹. Cette approche de la proximité comprise comme des liens suffisamment étroits qui ne sont pas « les liens les plus étroits » constitue le principe en matière de compétence comme le montre Paul Lagarde dans son cours²⁰. Il est légitime de s'interroger sur l'existence d'un glissement vers cette modalité y compris en matière de conflit de lois. Les hypothèses d'application de la *lex fori* se sont développées dans le droit européen que ce soit en matière de successions internationales²¹, d'insolvabilité²² ou, par extension car la matière n'est pas régie par un règlement mais par une convention de La Haye²³, de protection des enfants²⁴. Ainsi, les critères suffisants pour déterminer la compétence juridictionnelle (qui sont donc des liens suffisamment étroits mais pas les plus étroits) seront suffisants pour déterminer la loi applicable, laquelle ne sera donc pas nécessairement celle des liens les plus étroits.

A l'inverse, l'exemple de l'article 6 sous a) du règlement Successions est intéressant en ce qu'il crée un *forum legis* sous forme de déclinatoire de compétence facultatif lorsque le *de cuius* a choisi la loi applicable à sa succession. Dans un tel cas, les juridictions saisies peuvent décliner leur compétence à la demande d'une partie lorsqu'elles considèrent que les juridictions de l'Etat membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession. Cette décision repose sur une appréciation des circonstances de fait telles que la résidence habituelle des parties et la localisation des biens successoraux. Le fonctionnement est assez similaire à celui du faisceau d'indices : le juge le mieux placé est celui qui cumule plusieurs liens : le choix de la loi de son ordre juridique ne suffit pas et doit coïncider avec d'autres liens comme la résidence

¹⁸ V. la contribution d'Estelle Gallant aux présentes *Journées*.

¹⁹ Préc.

²⁰ Cours de La Haye, spéc. n° 123 et s.

²¹ v. le considérant 27 qui précise que « Les dispositions du présent règlement sont conçues pour assurer que l'autorité chargée de la succession en vienne, dans la plupart des cas, à appliquer son droit national. Le présent règlement prévoit dès lors une série de mécanismes qui entreraient en action dans les cas où le défunt avait choisi pour régir sa succession le droit d'un État membre dont il était un ressortissant ».

²² V. les articles 7 et 35 du règlement 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

²³ V. l'article 15 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Le règlement Bruxelles II ter reprend les règles de compétence de la convention.

²⁴ La loi désignée par la convention est par principe celle de la résidence habituelle de l'enfant qui est le critère de compétence principal du règlement Bruxelles II ter dans son article 7.

habituelle ou la situation des biens. Ici les liens forts qui justifient l'application d'une loi donnée rejaillissent sur la compétence juridictionnelle, mais des liens supplémentaires sont exigés afin de conduire à la compétence de la juridiction des liens les plus étroits. La solution se retrouve dans l'article 7 des règlements Régimes matrimoniaux et EPPE²⁵ qui limitent l'élection de for aux juridictions dont la loi est applicable (auxquelles s'ajoutent celles de l'État membre dans lequel le mariage a été célébré).

B. Le principe de proximité et l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique

L'adéquation du principe de proximité avec l'objectif de prévisibilité peut d'emblée paraître impossible. En tant qu'outil permettant la détermination *in concreto* de la loi ou du juge compétent le principe de proximité comporte en soi une dose importante voire majeure d'insécurité juridique. Pourtant cette objection est nuancée par Paul Lagarde lui-même dans son cours²⁶. Il est possible de limiter l'imprévisibilité du mécanisme par différents moyens.

Le grief d'imprévisibilité qui est adressé à la méthode américaine de la *proper law* peut être atténué à propos du principe de proximité soit par son intervention exceptionnelle (notamment sous la forme d'une clause d'exception) soit, quand il est utilisé pour créer la règle de conflit, en prévoyant d'emblée les liens requis. Il n'y a pas ou peu de recherche au cas par cas de la loi des liens les plus étroits (même si cela peut apparaître çà et là mais souvent de façon résiduelle : par exemple dans l'article 4.4 du règlement Rome I).

Le principe de proximité peut donc tout à fait s'adapter à l'objectif de prévisibilité même s'il est *a priori* source d'imprévisibilité.

