



RAPPORT DE Mme CORNELOUP, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 704 du 5 novembre 2025 (F-B) – 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

Rapport comprenant proposition de rejet non spécialement motivé du second moyen.

1 - Rappel des faits et de la procédure

La Banque Populaire Alsace Lorraine Champagne (la banque) a consenti un prêt à la SCI Tara 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 (le notaire).

La SCI Tara ayant cessé ses remboursements, la banque, à l'occasion d'une procédure de saisie immobilière, a découvert durant 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 la SCI Tara à la Banque Populaire de [Localité 1], plutôt que de les restituer à la banque.

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 banque la somme de 89.944,92 euros de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait d'un manquement à son obligation de vigilance.

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

Par jugement 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 banque n'était pas partie à cette instance.

Fin 2008, la société HDI a néanmoins réglé la somme de 89.944,92 euros à la banque par application de l'article 19 a de la loi fédérale allemande relative aux notaires (Bundesnotarverordnung, 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 le notaire, la chambre des notaires et l'assureur couvrant les dommages causés intentionnellement par le notaire. Elle a demandé à la banque de la subroger dans ses droits.

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

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 (Euler Hermes), aux motifs que le dommage causé à la banque 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 qu'elle ne prouvait pas que la banque était fautive dans le dépassement du délai de forclusion.

Le 12 mars 2015, la société HDI a assigné la banque 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.

Le 27 mars 2018, le tribunal a déclaré la société HDI mal fondée en ses demandes et l'a déboutée de l'intégralité de ses demandes.

Le 30 juin 2020, la cour d'appel a notamment :

- confirmé le jugement du 27 mars 2018 du tribunal de grande instance de Metz en ce qu'il a déclaré la société HDI recevable en ses demandes ;

- l'a infirmé pour le surplus et statuant à nouveau,

- condamné la SA 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 l'arrêt en toutes ses dispositions ([pourvoi n° 20-19.625](#)) :

« Vu 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 ») :

9. Ce texte 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. »

10. Pour dire, sur le fondement de l'article 10, paragraphe 1, la loi allemande applicable à l'action en répétition de l'indu engagée par la société HDI contre la banque, l'arrêt, après avoir énoncé que la première a versé une somme à la seconde en exécution de dispositions qui imposent à l'assureur de responsabilité civile professionnelle d'un notaire d'indemniser la victime des agissements volontaires de son assuré, nonobstant l'exclusion de garantie stipulée par le contrat d'assurance, avant d'agir, en tant que subrogé dans les droits de la victime, contre la chambre des notaires et l'assureur auprès duquel celle-ci a souscrit une assurance couvrant les manquements volontaires de ses membres, retient que le versement litigieux a eu lieu en raison des relations existant entre HDI et le notaire et du fait dommageable subi par la banque, que le contrat conclu par HDI avec le notaire était soumis au droit allemand et que le paiement a eu lieu en application des dispositions impératives de ce droit.

11. En statuant ainsi, alors que la relation existante entre les parties à l'obligation extra-contractuelle ne pouvait résulter d'un contrat conclu par l'une d'elles avec un tiers, ni de l'exécution par elle des obligations qu'attachait à ce contrat la loi qui lui était applicable, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Le 13 septembre 2023, la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation, a notamment :

1. Infirmé le jugement, sauf en ce qui concerne la condamnation de la société HDI aux dépens et au paiement de l'article 700 du code de procédure civile alloué à la BPALC en première instance ;

Statuant sur les chefs infirmés et y ajoutant,

2. Dit le droit français applicable au présent litige ;
3. Dit l'action introduite par la société HDI irrecevable car prescrite.

C'est l'arrêt attaqué par pourvoi, qui comprend deux moyens.

2 - Analyse succincte des moyens

Premier moyen

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

« 1°/ 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 », 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°/ 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°/ 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 » ; 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. »

Second moyen

La société HDI Versicherung fait grief à l'arrêt de dire, ajoutant aux chefs infirmés, que l'action introduite par la société HDI était irrecevable parce que prescrite, alors :

« 1°/ 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 ; 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 ; 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°/ 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 - Proposition de rejet non spécialement motivé

En application de l'article 1014 du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le second moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation, pour les raisons suivantes :

Le *second moyen, pris en ses deux branches*, postule que le caractère indu du paiement résultait exclusivement du fait que, à cause du dépassement du délai de forclusion dans la déclaration du sinistre, le recours de la société HDI contre la chambre des notaires et son assureur était devenu impossible. Sur le fondement de ce postulat, il situe le point de départ du délai de prescription de l'action de la société HDI au 14 mars 2012, date à laquelle celle-ci a eu connaissance de cette impossibilité.

Le moyen n'est pas fondé.

Le délai de prescription de l'article 2224 du code civil court à compter de la date à laquelle le titulaire de l'action (en l'espèce, le *solvens*) a connu, ou aurait dû connaître, le caractère indu du paiement effectué (Ass. plén., 17 mai 2023, pourvoi n° 20-20.559, à propos d'un trop-perçu de prestations de vieillesse et d'invalidité provoqué par une fraude ou une fausse déclaration : le délai court à compter de sa découverte).

Ce principe n'est pas litigieux entre les parties.

