



**AVIS DE M. STRAUDO,
PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêt n° 704 du 5 novembre 2025 (FB) – Première chambre civile

Pourvoi n° 24-10.781

Décision attaquée : 13 septembre 2023 de la cour d'appel de Paris

La société HDI Versicherung AG

C/

La société Banque populaire Alsace Lorraine Champagne

1- Exposé des faits et de la procédure

Selon l'arrêt attaqué la Banque Populaire Alsace Lorraine Champagne (ci-après dénommée BPALC) a consenti un prêt à la SCI Tara (Ci-après dénommée la SCI) pour l'acquisition d'un immeuble situé en Allemagne et versé la somme de 89.944,92 euros sur le compte de Maître [G], notaire allemand chargé de la réalisation de l'opération (ci-après dénommé le notaire).

La SCI ayant cessé ses remboursements, la BPALC a découvert au cours de l'année 2005 que l'immeuble n'avait finalement pas été vendu et que le notaire avait viré les fonds séquestrés sur un compte ouvert par cette société auprès de la Banque Populaire de [Localité 1], plutôt que de les restituer.

Par jugement du tribunal de Francfort-sur-le-Main en Allemagne du 16 octobre 2007, confirmé par arrêt de la cour d'appel de la même ville du 18 juin 2008, le notaire a été condamné à payer à la BPALC la somme de 89.944,92 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait d'un manquement à son obligation de vigilance.

Le notaire a alors sollicité la garantie de la société anonyme de droit allemand HDI Gerling Firmen und Privat Versicherung AG (ci-après dénommée HDI) en sa qualité d'assureur responsabilité civile professionnelle.

Par jugement définitif en date du 17 septembre 2008, le tribunal de Cologne a jugé que la société HDI ne devait pas sa garantie dès lors que le notaire avait manqué sciemment à ses obligations et que les dommages causés intentionnellement étaient exclus de la garantie contractuelle. La BPALC n'était pas partie à cette instance.

Fin 2008, la société HDI a néanmoins réglé la somme de 89.944,92 euros à la BPALC en application de la loi fédérale allemande relative aux notaires (Bundesnotarverordnung désignée ci-après BNotO) faisant obligation à l'assureur responsabilité civile de prendre en charge provisoirement les dommages causés par le notaire, même intentionnellement, dans la limite de son droit de recours contre celui-ci. Elle a demandé à la BPLC de la subroger dans ses droits.

La société HDI a par la suite poursuivi la chambre des notaires et ses assureurs, pour obtenir le montant versé à la BPALC.

Par arrêt du 14 mars 2012, sur renvoi de cassation, la cour d'appel de Francfort-sur-le-Main a rejeté la demande en garantie formée par la société HDI contre la chambre des notaires de [Localité 2] et son assureur la société Euler Hermes Kreditversicherung AG (ci-après Euler Hermes), aux motifs d'une part que le dommage causé à la BPALC avait été déclaré après l'expiration du délai de forclusion de 4 ans prévu par le contrat d'assurance souscrit par la chambre des notaires auprès de la société Euler Hermes et d'autre part qu'elle ne prouvait pas que la BPALC était fautive dans le dépassement du délai de forclusion.

Le 12 mars 2015 la société HDI a fait assigner la BPALC devant le tribunal de grande instance de Metz, principalement en restitution de la somme de 89.944,92 euros sur le fondement de l'enrichissement sans cause de l'article 812 du code civil allemand, qui permet au solvens d'obtenir restitution d'une somme dont la cause juridique du versement initial a disparu.

Elle soutenait que le versement effectué entre les mains de la banque avait perdu sa cause depuis l'arrêt du 14 mars 2012 l'ayant privée de tout recours contre l'assureur couvrant les fautes intentionnelles.

Par jugement rendu le 27 mars 2018, elle a été déboutée de ses demandes et condamnée payer à la BPALC la somme de 5.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Par arrêt rendu le 30 juin 2020, la cour d'appel de Metz a confirmé ce jugement en ce qu'il avait déclaré la société HDI recevable en ses demandes, l'a infirmé pour le surplus et statuant à nouveau a condamné la BPALC à payer à la société HDI la somme de 89.944,92 euros avec intérêts au taux égal au taux d'intérêt de base publié par la Deutsche Bundesbank majoré de 9 points à compter du 12 mars 2015.