Paul Lagarde a tracé les contours d'un principe de proximité qui resterait prévisible et le droit européen semble emprunter le chemin proposé : il met en place un certain nombre de règles fondées sur la recherche d'une proximité (loi la plus proche ou simplement proche, juge des liens étroits) tout en prévoyant des garde fous. On peut en citer plusieurs exemples :

- Le mécanisme du transfert de compétence dans le règlement Bruxelles II *ter* est encadré dans l'article 13 qui prévoit une liste limitative des liens particuliers de l'enfant avec un autre Etat membre que celui de sa résidence habituelle.
- La clause d'exception (très largement répandue²⁷) est systématiquement limitée par l'utilisation de l'adverbe « manifestement »
- En matière délictuelle plusieurs règles vont en ce sens :
 - o L'affinement de la règle de conflit de lois par la spécialisation des règles dans le règlement Rome II²⁸ qui permet une désignation de la loi applicable la plus proche possible du type de litige en cause au lieu d'un seul rattachement général

²⁵ Règlement (UE) 2016/1104 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

²⁶ V. par ex. Cours de La Haye, spéc. n° 109 et s.

²⁷ V. évidemment le règlement Rome I, mais également le règlement Successions par exemple

²⁸ Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

- pour toute la catégorie mais qui s'accompagne d'une liste de liens fixés à l'avance
- La création de règles comme celle de l'article 4.2 du règlement Rome II qui reposent sur un groupement de points de contacts (résidence habituelle de la victime cumulée à celle du responsable)
 - L'affinement de la règle de compétence et l'utilisation de la méthode de la focalisation en matière de cyberdélits dans certains cas. Cette méthode est fondée sur un groupement de points de contacts qui vont sans doute au-delà des contacts seulement territoriaux et qui constitue une très bonne façon d'appliquer de façon moderne le principe de proximité en l'adaptant aux spécificités d'internet (même si en matière de compétence délictuelle il reste beaucoup d'imprévisibilité qui découle de la jurisprudence de la Cour de Justice notamment lorsqu'elle retient le critère de l'accessibilité du site)
- Dans l'article 26.3 des règlements sur les régimes patrimoniaux des couples²⁹, le mécanisme d'exception à la loi de la première résidence habituelle fondé sur une proximité plus grande avec la loi de la dernière résidence habituelle est encadré et soumis au juge afin d'assurer sa prévisibilité pour les parties (à la différence de la proximité qui était mise en œuvre dans l'article 7 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux dont le caractère automatique conduit à la rendre particulièrement imprévisible). La solution retenue par les règlements rejoint ce que Paul Lagarde écrivait déjà dans son cours : « lorsqu'il opère sur des situations s'étalant sur une longue période de temps, le principe de proximité peut entraîner un changement du rattachement s'il apparaît à un moment donné au cours de cette période que le pays avec lequel la situation a les liens les plus étroits n'est plus le même qu'au début de cette période. »³⁰
- L'article 26.2 du règlement Régimes matrimoniaux retient également une solution novatrice et qui vise à renforcer la prévisibilité. Dans l'hypothèse en effet où les époux ont plus d'une nationalité commune, la règle de l'article 26.1 qui en fait un critère de rattachement est purement et simplement écartée. Le règlement rejette ainsi la possibilité de compléter le critère de la nationalité commune par d'autres éléments renforçant une proximité (comme dans la théorie de la nationalité effective). Le caractère imprévisible d'une telle solution qui serait soumise à l'interprétation des juges nationaux a conduit à ne pas retenir cette solution et à écarter purement et simplement le critère de la nationalité.

Même si l'approche souple du principe de proximité dans sa fonction d'élaboration comme de correction de la règle pouvait ne pas paraître *a priori* s'accorder avec les principes directeurs du droit européen on voit que l'utilisation bien encadrée est possible ainsi que l'avait professé Paul Lagarde dans son cours.

II – La capacité d'adaptation du principe de proximité à d'autres impératifs

²⁹ Règlements n°2016/1103 « régimes matrimoniaux » et n°2016/1104 « EPPE »

³⁰ Cours de La Haye, spéc. n° 27

Il convient maintenant de montrer que le principe de proximité doit parfois se mettre en retrait en raison d'impératifs supérieurs que le droit européen soutient. Cette mise en retrait ne signifie pas toutefois que le principe perd toute utilité. Au contraire il peut être combiné avec ces autres impératifs qu'il permet parfois de soutenir et de concrétiser.