En l'espèce, le paiement a été effectué par la société HDI sur le fondement de l'article 19 a de la loi fédérale allemande relative aux notaires (BNotO).

Selon une jurisprudence constante, s'il incombe au juge français qui applique une loi étrangère de rechercher et de justifier la solution qu'il donne au litige par le droit positif de l'Etat concerné, l'application qu'il fait de ce droit étranger, qu'elle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe, sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de cassation (v. par ex., 1^{re} Civ., 13 janvier 1993, Coucke, n° 91-14.415 ; 1^{re} Civ., 3 juin 2003, pourvoi n° 01-00.859, Bull. civ 2003, I, n° 133).

Par conséquent, sauf dénaturation, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'interprétation de la loi étrangère (v. par ex., 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 1997, Africatour, n° 95-15.262 ; 1^{re} Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-14.934, Bull. 2008, I, n° 235 ; 1^{re} Civ. 1^{re}, 27 février 2013, n° 12-15.128).

Aucune dénaturation de la loi allemande n'est alléguée, le second moyen reprochant à la cour d'appel une violation et un manque de base légale au regard du seul article 2224 du code civil français.

Or, en l'espèce, en présence d'une obligation d'indemnisation provisoire incombant à l'assureur de responsabilité, la date à laquelle le titulaire de l'action a eu, ou aurait dû avoir, connaissance du caractère indu de son paiement suppose que soit déterminée, au préalable et en vertu du droit allemand, la date à laquelle il s'est avéré que le versement n'avait pas de cause, puisque au moment où il avait eu lieu, il semblait trouver sa cause dans cette obligation de prise en charge provisoire.

Dans la mesure où la cour d'appel a jugé que « la société HDI, assureur professionnel en droit allemand, était informée au plus tard le 3 mars 2009 que la question de savoir si le notaire avait agi de manière intentionnelle ou non était définitivement tranchée par les tribunaux allemands à cette date », cela signifie qu'elle a considéré que le

caractère indu du versement litigieux résultait du caractère intentionnel de la faute commise par le notaire.

L'analyse est confirmée par la suite de l'arrêt, qui précise que « le litige entre HDI, assureur de responsabilité, et Euler Hermes, assureur de l'abus de confiance, réglé par l'arrêt du 14 mars 2012, portait sur le délai de déclaration du dommage, et non sur la nature intentionnelle de la faute du notaire. »

La cour d'appel a donc interprété le droit allemand en ce sens que le paiement s'est avéré indu avec l'établissement d'une faute intentionnelle du notaire.

Comme l'existence d'une faute intentionnelle a été établie avec force de chose jugée par les tribunaux allemands le 3 mars 2009, la cour d'appel en a déduit, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve débattus devant elle, que c'était au plus tard le 3 mars 2009 que la société HDI avait été informée des faits pertinents. Elle a dès lors fixé le point de départ du délai de prescription de l'article 2224 à cette même date, pour conclure que l'action de la société HDI était prescrite.

Sous le couvert de griefs de violation de la loi (pour ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses constatations) et de manque de base légale au regard de l'article 2224 du code civil français, le pourvoi conteste, en réalité, la date à laquelle le paiement s'est avéré indu. Il soutient, en effet, que l'absence de cause du paiement effectué ne résultait pas du caractère intentionnellement fautif des agissements du notaire, mais exclusivement du fait que, à cause du dépassement, par la banque, du délai de forclusion pour déclarer son dommage, le recours subrogatoire de la société HDI était devenu impossible.

Or, la détermination de l'élément, qui rendait le paiement sans cause, relevait, en l'occurrence, du seul droit allemand.

En d'autres termes, le pourvoi critique, en réalité, l'interprétation par la cour d'appel de la loi allemande.

Or, comme rappelé ci-dessus, cette interprétation est souveraine, sous réserve de sa dénaturation, non alléguée en l'espèce.

Le moyen n'est donc pas fondé.

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit, au sens de l'article 10, paragraphe 3, du règlement Rome II, correspond-il au lieu de l'enrichissement de l'*accipiens*, ou au lieu de l'appauvrissement du *solvens* ?

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

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5.1. Sur la détermination du lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit (première et deuxième branches du premier moyen)

5.1.1. En droit

Le premier moyen, pris en ses première et deuxième branches, tiré d'une violation et d'un manque de base légale au regard 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), fait grief à l'arrêt de déclarer le droit français applicable au litige.

Ce texte dispose :

Article 10 Enrichissement sans cause

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.
[c'est nous qui soulignons]

Le pourvoi soutient que le lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit, au sens de l'article 10, paragraphe 3, correspond au pays dans lequel le versement a été indûment opéré, c'est-à-dire au lieu de l'appauvrissement du *solvens*.

En jugeant, au contraire, que l'enrichissement sans cause se produit au lieu de perception de la somme par l'*accipiens*, la cour d'appel aurait violé ce texte. En outre, elle aurait privé sa décision de base légale au regard de ce même texte, pour ne pas avoir justifié pourquoi ce critère de perception dût être retenu, à l'exclusion de celui du versement.

Le texte du règlement n'apporte pas de réponse directe à la question soulevée par le moyen, laquelle n'a pas non plus été tranchée par la Cour de justice.

Au cours des travaux préparatoires du règlement Rome II, la formulation de l'article a évolué.