Le 9 février 2022 la première chambre civile de la Cour de cassation a cassé cet arrêt en toutes ses dispositions au visa de l'article 10 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)

Le 13 septembre 2023 la cour d'appel de Paris, désignée cour de renvoi, a confirmé le jugement du tribunal de Metz en ses dispositions relatives à la condamnation de la société HDI aux frais irrépétibles et aux dépens, l'a infirmé pour le surplus, et statuant de nouveau sur les chefs infirmés et y ajoutant, a :

- Dit le droit français applicable au présent litige ;
- Dit l'action introduite par la société HDI irrecevable car prescrite ;
- Condamné la société HDI aux paiements d'une somme de 5.000 euros au titre l'article 700 du code de procédure civile en sus des entiers dépens ;
- Débouté les parties de toutes autres demandes.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi qui invoque deux moyens de cassation.

2 - Exposé des moyens

Premier moyen

La société HDI fait grief à l'arrêt de dire le droit français applicable au litige:

1°- Alors qu'en vertu de l'article 10 paragraphe 3 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), « si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, la loi applicable est celle du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit » ; que, cependant, un enrichissement en un lieu donné, n'exprime rien, de soi, de la cause juridique, existante ou non, des sommes perçues qui l'ont provoqué ; que

l'absence de cause de cet enrichissement, en revanche, résulte exclusivement du caractère indu du versement, que ne fondait aucune obligation correspondante ; qu'il s'ensuit que le pays dans lequel l'enrichissement sans cause est « produit », c'est-à-dire causé, est celui dans lequel ce versement a été indûment opéré ; qu'en jugeant dès lors que « les conditions d'application de ce paragraphe (3) se trouvent réunies puisque l'enrichissement de la BPACL revendiqué par HDI s'est produit au lieu de perception de la somme versée par HDI, c'est-à-dire au siège de la BPALC, en France. Il en résulte que c'est donc le droit français qui doit s'appliquer » (arrêt, p. 10, § 6), la cour a violé l'article 10 paragraphe 3 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), par fausse application ;

2°- Alors qu'en vertu de l'article 10 paragraphe 3 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), « si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, la loi applicable est celle du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit » ; qu'en jugeant que les conditions de ce paragraphe 3 étaient réunies, au motif que l'enrichissement « s'est produit au lieu de perception de la somme versée par HDI (...) en France », sans justifier en rien que ce critère de perception dût être retenu, à l'exclusion de celui de versement, la cour a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

3°- Alors, en toute hypothèse, qu'en vertu de l'article de l'article 10 paragraphe 4 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), « s'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1, 2 et 3, la loi de cet autre pays s'applique. » ; que la cour, sur ce point, a jugé que « c'est en la personne de celui qui s'est enrichi, donc de l'accipiens, que doit s'apprécier la proximité du litige avec une loi nationale autre que celle désignée applicable en vertu des paragraphes 1 à 3. Le paragraphe 4 vise en effet l'enrichissement et non l'appauvrissement. S'il entendait que soient pris en compte les points de contact en la personne du solvens, alors le texte aurait également visé l'appauvrissement. C'est donc en la personne de la BPALC que doit s'apprécier la proximité du litige avec une loi nationale, et qu'il faut examiner l'existence de liens manifestement plus étroits avec l'Allemagne qu'avec la France » (arrêt, p. 10 in fine) ; que, cependant, tout désignait en l'espèce l'application de la loi allemande au regard de ce critère : elle gouverne la police d'assurance liant la société HDI au notaire en Allemagne, elle a obligé la société HDI à payer la Banque Populaire les sommes litigieuses, et c'est au regard d'elle qu'il a été jugé que le sinistre n'avait pas été déclaré régulièrement par la Banque Populaire, faisant rétroactivement disparaître la cause du versement qui lui a été effectué par la société HDI ; qu'en jugeant pourtant, au regard du texte susvisé, que la loi française était applicable, la cour l'a violé.

A tout le moins, la société HDI demande que la question préjudicielle suivante soit posée à la Cour de justice de l'Union européenne :

« L'article 10 paragraphe 3 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 dispose que "Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, la loi applicable est celle du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit. Cette disposition vise-t-elle, en faisant référence au pays où l'enrichissement sans cause « s'est produit », le pays où le versement a été effectué, ou bien le pays où le versement a été perçu ? »

Second moyen

La société HDI fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir, ajoutant aux chefs infirmés, dit que son action était irrecevable parce que prescrite :