Paul Lagarde l'indiquait déjà dans son cours de 1986 : le principe de proximité n'est pas l'alpha et l'oméga du droit international privé contemporain et les autres fondements des rattachements sont souvent maintenus. Il faut dès lors constater comment ils peuvent cohabiter avec le principe de proximité. C'est notamment le cas de l'objectif de protection de certaines parties (A). D'autres objectifs matériels du droit européen peuvent également conduire à atténuer l'incidence du principe de proximité (B).

A. La protection de certaines parties

L'objectif de protection des parties faibles constitue un principe concurrent du principe de proximité. Il peut à l'occasion conduire à des solutions qui sont contraires à ses enseignements : ainsi la protection de la partie faible (consommateur ou créancier d'aliment) justifie le recours au *forum actoris* qui pourtant est largement considéré comme une compétence exorbitante, c'est-à-dire une compétence qui n'est pas fondée sur des liens suffisamment forts ou pertinents. A priori, proximité et protection semblent donc s'exclure mutuellement.

Pourtant la protection peut aussi se combiner avec la proximité. Plusieurs exemples peuvent en témoigner.

En matière de protection des consommateurs, la loi de la résidence habituelle du consommateur est réputée être la loi la plus proche donc la plus protectrice. La proximité permet de présumer du caractère protecteur de cette loi quand bien même une autre loi pourrait être plus protectrice (elle empêche même d'invoquer cette autre loi, le cas échéant : v. CJUE 14 sept. 2023, aff. C-821/21, *NM c/ Club la Costa*). L'objectif de protection explique également la limitation de l'autonomie de la volonté en la matière afin de maintenir la protection du droit de la résidence habituelle qui est le plus proche. D'une certaine manière ici, la proximité et la protection sont parfaitement imbriquées.

Une certaine exigence de proximité se retrouve également dans la définition du champ d'application des dispositions protectrices du consommateur qu'il s'agisse de la loi applicable ou de la compétence juridictionnelle (article 6 du règlement Rome I et article 17 du règlement Bruxelles I *bis*). On sait que ces dispositions supposent pour s'appliquer que le professionnel ait exercé son activité ou dirigée celle-ci, par tous moyens, vers le pays du consommateur. Par cette activité exercée ou dirigée, le professionnel crée une proximité avec l'ordre juridique du consommateur et c'est bien cette proximité qui va justifier l'application des dispositions protectrices, notamment en assurant les conditions d'une prévisibilité suffisante pour lui de la compétence juridictionnelle et législative. A nouveau, le principe de proximité permet d'affiner le principe de protection en le rendant adéquat avec d'autres objectifs du droit européen comme ici la prévisibilité.

Parfois, la proximité, au sens de rattachement le plus étroit, doit être atténuée. C'est le cas dans l'article 4 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires auquel l'article 15 du règlement européen sur les obligations alimentaires³¹ renvoie. Dans le rattachement en cascade prévu par l'article 4 paragraphe 2, en effet, toutes les lois n'ont pas le même degré de proximité avec la situation et sa mise en œuvre conduira parfois à appliquer une loi qui n'est pas la plus proche de la situation dans le but d'allouer des aliments au créancier privilégié car particulièrement vulnérable. La protection se combine ici à la proximité (qui a présidé au choix préalable des différents rattachements) mais elle prévaut *in fine* sur cette dernière, si dans le cas concret de l'espèce la loi la plus proche ne permet pas le résultat souhaité.

B. La recherche d'objectifs matériels

Plusieurs autres objectifs matériels peuvent sembler entrer en contradiction avec le principe de proximité.

Parfois, comme dans l'exemple du droit au divorce le principe de proximité est mis à mal. Cet objectif matériel (que l'on retrouve également dans l'option de législation proposée par l'article 5 du règlement Rome III ainsi quand dans la clause d'ordre public de l'article 10) a conduit à la création puis au maintien, malgré les critiques, de l'article 3 du règlement Bruxelles II *ter* qui, quoique fondé sur des rattachements présentant un certain lien étroit avec la situation, repose plus certainement sur l'objectif de sécuriser le droit au divorce que sur la proximité. Les chefs de compétence retenus n'ont pas tous la même valeur au regard du principe de proximité et leur absence de hiérarchisation est critiquable (d'autant qu'une hiérarchisation n'empêcherait sans doute pas la mise en œuvre du droit au divorce).