Selon l'avant-projet de proposition de règlement du 3 mai 2002¹ :

« sous réserve du paragraphe 1, une obligation non contractuelle fondée sur un enrichissement sans cause est régie par la loi du pays dans lequel **l'enrichissement s'est produit.** »

Dans leur analyse de l'avant-projet de proposition, C. Nourissat et E. Treppoz considèrent que :

« le rattachement prend en compte l'hypothèse d'une dissociation des éléments constitutifs de l'institution. Le rattachement subsidiaire par l'un de ces éléments constitutifs devient le rattachement principal. En se prononçant pour la loi du lieu de l'enrichissement et non pour la loi de l'appauvrissement, l'avant-projet consacre une solution approuvée par la doctrine [...] »².

Selon la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") du 22 juillet 2003, COM/2003/0427 final :

« 3. Sans préjudice des paragraphes 1 et 2, la loi applicable à l'obligation non contractuelle fondée sur un enrichissement sans cause est celle du pays dans lequel **l'enrichissement s'est produit.** »

Dans l'exposé des motifs précédant la proposition de règlement, la Commission européenne a précisé :

« Les systèmes juridiques de tous les Etats membres connaissent des obligations qui ne sont pas nées dans le cadre d'un contrat, mais qui ne relèvent pas pour autant de la catégorie des délits. Les situations connues dans tous les Etats membres sont le paiement réalisé par erreur ou le fait pour une personne de rendre un service qui évite à une autre personne de subir un dommage corporel ou patrimonial.

Dans la mesure où ces obligations présentent des particularités très importantes par rapport aux délits, il a été décidé de leur consacrer une section propre.

Pour tenir compte de l'hétérogénéité des systèmes nationaux en cette matière, il convient d'éviter un vocabulaire technique. Le présent règlement retient la notion "obligations non contractuelles dérivant d'un fait autre qu'un délit". La plupart des Etats membres connaissent ensuite les sous-catégories que sont la répétition de l'indu ou l'enrichissement sans cause, d'une part, et la gestion d'affaires (negotiorum gestio), de l'autre. Tant le droit matériel que les

¹ Reproduit in Clunet 2003, n° 1, 1 Janvier 2003, doctr. 100001.

² « Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », Clunet 2003, doctr. 100001 (spéc. n° 27).

règles de conflit en cette matière se trouvent encore en pleine évolution dans la plupart des Etats membres, laissant place à une grande insécurité juridique. La règle de conflit uniforme doit tenir compte d'hétérogénéité qui caractérise le droit matériel. La difficulté consiste à ne pas édicter des règles trop précises qui ne pourraient être appliquées dans un Etat membre dont le droit matériel ne distingue pas entre les différentes hypothèses visées, sans pour autant édicter une règle trop générale dont l'utilité même devient contestable. L'article 9 tente d'éviter cet écueil en prévoyant des règles spécifiques pour les deux sous-catégories déjà mentionnées que sont l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaires, tout en laissant suffisamment de flexibilité au juge pour adapter la règle à son système national.

[...]

Le paragraphe 3 porte sur l'enrichissement sans cause qui se produit en l'absence de relation préexistante entre les parties, auquel cas l'obligation non contractuelle est régie par la loi du pays où l'enrichissement s'est produit. La règle proposée est classique et figure également dans le projet du GEDIP et dans la loi suisse. »³

Le 6 juillet 2005, le Parlement européen a adopté la Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") (COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD)), en vertu de laquelle :

« 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.** »

Sur la base des travaux du Parlement européen et du Conseil, la Commission européenne a publié une Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") du 21 février 2006, COM(2006) 83 final, selon laquelle :

« 3. Sans préjudice des Lorsque les paragraphes 1 et 2 ne permettent pas de déterminer la loi applicable, la loi applicable à l'obligation non contractuelle fondée sur un enrichissement sans cause est celle du pays dans lequel l'enrichissement s'est produit **le fait générateur de l'enrichissement s'est principalement produit.** »

Dans l'exposé des motifs de la proposition modifiée, la Commission européenne explique que les modifications visent à tenir compte de certains amendements votés par le Parlement européen :

« Les amendements 36 et 37 remplacent la règle unique de l'article 9 de la proposition initiale de la Commission, applicable à tous les quasi-contrats, par deux règles spécifiques, l'une applicable à l'enrichissement sans cause, l'autre à la gestion d'affaires. La Commission peut accepter cette différenciation supplémentaire. Dans sa proposition modifiée, elle tient toutefois à tenir également compte de certaines améliorations d'ordre technique du texte qui sont le résultat des travaux du Conseil. »

³ Selon la [loi fédérale suisse](#) sur le droit international privé :

Art. 128

« 1 Les prétentions pour cause d'enrichissement illégitime sont régies par le droit qui régit le rapport juridique, existant ou supposé, en vertu duquel l'enrichissement s'est produit.

2 À défaut d'un tel rapport, ces prétentions sont régies par le droit de l'État dans lequel l'enrichissement s'est produit; les parties peuvent convenir de l'application de la loi du for. »

La doctrine française s'interroge sur l'interprétation à retenir et certains auteurs considèrent que la question devrait être soumise à la Cour de justice.