1°- Alors que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'en matière de répétition ou de restitution d'un indu, le point de départ de ce délai court, non pas du jour du paiement indu, mais du jour où le titulaire de l'action a connu les faits pertinents, c'est-à-dire le caractère indu du paiement effectué ; qu'en l'espèce, ainsi que l'exposante l'avait rappelé dans ses écritures (concl., pp. 20-25), si, selon la loi allemande, la société HDI, assureur du notaire fautif, a dû procéder à un versement provisoire à la Banque Populaire, cette obligation de prise en charge provisoire était suspendue à la possibilité pour la société HDI de recourir contre la chambre des notaires et son assureur, en l'occurrence la société Euler Hermes ; que, dès lors, l'absence de cause du paiement effectué, pour la société HDI, ne résultait pas du caractère intentionnellement fautif des agissements du notaire, judiciairement reconnu, ni de son échec à recourir contre son assureur, du fait du caractère intentionnel de sa faute, mais exclusivement du fait que, à cause du dépassement par la Banque Populaire du délai de forclusion dans la déclaration du sinistre, le recours de la société HDI à l'encontre de la chambre des notaires et de son assureur était devenu impossible, cette circonstance vidant le versement provisoire effectué de toute raison d'être ; que cette impossibilité n'a été constatée que par un arrêt rendu le 14 mars 2012 par la cour d'appel de Francfort-sur-le-Main, de sorte que le délai de prescription n'avait pu courir qu'à partir de cette date ; que, pour retenir comme point de départ de ce délai le 3 mars 2009, et déclarer prescrite l'action de la société HDI au 12 mars 2015, la cour a jugé que, selon le jugement du 19 janvier 2010 du tribunal de Francfort-sur-le-Main, le tribunal de Cologne avait rejeté, le 17 septembre 2008, l'action du notaire en garantie contre la société HDI, son assureur, et que ce jugement avait été exécutoire le 3 mars 2009, de sorte que la société HDI était informée depuis lors que la question de savoir si la faute du notaire était intentionnelle ou non

était judiciairement tranchée (arrêt, p. 12, § 2) ; qu'elle a également retenu que l'arrêt du 14 mars 2012 portait sur le délai de déclaration du dommage, tandis que le jugement du 17 septembre 2008 portait sur la faute du notaire (p. 12, § 3) ; qu'il résultait cependant de ces motifs que la décision devenue exécutoire le 3 mars 2009, exclusivement relative à la gravité de la faute du notaire et à son recours en garantie contre son assureur, était étrangère à la question du caractère indu ou non du versement effectué provisoirement par la société HDI entre les mains de la Banque Populaire ; qu'en se déterminant dès lors ainsi, la cour n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article 2224 du code civil ;

2°- Alors que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'en matière de répétition ou de restitution d'un indu, le point de départ de ce délai court, non pas du jour du paiement indu, mais du jour où le titulaire de l'action a connu les faits pertinents, c'est-à-dire le caractère indu du paiement effectué ; que, pour juger que l'action de la société HDI introduite le 12 mars 2015 était prescrite, la cour a retenu que, par un jugement du 17 septembre 2008, devenu exécutoire le 3 mars 2009, il avait été jugé que la faute du notaire était intentionnelle et qu'il ne pouvait dès lors agir en garantie contre son assurance, en sorte que cette dernière date marquait le point de départ du délai de prescription ; que, cependant, la société HDI avait été tenue de verser provisoirement la somme litigieuse à la Banque Populaire indépendamment de la qualification de la faute et de ses conséquences, seul comptant le fait qu'elle puisse recouvrer les sommes versées auprès de la chambre des notaires et de son assureur ; que l'échec de ce recours subrogatoire, à cause du manquement de la Banque Populaire à déclarer le sinistre dans les délais, n'a été constaté que par l'arrêt du 14 mars 2012 – lequel par voie de conséquence, était le véritable point de départ du délai de prescription de l'action de la société HDI contre la Banque Populaire ; qu'en se déterminant dès lors de la sorte, par motifs inopérants, la cour a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2224 du code civil.

3 - Identification des points de droit soulevés

Le premier moyen pose en réalité deux questions :

- La formule « *Le lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit* » au sens de l'article 10 paragraphe 3 du règlement Rome II doit-elle être interprétée comme désignant le lieu de perception de la somme par l'accipiens ou le lieu du paiement effectué par le solvens ?

- La mise en oeuvre de la clause d'exception de l'article 10, paragraphe 4, du règlement Rome II et la recherche des liens les plus étroits doit-elle être effectuée exclusivement par rapport à la personne qui a reçu le paiement ?