Dans d'autres hypothèses, et comme pour les règles fondées à titre principal sur la protection, le principe de proximité peut également servir de soutien à des objectifs matériels.

On peut prendre l'exemple de l'intérêt supérieur de l'enfant qui irrigue toute la matière de la protection de l'enfant. Le considérant 19 du règlement Bruxelles II *ter* précise que les règles de compétence en matière de protection de l'enfant sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et devraient être appliquées dans le respect de cet intérêt. Le considérant 20 ajoute d'emblée que pour sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant la compétence devrait en premier lieu être déterminée en fonction du critère de proximité. Cette proximité est représentée à titre principal par la résidence habituelle de l'enfant (article 7 du règlement – ancien article 8 du règlement Bruxelles II *bis*) et elle est donc considérée par le règlement comme susceptible en tant que telle de protéger l'intérêt de l'enfant. Proximité et protection se réunissent ainsi dans le même critère : la juridiction la plus proche est la plus à même de protéger l'enfant.

³¹ Règlement (CE) n° 4/2009 DU Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires

En revanche lorsque la compétence ne repose pas sur ce critère principal de la résidence habituelle, et notamment en cas de choix de la juridiction, le lien étroit entre l'enfant et le for exigé par l'article 10 doit être corroboré par la vérification par le juge que l'exercice de sa compétence est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit bien là de l'utilisation d'une proximité concrète (la recherche d'un lien étroit) assortie de la vérification de la réalisation d'un intérêt particulier (celui de l'enfant) qui permettra de confirmer que le critère de proximité retenu est pertinent.

Enfin, le fameux transfert de compétence constitue une mise en œuvre éclatante du principe de proximité : il s'agit de remplacer la proximité définie de façon abstraite dans l'article 7 (fondé sur la résidence habituelle de l'enfant) par une proximité plus concrète établie au cas par cas et reposant sur le constat que le juge de la résidence habituelle, présumé le plus proche, ne l'est pas dans le cas d'espèce et qu'un autre juge présente un lien particulier avec l'enfant qui sera plus pertinent car plus proche, c'est-à-dire « mieux placée pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant » (article 13 § 1), les deux objectifs, proximité et intérêt de l'enfant se rejoignent alors et se confortent mutuellement.

D'autres hypothèses d'une articulation entre des critères reposant sur la proximité et la réalisation d'un objectif matériel pourraient être développés si le temps le permettait. On pense aux règles relatives à la validité formelle des actes (notamment dans les règlements Successions et Rome I) qui combinent des rattachements reposant sur une certaine proximité plus ou moins grande au caractère alternatif de la règle de conflit qui permet de désigner non pas la loi la plus proche, mais parmi des lois suffisamment proches, celle qui permettra d'assurer la validité formelle de l'acte. On pense également à la règle de l'article 7 du règlement Rome II dont le caractère également alternatif permet non pas de choisir la loi la plus proche mais d'arbitrer entre deux lois également proches en fonction d'un impératif matériel qui est la protection de l'environnement.

On constate au terme de cette étude nécessairement superficielle, et sans doute décevante à certains égards tant il y a d'exemples qui n'ont pu être traités, que l'utilisation du principe de proximité, dans sa forme la plus pure, ne peut pas être généralisée ce qui correspond tout à fait exactement à ce qui avait été préconisé par Paul Lagarde il y a presque 40 ans. Ce principe n'est pas le seul qui peut justifier le rattachement en droit international privé et il doit s'articuler ou parfois laisser la place à d'autres fondements. Sa nature potentiellement imprévisible liée à sa grande souplesse (dans sa version originale) est porteuse d'une insécurité juridique qui doit être canalisée notamment parce que la prévisibilité est un principe cardinal du droit européen ainsi que la Cour de Justice l'a rappelé à maintes reprises.

Tout comme celui qui l'a mis en lumière et lui a donné une cohérence, le principe de proximité fait preuve d'une grande modestie et est capable d'adaptation, loin de tout dogmatisme. En conclusion et dans l'esprit de ces *Journées en l'honneur de Paul Lagarde*, on peut constater que finalement presque tout ce qui était prévu dans le cours professé à La Haye en 1986, toutes les manifestations du principe de proximité et leurs limites, se retrouvent dans la législation

européenne de droit international privé et montrent l'influence majeure de Paul Lagarde sur le droit international privé de l'Union européenne.