Selon G. Légier (*développements résumés librement par nos soins*)⁴ :

L'article 10, § 3, ne répond pas au problème de la dissociation en divers pays des éléments composant l'enrichissement sans cause. Trois thèses sont défendues.

Première thèse : une très large majorité de la doctrine en France et à l'étranger se prononce dans le sens de la compétence de la loi du lieu où l'enrichissement s'est réalisé. L'enrichissement injuste constituerait le fondement prédominant de l'action de in rem verso. De plus, la solution présenterait un avantage pratique, dans la mesure où l'enrichissement est plus facile à localiser qu'un appauvrissement, lequel constitue un phénomène négatif.

Deuxième thèse : compétence de la loi du lieu où l'appauvrissement s'est produit. Selon Aubry et Rau, suivis par Bartin, la fonction de l'institution est d'éviter un appauvrissement injuste. La solution présenterait notamment l'avantage de coïncider avec le rattachement de la responsabilité à la loi du lieu du dommage.

Troisième thèse : compétence de la loi du lieu du fait générateur. Cette proposition repose sur le constat qu'en réalité appauvrissement et enrichissement sont d'importance égale. Plutôt que de choisir arbitrairement entre eux, il conviendrait de retenir le fait qui est à l'origine du transfert injuste de valeur. Il consiste le plus souvent en un événement matériel (travail ou prestation sans rémunération, utilisation d'un bien sans droit ...), qui serait plus facile à localiser et présenterait des liens étroits avec la situation.

Le règlement Rome II n'a pas tranché la question. La formule « pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit » envisage l'institution dans sa globalité. Il en serait allé différemment si le législateur européen avait seulement retenu le « lieu de l'enrichissement », sans ajouter la précision 'sans cause', à l'instar de la solution proposée dans l'avant-projet et dans la proposition de règlement. Or, en 2006, un changement de critère s'est opéré en faveur du « pays dans lequel le fait générateur de l'enrichissement s'est principalement produit », ce qui revenait à consacrer la troisième thèse.

L'auteur conclut ce passage en regrettant que ces dernières précisions relatives au fait générateur ont, pour des raisons ignorées, disparu avec le texte définitif. Selon lui, il appartiendra à la Cour de justice de trancher le problème de la dissociation.

A cet endroit, il convient de préciser que la notion de fait générateur de l'enrichissement est lui-même susceptible de recevoir différentes interprétations. Selon G. Légier, il ne s'agit pas du versement indu, mais du fait qui est à l'origine de ce versement. Or, le mémoire en défense de la banque considère, au contraire, que le fait générateur de l'enrichissement est le versement indu (p. 8).

Selon O. Boskovic⁵ :

⁴ « Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et culpa in contrahendo », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Litec, 2008, p. 145 s. (spéc. p. 167 s.).

⁵ « Règlement Rome II : obligations non contractuelles », Dalloz, Répertoire de droit international, 2021.

« 102. *Lieu où l'enrichissement sans cause s'est produit. Définition.* - Pour classique qu'il soit, ce rattachement n'est pas simple. Il arrive en effet que ses éléments constitutifs, à savoir l'appauvrissement d'une part et l'enrichissement de l'autre, se produisent dans des lieux différents. Le lieu de l'enrichissement peut lui-même se dédoubler entre l'enrichissement immédiat et l'enrichissement final. Dans de telles hypothèses de dissociation spatiale, quel sens doit-on donner au rattachement territorial ? À première vue, le Règlement semble avoir opté pour l'enrichissement, même si rien n'est dit sur la façon dont il faut entendre ce terme et notamment sur le choix entre enrichissement immédiat ou enrichissement final. Il donne compétence en effet à la loi du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit. Mais on a justement fait remarquer que " parler de "l'enrichissement sans cause" c'est envisager l'institution juridique dans son ensemble, telle qu'elle est dénommée ", sans trancher le problème de la dissociation (V. en ce sens, G. LÉGIER, *Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et culpa in contrahendo*, in S. CORNELOUP et N. JOUBERT [ss. la dir. de], *Le règlement communautaire " Rome II " sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, 2008, Litec). Les travaux préparatoires plaident également en ce sens. La formulation du rattachement a varié, laissant penser qu'elle n'est pas due au hasard. En effet, l'avant-projet et la proposition de règlement de 2003 faisaient référence au pays dans lequel l'enrichissement s'est produit, la proposition modifiée de 2006 donnait compétence à la loi du pays dans lequel le fait générateur de l'enrichissement s'est principalement produit. On peut donc penser que c'est à dessein que la version finale utilise le terme englobant enrichissement sans cause. Dans ces conditions, seule la CJUE pourra trancher ce problème. »

Selon C. Brière⁶ :