Le second moyen pose la question du point de départ du délai de prescription au regard des dispositions de l'article 2224 du code civil, les deux branches reprochant sur ce point à la cour d'appel de l'avoir fixé de manière erronée au 3 mars 2009.

4 - Discussion sur les textes applicables, les références de jurisprudence et la doctrine sur les points de droit faisant difficulté à juger

Mes développements se limiteront aux points de droit soulevés dans le premier moyen, et plus particulièrement la question du droit applicable au litige opposant la société HDI et la BPAL (droit allemand ou droit français), renvoyant sur la question du point de départ de la prescription au rapport de Mme la conseillère Sabine Corneloup.

L'article 10 du règlement dit « Rome II » dispose :

1- Lorsqu'une obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause, y compris un paiement indu, se rattache à une relation existante entre les parties, telle qu'une obligation découlant d'un contrat ou d'un fait dommageable présentant un lien étroit avec cet enrichissement sans cause, la loi applicable est celle qui régit cette relation.

2- Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 et que les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait donnant lieu à l'enrichissement sans cause survient, la loi applicable est celle de ce pays.

3- Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, la loi applicable est celle du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit.

4- S'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1, 2 et 3, la loi de cet autre pays s'applique.

Cet article semble ainsi instaurer, sauf accords autorisés par l'article 14 du même règlement, un mécanisme « en cascade » prévoyant, dans l'ordre :

- la loi de la relation existante ;
- la loi du domicile commun des parties ;

- la loi du lieu de réalisation du quasi-contrat.

Il prévoit en outre une clause d'exception permettant de s'écarter de ces règles s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays.

En premier lieu et comme le souligne le rapport, le règlement Rome II n'apporte pas de réponse directe à la question de savoir si la formule du paragraphe 3 (« le lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit ») désigne le lieu où le versement a été indûment opéré, c'est-à-dire le lieu de l'appauvrissement du solvens, ou le lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit, c'est à dire le lieu de perception de la somme par l'accipiens.

Cette question ne semble pas avoir été tranchée par la Cour de justice.

Pour sa part la doctrine reste divisée sur ce point, et notamment sur les conséquences de « l'éparpillement des éléments constitutifs du quasi-contrat » que sont distinctement et corrélativement l'appauvrissement et l'enrichissement.

Enfin se pose la question de la mise en oeuvre de la clause d'exception susceptible d'écarter le critère de rattachement de principe.

Je me réfère sur ces points au contenu du rapport de Mme la conseillère Sabine Corneloup qui dresse un état particulièrement détaillé des textes, de la jurisprudence et de la doctrine.

Je voudrais simplement citer Hélène Chanteloup (JurisClasseur Droit international - Fasc. 553-4 : Sources extra-contractuelles des obligations – Quasi-contrats) qui me paraît avoir synthétisé les positions en présence.

Elle relève notamment :

« Fondés sur le principe selon lequel "Nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui", le paiement de l'indu et l'enrichissement sans cause sont soumis par la doctrine dominante à la loi du lieu où s'est produit l'enrichissement injustifié. À n'en pas douter, le critère de l'enrichissement présente d'immenses avantages. Il est, tout d'abord, un élément prépondérant de l'action de in rem verso puisque le succès de cette action est subordonné à l'existence d'un enrichissement final. Il est également plus facile à localiser que l'appauvrissement lorsqu'il présente une consistance matérielle, ce qui est souvent le cas (V. G. Lécier, art. préc., n° 19, p. 181).

Mais, les difficultés de mise en oeuvre de ce critère surgissent dans les hypothèses de paiement indu dématérialisé ou lorsque l'enrichissement résulte de la réalisation d'une économie. Comment, par exemple, localiser l'enrichissement de celui qui n'a pas eu à payer sa dette ? Désireux de sauvegarder le principe de sélection du critère de l'enrichissement, certains

auteurs ont proposé, dans ces cas, de localiser l'enrichissement au lieu où se situe le patrimoine de l'enrichi (Arminjon, op. cit., n° 118 bis). Dès lors que le critère de l'enrichissement semble fragile, un autre pourrait être proposé qui est celui de l'appauvrissement.

Contre-pied du précédent, l'appauvrissement présente l'avantage d'être lui aussi une condition indispensable au succès de l'action de in rem verso et de l'action en répétition de l'indu puisqu'il constitue l'intérêt à agir de l'appauvri et du solvens. Il pourrait, en outre, constituer dans le domaine quasi contractuel le prolongement de la loi du lieu de réalisation du dommage adoptée en matière délictuelle, et illustrer la fonction d'indemnisation et de protection des règles quasi contractuelles (Peu d'auteurs ont défendu l'adoption du critère de l'appauvrissement pour l'ensemble des quasi-contrats, V. tout de même : C. Auby et C. Rau, Cours de droit civil français, mise à jour par E.A. Bartin, 6e éd. 1860. - Cohen, Quasi-contract and the Conflict of laws, 1956, 31, Los Angeles Bar. Bull. p. 71. - Certains auteurs en réservent l'application au seul paiement de l'indu, P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, op. cit., n° 356).

Mais, à l'instar du critère de l'enrichissement, celui de l'appauvrissement est de localisation délicate puisqu'il est un élément négatif et qu'il peut s'avérer effectivement périlleux de localiser le déploiement d'une activité et la diminution du patrimoine. Pour contourner l'obstacle, la doctrine a parfois envisagé de situer l'appauvrissement au lieu où se situe le patrimoine de l'appauvri et, notamment, au lieu de son domicile (Aubry et Rau, Droit civil français, Les obligations, t. IX par Bartin, 1917, n° 578).

Reste alors à envisager la sélection d'un troisième critère privilégié, celui du fait générateur. Plusieurs raisons abondent en sa faveur. Tout d'abord, le fait générateur de l'enrichissement sans cause ou du paiement de l'indu est un élément aisément localisable puisqu'il consiste en l'usage d'un bien, la réalisation de travaux, une collaboration ou encore en la remise d'une chose ou d'une somme d'argent.

Ordinairement, il s'agit de faits matériels plus faciles à situer que l'enrichissement ou l'appauvrissement qui sont des données économiques. En outre, l'adoption de ce critère permettrait de résoudre simplement le cas de pluri-localisation le plus fréquent qui résulte de l'éparpillement dans plusieurs pays de l'appauvrissement et de l'enrichissement.

Ces deux conséquences patrimoniales constituant les deux facettes d'une même réalité économique, aucune d'elles ne saurait légitimement prévaloir sur l'autre.

L'adoption du fait générateur permettrait de donner la priorité à un élément tiers dont l'éparpillement est plus rare, et qui coïncidera sans doute avec l'une des conséquences patrimoniales. Enfin, l'adoption du critère du fait générateur

aboutit à retenir pour l'enrichissement sans cause et le paiement de l'indu une solution conflictuelle identique à celle proposée pour la gestion d'affaires et confirme, s'il en était besoin, la nature de faits juridiques de ces trois institutions quasi contractuelles.

A l'étranger, on peut recenser quelques législations ayant opté pour la sélection du fait générateur (Ord. algérienne, 26 sept. 1975, art. 20. - Code des transactions civiles des Émirats Arabes Unis, art. 20. - C. civ. jordanien, art. 22. - C. civ. du Yémen du Sud, art. 34. - L. tunisienne, 27 nov. 1998, art. 76. - L. vénézuélienne, 6 août 1998, art. 33. - L. allemande, 31 mai 1999, art. 33, [sect] 2, pour les seules prétentions pour cause d'enrichissement résultant d'une atteinte à un intérêt protégé). D'autres législations étrangères ont, à l'inverse, choisi de soumettre les actions fondées sur l'enrichissement sans cause à la loi du lieu où s'est réalisé l'enrichissement (L. suisse, 18 déc. 1987, art. 128, [sect] 2. - L. du Liechtenstein, 19 sept. 1996, art. 50. - L. allemande, 31 mai 1999, art. 33, [sect] 3, pour les prétentions pour cause d'enrichissement ne résultant pas d'une atteinte à un intérêt protégé)."

C'est à l'aune de l'ensemble de ces éléments que devront être examinées les deux branches du premier moyen.

S'agissant de la mise en oeuvre de la clause d'exception il convient à mon avis de se référer aux objectifs poursuivis par le règlement Rome II, et notamment au considérant 14 qui énonce :

« L'exigence de sécurité juridique et la nécessité de rendre la justice en fonction de cas individuels sont des éléments essentiels d'un espace de justice. Le présent règlement prévoit que les facteurs de rattachement les plus appropriés permettent d'atteindre ces objectifs. Par conséquent, le présent règlement prévoit une règle générale et des règles spécifiques ainsi que, pour certaines dispositions, une «clause dérogatoire» qui permet de s'écarter de ces règles s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays. Cet ensemble de règles crée donc un cadre flexible de règles de conflit de lois. Dans le même temps, la juridiction saisie est à même de traiter les cas individuels de manière appropriée ».