« S'agissant de l'enrichissement sans cause, l'article 10, paragraphe 3, renvoie à la loi de l'institution prise dans sa globalité sans prévoir clairement s'il convient d'appliquer la loi de l'enrichissement ou celle de l'appauvrissement en cas de dissociation des deux éléments. Cette difficulté devra être tranchée par la Cour de justice de l'Union européenne. Initialement la proposition de règlement présentée par la Commission se référait au lieu où l'enrichissement s'est produit qui est aisé à localiser. Cette référence n'a pas été reprise dans les versions ultérieures du texte. Mais si l'on s'en tient à la philosophie générale du règlement qui privilégie le rattachement au dommage, ce serait la loi du lieu où l'appauvrissement s'est produit qu'il faudrait retenir. L'article 10, paragraphe 2, faisant référence " au fait donnant lieu à l'enrichissement sans cause ", il a été suggéré d'interpréter l'article 10, paragraphe 3, comme désignant la loi du fait générateur (V. G. Légier, *Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et culpa in contrahendo* in : le règlement communautaire " Rome II " sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, ss dir. S. Corneloup et N. Joubert : LexisNexis, 2008, p. 172, note 69. - Sur la question du rattachement en général des quasi-contrats, V. H. Chanteloup, *Les quasi-contrats en droit international privé*, préface de M.-L. Niboyet, t. 304 : Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1998). »

Commentant l'arrêt de la Cour de cassation, rendu dans la présente affaire le 9 février 2022, précité :

M. Barba écrit⁷ :

⁶ « Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (" Rome II ") », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 3206, § 72.

⁷ *Clunet* 2022. Comm. 13.

« 24 - L'article 10, § 3 dispose : " 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 règle de conflit peut, à l'inverse des précédentes, être mobilisée. Le critère de rattachement retenu ne manque cependant pas d'embarrasser. Où l'enrichissement sans cause s'est-il donc " produit " ? On retrouve alors le malaise éprouvé sous l'angle du droit transitoire : faut-il regarder le lieu d'émission du paiement initial (i.e. l'appauvrissement) ? Le lieu de sa réception (i.e. l'enrichissement) ? Le lieu de disparition ultérieure de la cause ? L'impératif de prévisibilité ne permet même pas de trancher l'hésitation, car il milite autant pour la désignation du lieu d'émission du paiement (loi allemande ici) qu'en faveur de la loi du lieu de réception (loi française ici) : tout dépend simplement de l'angle de vue adopté. Grande est alors la tentation de faire directement appel à l'article 10, § 4. »

M. Minois écrit⁸ :

« Il faudrait donc s'en remettre au paragraphe 3 et appliquer la loi du lieu dans lequel le quasi-contrat s'est produit. Dans l'affaire commentée, les sommes ont été versées d'Allemagne vers la France. La loi française - loi du lieu de réception du paiement - devrait vraisemblablement s'appliquer. [...] . Ce rattachement ne devrait a priori concerner que les cas exceptionnels de quasi-contrats nés d'un fait isolé et lorsqu'aucune résidence habituelle commune des parties n'a été établie. Le champ d'application du point 3 est donc relativement restreint. Une telle subsidiarité est opportune. On se souvient des nombreuses critiques formulées à l'encontre de la loi locale. Pour les principales, on rappellera la faiblesse du rattachement en présence d'un quasi-contrat dont les composantes sont pluri-localisées. Sur ce point, le règlement n'apporte pas de précisions. Il se contente de renvoyer globalement à la loi du " pays dans lequel l'enrichissement s'est produit ", sans viser un élément constitutif du quasi-contrat. On mentionnera également le caractère inadapté de la loi locale dans certains cas. »

J. Knetsch écrit⁹ :

« une analyse plus poussée des textes européens à l'image des faits de l'arrêt conduit à s'interroger sur le lieu " dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit " (article 10, § 3, du règlement Rome II) et à se demander si le point de gravité de cette situation était l'appauvrissement du solvens (survenu en Allemagne) ou l'enrichissement de l'accipiens (qui doit être localisé en France).

N'aurait-il pas alors mieux valu que les rédacteurs du règlement Rome II renoncent à un tel rattachement, l'enrichissement injustifié étant nécessairement la combinaison de ces deux faits ? À bien y réfléchir, il n'eût sans doute pas été inutile que la Cour de cassation saisisse la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle pour connaître les modalités d'application de cette règle de conflit de lois à détente multiple... »

S. Clavel et F. Jault-Seseke écrivent¹⁰ :

« Les deux parties ne résidant pas dans le même pays, il aurait sans doute fallu mettre en oeuvre l'article 10, § 3, et appliquer la loi du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'était produit. »

⁸ D. 2022.980.

⁹ Rev. Lamy Droit civil, n° 208, 1^{er} nov. 2022.

¹⁰ D. 2022. 915 s.

En Allemagne, la doctrine se prononce clairement en faveur du lieu où le patrimoine de l'*accipiens* a été enrichi, et non en faveur de celui où le paiement a été opéré. En cas de paiement sans cause sur un compte bancaire, il est soutenu qu'il conviendrait de retenir le lieu du siège de l'établissement bancaire dans lequel le compte est détenu¹¹.

Tout en privilégiant également le lieu de l'enrichissement, concrétisé par la situation du patrimoine faisant l'objet de la demande de restitution, certains auteurs soulignent toutefois, à l'instar de la doctrine française, la difficulté d'interprétation soulevée par cette disposition¹².

Sur le terrain du conflit de juridictions, la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur la qualification de l'enrichissement sans cause dans le cadre du règlement n° 1215/2012 Bruxelles I bis sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions. En cette matière, la problématique se présente toutefois en des termes très différents, puisque ce règlement ne comporte aucune règle spéciale sur l'enrichissement sans cause, à la différence du règlement Rome II.

Dans son arrêt du 9 décembre 2021, HRVATSKE ŠUME, C-242/20, elle a dit pour droit :

« 36 [...] en l'absence de toute demande d'exécution forcée, une action en restitution fondée sur l'enrichissement sans cause ne relève pas du champ d'application de l'article 22, point 5, du règlement no 44/2001.

[...]

51 [...] une action en restitution fondée sur un enrichissement sans cause ne relève pas de la matière contractuelle

[...]

56 [...] une demande en restitution fondée sur un enrichissement sans cause ne saurait relever de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de l'article 5, point 3, du règlement no 44/2001.

[...]

59 Dans une telle situation, une demande en restitution fondée sur un enrichissement sans cause relève du chef de compétence des juridictions de l'État membre du domicile du défendeur, conformément à la règle générale prévue à l'article 2, paragraphe 1, du règlement no 44/2001. »

Commentant cet arrêt de la Cour de justice, S. Sanchez-Lorenzo écrit¹³ :

« 29. - [...] Notons que, sur ce point, la Cour ne semble plus s'intéresser au principe de cohérence avec le règlement Rome II, puisque dans ce texte, aux fins de la loi applicable, sont maintenues non seulement la qualification non contractuelle de l'enrichissement sans

¹¹ v. Bar/Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Bd. II, C.H. Beck, 2019, p. 395 s. (qui citent en ce sens également Dicey/Morris/McClean, *The Conflict of Laws*, n° 36-037) ; A. Junker, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Internationales Privatrecht I*, C.H. Beck, 6^e éd., 2015, Rom II-VO, Art. 10, n° 28 à 30, avec de nombreuses références supplémentaires.

¹² Th. Kadner Graziano, *RabelsZ* 2009. spéc. p. 66 s.

¹³ *Clunet* 2022. Chron. 8.

cause, mais des solutions telles que la loi de la résidence habituelle commune ou du lieu de l'enrichissement sans cause dont découle effectivement le préjudice du demandeur. [...]

31. - [...] Il convient toutefois de noter que 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. »

Dans une affaire antérieure, C-102/15, Siemens Aktiengesellschaft Österreich, la Cour de justice avait déjà été saisie d'une action en répétition de l'indu fondée sur l'enrichissement sans cause dans le cadre du règlement n° 44/2001 Bruxelles I, mais n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la compétence, puisque l'action ne relevait pas de la matière civile et commerciale. Dans ses conclusions (au point 61), l'avocat général N. Wahl avait estimé que :

« [...] l'action en répétition de l'indu fondée sur l'enrichissement sans cause vise à restituer au demandeur un avantage dont le défendeur a bénéficié illégitimement au détriment du premier (ou à lui payer l'équivalent monétaire de cet avantage). [...] la répétition de l'indu sur le fondement de l'enrichissement sans cause vise donc intrinsèquement le gain obtenu par le défendeur plutôt que la perte subie par le demandeur [...] ».

5.1.2. En l'espèce

Selon la cour d'appel :

« Les conditions d'application de ce paragraphe [le paragraphe 3 de l'article 10] 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. »

La première branche du premier moyen reproche à la cour d'appel une violation de l'article 10, paragraphe 3, par fausse application.

Selon le mémoire ampliatif, le problème n'est pas de savoir si une somme d'argent a été l'objet d'un mouvement local. Cela relève de l'évidence. La vraie question est celle de savoir si ce mouvement a juridiquement une cause. C'est uniquement dans le versement d'une somme qu'est identifiable la raison d'être de l'obligation. Le pays dans lequel l'enrichissement sans cause *s'est produit* doit être entendu comme celui dans lequel cet enrichissement *a été causé*.

La deuxième branche du premier moyen reproche à la cour d'appel un manque de base légale au regard de l'article 10, paragraphe 3, faute de justifier le choix de ce critère, alors que cela était contesté.

Si une censure de l'arrêt n'était pas opérée sur le fondement des première ou deuxième branches du premier moyen, la société HDI demande à la Cour de cassation de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 10, paragraphe 3.

Elle motive cette demande par référence aux débats doctrinaux exposés ci-dessus (le mémoire ampliatif cite les professeurs Barba, Sanchez-Lorenzo, Knetsch, Clavel et Jault-Seseke).

La formulation proposée est la suivante :

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 ?

Dans son mémoire en défense, la banque soutient, tout d'abord, que si le législateur européen avait entendu prendre comme critère le lieu d'où la somme indue est partie, il aurait visé dans le texte le lieu où s'est produit l'appauvrissement. La banque considère que la société HDI tente d'instiller le doute, en important artificiellement dans la matière quasi-contractuelle la difficulté rencontrée pour localiser les délits complexes, et d'obscurcir ainsi une solution claire, qui découle de la lecture littérale de la disposition.

Ensuite, elle estime que l'absence de cause se vérifie aussi bien du côté du solvens que de l'accipiens.

Enfin, pour justifier l'absence de nécessité de saisir la Cour de justice, la banque s'appuie notamment sur les analyses de S. Sanchez-Lorenzo, précité, en opérant un rapprochement avec le statut réel. La loi applicable serait celle du lieu de situation du bien ou de la valeur qui est injustement sortie du patrimoine de l'appauvri. Il s'agirait de régler une question d'appropriation. Selon le mémoire en défense, c'est ce qui résulte également de la jurisprudence, précitée, de la Cour de justice relative au conflit de juridictions. Comme la répétition de l'indu n'est ni contractuelle, ni délictuelle, elle serait nécessairement réelle, et relèverait dès lors de la *lex rei sitae*.