La Cour de justice a eu l'occasion dans le cadre de l'interprétation de la convention de Rome de se prononcer sur l'application des clauses d'exception en présence de critères de rattachement (CJCE, 6 octobre 2009, ICF, aff. C-133/08 / CJUE, 23 octobre 2014, Haeger & Schmidt, aff. C-305/13 / CJUE, 12 septembre 2013, Schlecker, aff. C-64/12).

Elle semble ainsi avoir dégagé le principe selon lequel le juge doit, dans un premier temps, déterminer la loi applicable selon le critère de rattachement prévu par la règle de conflit, et ensuite, et seulement s'il apparaît clairement que le

rapport de droit présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, appliquer la loi de cet autre pays.

Comme le souligne le rapport notre Cour a été amenée, à plusieurs reprises dans les arrêts cités, à se prononcer en ce sens, allant même jusqu'à retenir que le juge devait en premier lieu établir le défaut de pertinence du critère de rattachement de principe pour faire application d'une clause d'exception.

C'est à l'aune de ces éléments que devra être examinée la troisième branche du premier moyen.

5 - Examen des moyens.

Mes développements se limiteront aux points de droit soulevés dans les trois branches du premier moyen, renvoyant au rapport de Madame la conseillère Sabine Corneloup sur la question de la prescription dont je partage l'analyse sur le rejet du second moyen.

Pour rappel le mémoire ampliatif soutient en premier lieu qu'en jugeant que l'enrichissement sans cause s'était produit au lieu de perception de la somme par la banque, la cour d'appel aurait violé l'article 10, paragraphe 3.

Il fait également valoir qu'en tout état de cause seul le paragraphe 4 de ce règlement était applicable dans la mesure où le litige présentait des liens manifestement plus étroits avec l'Allemagne que la France.

A titre liminaire les parties n'entendent pas contester l'application au litige qui les oppose de l'article 10 du règlement (CE) n° 864/2007 dit Rome II malgré l'interprétation *ratione temporis* retenue par la Cour de justice dans son arrêt *Deo Antoine Homawoo contre GMF Assurances SA* (C.412/10, 17 novembre 2011).

Le 9 février 2022 notre chambre a par ailleurs jugé que la banque, qui s'était fondée devant la cour d'appel de Metz sur cet article, n'était pas recevable à soutenir un moyen contraire devant la Cour de cassation, et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris au visa de ce texte.

Enfin la Cour de justice a dit pour droit « *que le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande* » (C-430/93 et C-431/93., 14 décembre 1995- *Jeroen van*

Schijndel et Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, et entre Johannes Nicolaas Cornelis van Veen et Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten).

Il apparaît ainsi qu'aucune contestation n'est élevée à l'encontre de l'application du texte précité.

Dans le cadre du précédent pourvoi ayant donné lieu à la désignation de la cour d'appel de Paris l'avocat général Sassoust, qui contestait l'application ratione temporis de ce texte, avait précisé « *Si votre Chambre ne partageait pas mon point de vue, une question préjudicielle pourrait être posée à la Cour de justice de l'Union européenne, s'agissant de la définition de l'enrichissement sans cause au sens du Règlement Rome II* ».

Sa position, qui me paraît toujours d'actualité, permettrait en effet de clarifier l'interprétation du paragraphe 3 de l'article 10 de ce règlement (« le lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit » désigne-t-il le lieu où le versement a été indûment opéré, c'est-à-dire le lieu de l'appauvrissement du solvens, ou le lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit, c'est à dire le lieu de perception de la somme par l'accipiens.).

J'incline en conséquence à la saisine de la Cour de justice d'une question préjudicielle sur ce point.

Il me semble utile dans cette hypothèse que soit également posée la question de l'interprétation à donner au paragraphe 4 de cet article à l'aune de sa jurisprudence rendue dans le cadre de la Convention de Rome sur l'application des clauses d'exception en présence des critères de rattachement propres à l'enrichissement sans cause.

Si vous ne me suiviez pas dans cette voie je me permets de vous soumettre un avis sur le fond.

La théorie de l'enrichissement sans cause trouve son origine dans le principe de droit romain qui voulait que nul ne s'enrichisse injustement aux dépens d'autrui.

Les codifications modernes ont toutes adopté la terminologie d'enrichissement qualifié selon les Etats « sans cause », « injustifié », « illégitime » ou « injuste » et non celle d'appauvrissement.