Comme la somme se trouvait dans les livres de la banque au jour où l'action a été introduite, la cour d'appel a, selon la banque, à bon droit appliqué la loi française.

5.2. Sur la mise en oeuvre de la clause d'exception (troisième branche du premier moyen)

Le premier moyen, pris en sa troisième branche, tiré d'une violation de l'article 10, paragraphe 4, du règlement Rome II, fait grief à l'arrêt de déclarer le droit français applicable au litige, alors que le litige présentait des liens manifestement plus étroits avec l'Allemagne.

5.2.1. En droit

Les objectifs poursuivis par le règlement Rome II et l'équilibre général recherché par ses règles de conflit sont exposés dans le préambule, notamment au considérant 14 :

« 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 doctrine souligne de manière générale à propos des clauses d'exception du droit international privé européen que les interventions de la Cour de justice n'ont, jusqu'à présent, pas encore permis de poser clairement les conditions permettant au juge national d'en faire usage¹⁴, ni de faire taire l'ensemble des débats occasionnés par leur utilisation¹⁵.

Dans trois arrêts, la **Cour de justice** s'est prononcée à propos des clauses d'exception figurant dans la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui présentent la particularité notamment de permettre une dérogation à la loi normalement applicable lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente *des liens plus étroits* avec un autre pays. L'adverbe « manifestement », qui a été introduit dans les règlements Rome I et Rome II, ne figure pas dans la Convention de Rome.

A propos de l'article 4, paragraphe 5, de la Convention de Rome, la Cour de justice a dit pour droit (CJCE, 6 octobre 2009, ICF, aff. C- 133/08) :

« 57 À cet égard, il y a lieu de déterminer la fonction et l'objectif de l'article 4, paragraphe 5, seconde phrase, de la convention.

58 Il ressort du rapport Giuliano et Lagarde que les rédacteurs de la convention ont considéré comme indispensable «d'envisager la possibilité d'appliquer une loi autre que celles auxquelles se réfèrent les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 toutes les fois qu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays». Il ressort également dudit rapport que l'article 4, paragraphe 5, de la convention laisse

¹⁴B. Audit, L. d'Avout, Droit international privé, LGDJ, n° 1056.

¹⁵ D. Bureau, H. Muir Watt, Droit international privé, PUF, t. 1, n° 522-1.

au juge «une certaine marge d'appréciation quant à la présence, dans chaque cas d'espèce, de l'ensemble des circonstances qui justifient la non-application des présomptions des paragraphes 2, 3 et 4» et qu'une telle disposition constitue «l'inévitable contrepartie d'une règle de conflit à caractère général, destinée à s'appliquer à presque toutes les catégories de contrats».

59 Il découle ainsi du rapport Giuliano et Lagarde que l'article 4, paragraphe 5, de la convention a pour objectif de contrebalancer le régime des présomptions résultant du même article, en conciliant les exigences de sécurité juridique, auxquelles répondent ledit article 4, paragraphes 2 à 4, et la nécessité d'envisager une certaine souplesse dans la détermination de la loi qui présente effectivement le lien le plus étroit avec le contrat en cause.

60 En effet, dès lors que l'objectif principal de l'article 4 de la convention consiste à faire appliquer au contrat la loi du pays avec lequel celui-ci présente les liens les plus étroits, ledit article 4, paragraphe 5, doit être interprété en ce sens qu'il permet au juge saisi d'appliquer, dans tous les cas de figure, le critère qui permet d'établir l'existence de tels liens, en écartant les «présomptions» si celles-ci ne désignent pas le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.

61 Il convient donc d'établir si ces présomptions peuvent être écartées uniquement lorsqu'elles n'ont pas une véritable valeur de rattachement ou bien lorsque le juge constate que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

62 Ainsi qu'il ressort de la lettre et de l'objectif de l'article 4 de la convention, le juge doit toujours procéder à la détermination de la loi applicable sur la base desdites présomptions, lesquelles répondent à l'exigence générale de prévisibilité de la loi et donc de sécurité juridique dans les relations contractuelles.

63 Toutefois, lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui qui est désigné sur la base des présomptions énoncées à l'article 4, paragraphes 2 à 4, de la convention, il appartient audit juge d'écarter l'application de cet article 4, paragraphes 2 à 4.

64 Compte tenu de ces considérations, il y a lieu de répondre à la cinquième question que l'article 4, paragraphe 5, de la convention doit être interprété en ce sens que, lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui qui est déterminé sur la base de l'un des critères prévus audit article 4, paragraphes 2 à 4, il appartient au juge d'écarter ces critères et d'appliquer la loi du pays avec lequel ledit contrat est le plus étroitement lié. »

La Cour de justice s'est également prononcée sur la mise en oeuvre de la clause d'exception de l'article 6, paragraphe 2, de la Convention de Rome en matière de contrat de travail (CJUE, 12 septembre 2013, Schlecker, aff. C-64/12) :

« 39 il appartient à la juridiction de renvoi de procéder à la détermination de la loi applicable au contrat en se référant aux critères de rattachement définis à l'article 6, paragraphe 2, premier membre de phrase, de la convention de Rome, et en particulier au critère du lieu d'accomplissement habituel du travail, visé à ce paragraphe 2, sous a). Toutefois, en vertu du dernier membre de phrase de ce même paragraphe, lorsqu'un contrat est relié de façon plus étroite à un État autre que celui de l'accomplissement habituel du travail, il convient d'écarter la loi de l'État d'accomplissement du travail et d'appliquer celle de cet autre État.