Elles répondent en réalité à un principe d'équité partagé permettant ainsi de garantir qu'aucun enrichissement ne puisse être admis sans qu'il soit justifié.

Parmi les conditions de mise en oeuvre de ces actions la première généralement retenue par ces législations est avant tout celle de l'enrichissement :

Comme le relevait dans ses conclusions l'avocat général Henrik Saugmandsgaard dans l'affaire Hrvatske Sume (CJUE- C 242/20 9 décembre 2021- points 27 à 31) :

« A ma connaissance, tous les systèmes de droits nationaux des États membres connaissent, sous une forme ou sous une autre, l'institution juridique de l'enrichissement sans cause (également appelé enrichissement « injuste », « injustifié » ou encore « illégitime »). En vertu de cette institution, une personne qui reçoit un enrichissement injustifié au détriment d'une autre est obligée de le restituer à cette dernière. Il est généralement considéré que ladite institution constitue l'expression du principe d'équité selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

Les contours de cette même institution varient d'un État membre à l'autre. En particulier, certains droits nationaux, tels que les droits hongrois et polonais, contiennent une notion englobante d'enrichissement sans cause, à laquelle correspond une unique action, historiquement appelée « de in rem verso ». D'autres droits nationaux, dont les droits danois, espagnol, français ou encore autrichien, déclinent cette institution en différentes variantes et actions correspondantes, la répétition de l'indu (condictio indebiti) y étant notamment distinguée des autres formes d'enrichissement sans cause. En outre, la catégorie juridique à laquelle cette institution et ses éventuelles variantes sont rattachées diffère. Par exemple, en droit français, l'enrichissement sans cause (et le paiement de l'indu) relèvent des « quasi-contrats », notion par ailleurs inconnue d'autres ordres juridiques, tels que le droit allemand, tandis qu'en Common law, ladite institution appartient à une branche récente du droit, désignée comme law of restitution.

Cela étant, ces subtilités ne sont pas déterminantes aux fins de l'application des règles de droit international privé de l'Union. En particulier, il ne me semble pas nécessaire de distinguer le paiement de l'indu de l'enrichissement sans cause, la seconde notion, comprise dans son sens large, englobant la première. En outre, la classification exacte de cette dernière institution dans le droit national de chaque État membre n'importe pas tant que le fait qu'elle relève généralement d'une catégorie sui generis, ne se rattachant notamment ni au droit des contrats ni aux règles applicables à la responsabilité civile.

En effet, dans les systèmes de droits nationaux des États membres, l'enrichissement sans cause constitue une source autonome d'obligation. Plus précisément, la réception d'un tel enrichissement donne naissance à une obligation de restitution. L'enrichi est obligé de restituer à l'appauvri l'avantage patrimonial (ou, le cas échéant, l'équivalent monétaire de cet avantage) dont le premier a bénéficié injustement au détriment du second. La loi s'efforce ainsi de remédier à une situation inéquitable en imposant le rétablissement du statu quo ante. Le demandeur se prévaut de cette obligation dans le cadre d'une action en

enrichissement sans cause. Je parlerai donc, dans la suite des présentes conclusions, par commodité, d'action(s) ou de demande(s) en restitution fondée(s) sur l'enrichissement sans cause.

Dans ces différents droits nationaux, l'exercice d'une telle action présuppose, en règle générale, la réunion de quatre conditions, à savoir 1) l'enrichissement du défendeur, 2) l'appauvrissement du demandeur, 3) l'existence d'une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement, ainsi que 4) l'absence d'une « cause » (en d'autres termes, d'un fondement juridique) les justifiant ».

Par ailleurs ainsi que le souligne le rapport le Parlement avait proposé, dans le cadre de travaux préparatoires à l'adoption du règlement Rome, II la rédaction suivante de l'article 10 paragraphe 3 :

« Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 et 2, la loi applicable est la loi du pays où s'est essentiellement produit le fait générateur de l'enrichissement sans cause, quel que soit le pays où a eu lieu l'enrichissement. de substituer au critère subsidiaire du "lieu de l'enrichissement sans cause" celui du "lieu où s'est essentiellement produit le fait générateur de l'enrichissement sans cause, quel que soit le pays où a eu lieu l'enrichissement ».

Ces modifications n'ont finalement pas été retenues, le Conseil dans sa position commune du 25 septembre 2006, ayant préféré revenir à la formulation initiale du « lieu de l'enrichissement », rejetant de fait les notions de « lieu du fait générateur » ou de lieu « de l'appauvrissement ».

Une approche exégétique du paragraphe 3 de l'article 10 me paraît ainsi devoir être privilégiée.

Je partage en outre l'analyse de M. Sánchez-Lorenzo venant au soutien du mémoire en défense selon laquelle :

« La solution spécifique contenue dans l'article 10, paragraphe 3, du règlement Rome II écarte, comme loi applicable, la lex damni envisagée à l'article 4, paragraphe 1, en faveur de la loi où se produit l'enrichissement sans cause, et non l'appauvrissement ou le préjudice patrimonial du demandeur. Cette option met en évidence une qualification réelle plutôt que contractuelle : dans le cas de l'enrichissement sans cause, l'absence de titre ou de relation juridique préexistante transforme les attentes réelles des parties en un problème de conservation, de transmission ou d'acquisition originale (et non dérivée) d'une expectative, d'un bénéfice ou d'un droit réel ou patrimonial, qui doit être résolu par la loi du lieu où se trouvent les biens une fois qu'ils ont été transférés, c'est-à-dire le lieu de l'enrichissement » (Clunet, no 4, octobre-novembre-décembre 2022, chronique 8, no 31)».

En effet la notion d'enrichissement sans cause ne relève ni du contrat, ni du délit, et présente une forme de nature réelle de telle sorte qu'il convient d'appliquer la loi du lieu vers lequel le bien ou la valeur ont été finalement indûment transférés.

En l'état de ces éléments j'incline, si la Cour de Justice n'était pas saisie, au rejet des deux premières branches du premier moyen.

S'agissant de la troisième branche du premier moyen j'incline également dans cette hypothèse au rejet du pourvoi dans la mesure où l'arrêt me semble avoir parfaitement appliqué le principe selon lequel le juge doit, dans un premier temps, déterminer la loi applicable selon le critère de rattachement prévu par la règle de conflit, et ensuite, et seulement s'il apparaît clairement que le rapport de droit présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, appliquer la loi de cet autre pays.

Dans sa motivation la cour d'appel a ainsi retenu :

« Cependant la banque fait valoir à juste titre qu'il ressort de la lecture du paragraphe 4 de l'article 10 du règlement Rome II que c'est en la personne de celui qui s'est enrichi, donc de l'accipiens, que doit s'apprécier la proximité du litige avec une loi nationale autre que celle désignée applicable en vertu des paragraphes 1 à 3. Le paragraphe 4 vise en effet l'enrichissement, et non l'appauvrissement. S'il entendait que soient pris en compte les points de contact en la personne du solvens, alors le texte aurait également visé l'appauvrissement. C'est donc en la personne de la BPALC que doit s'apprécier la proximité du litige avec une loi nationale, et qu'il faut examiner l'existence de liens manifestement plus étroits avec l'Allemagne qu'avec la France.

Or, un seul des points de contact invoqués par HDI concerne la banque, ' en l'occurrence) l'action en responsabilité exercée par la BPALC contre le notaire devant les juridictions allemandes sur le fondement du droit allemand. Les autres points de contact relevés ne concernent qu'HDI.

En la personne de BPALC, accipiens, le litige présente des liens manifestement plus étroits avec la France : banque française, contrat de prêt français, emprunteuse française, remboursement du prêt qui devait s'effectuer en France, perception de l'indemnité faite en France.

Le principe de proximité ne doit être mis en oeuvre en vertu de l'article 10 paragraphe 4 que si, appliqués aux faits de l'espèce, les rattachements des trois premiers paragraphes présentent un caractère fortuit et artificiel, et qu'une des lois nationales en conflit présente avec évidence des liens plus étroits avec le litige.

Or, le critère de rattachement du paragraphe 3 ne présente pas un simple lien fortuit avec le litige, puisqu'il conduit à l'application de la loi du pays de l'enrichissement ; or, c'est bien l'enrichissement de BPALC qui est l'objet du présent litige.

Aucune des deux lois en concurrence (allemande et française) ne présente des liens manifestement plus étroits que l'autre avec le litige. Le paragraphe 4, que la doctrine qualifie de « clause échappatoire », ne saurait s'appliquer en l'espèce, faute de loi nationale présentant avec le litige des liens manifestement plus étroits que l'autre loi. L'application de la clause d'exception du paragraphe 4 étant exclue, c'est bien la loi française qui doit s'appliquer sur le fondement du paragraphe 3 du règlement. »

Cette motivation me paraît ainsi conforme au principe guidant l'application des clauses d'exception.