40 À cette fin, la juridiction de renvoi doit tenir compte de l'ensemble des éléments qui caractérisent la relation de travail et apprécier celui ou ceux qui, selon elle, sont les plus significatifs. Ainsi que la Commission l'a mis en exergue et que M. l'avocat général l'a indiqué au point 66 de ses conclusions, le juge appelé à statuer sur un cas concret ne saurait cependant automatiquement déduire que la règle énoncée à l'article 6, paragraphe 2, sous a), de la convention de Rome doit être écartée du seul fait que, par leur nombre, les autres circonstances pertinentes, en dehors du lieu de travail effectif, désignent un autre pays.

41 Parmi les éléments significatifs de rattachement, il convient, en revanche, de prendre notamment en compte le pays où le salarié s'acquitte des impôts et des taxes afférents aux revenus de son activité ainsi que celui dans lequel il est affilié à la sécurité sociale et aux divers régimes de retraite, d'assurance maladie et d'invalidité. Par ailleurs, la juridiction nationale doit également tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire, telles que, notamment, les paramètres liés à la fixation du salaire ou des autres conditions de travail. »

De nouveau à propos de l'article 4, paragraphe 5, de la Convention de Rome, la Cour de justice a dit pour droit (CJUE, 23 octobre 2014, Haeger & Schmidt, aff. C-305/13) :

« 46 Partant, lorsqu'il s'agit d'un contrat qui relève de l'article 4, paragraphe 2, de la convention de Rome et qu'il est possible d'identifier sa prestation caractéristique, le juge national doit, en premier lieu, procéder à la détermination de la loi applicable sur la base des critères de rattachement spécifiques figurant à ce paragraphe 2, ainsi qu'il a été rappelé au point 35 du présent arrêt (voir, en ce sens, arrêt ICF, EU:C:2009:617, point 62).

47 Ainsi qu'il ressort tant du libellé de l'article 4, paragraphe 2, de la convention de Rome, qui réserve expressément le cas de l'application du paragraphe 5 de cet article, que de la jurisprudence de la Cour, cette présomption peut être écartée lorsque les conditions prévues à ce paragraphe 5 sont satisfaites (voir, en ce sens, arrêt ICF, EU:C:2009:617, points 63 et 64).

48 Il découle de ce qui précède que le juge doit vérifier, en second lieu, si, au regard de l'ensemble des circonstances du litige dont il est saisi, il y a lieu ou non d'écarter la solution à laquelle il est parvenu en application dudit paragraphe 2. À cette fin, il doit procéder à une comparaison des liens existant entre le contrat et, d'une part, le pays dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle à la date de la conclusion du contrat et, d'autre part, un autre pays avec lequel ce contrat présente des liens étroits.

49 En effet, la juridiction de renvoi doit faire une appréciation globale de l'ensemble des éléments objectifs qui caractérisent la relation contractuelle et apprécier celui ou ceux qui, selon elle, sont les plus significatifs (voir, par analogie, arrêt Schlecker, C-64/12, EU:C:2013:551, point 40). Ainsi que la Commission l'a souligné, parmi les éléments significatifs de rattachement, il convient notamment de prendre en compte l'existence de liens étroits du contrat en cause avec un ou plusieurs autres contrats faisant partie, le cas échéant, de la même chaîne de contrats ainsi que le lieu de livraison des marchandises. »

Dans cette affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation a finalement statué en ces termes (Com., 10 février 2015, pourvoi n° 12-13.052, Bull. 2015, IV, n° 21) :

Sommaire :

« La Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit (CJUE, arrêt du 23 octobre 2014, Haeger & Schmidt, C-305/13), que :

"1) L'article 4, paragraphe 4, dernière phrase, de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, doit être interprété en ce sens que cette disposition s'applique à un contrat de commission de transport uniquement lorsque l'objet principal du contrat consiste dans le transport proprement dit de la marchandise concernée, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

2) L'article 4, paragraphe 4, de ladite convention doit être interprété en ce sens que la loi applicable à un contrat de transport de marchandises doit, à défaut de pouvoir être fixée en application de la deuxième phrase de cette disposition, être déterminée en fonction de la règle générale prévue au paragraphe 1 de cet article, c'est-à-dire que la loi régissant ce contrat est celle du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.

3) L'article 4, paragraphe 2, de la même convention doit être interprété en ce sens que, dans l'hypothèse où il est fait valoir qu'un contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui dont la loi est désignée par la présomption figurant audit paragraphe, le juge national doit comparer les liens existant entre ce contrat et, d'une part, le pays dont la loi est désignée par la présomption et, d'autre part, l'autre pays concerné. A ce titre, le juge doit tenir compte de l'ensemble des circonstances, y compris l'existence d'autres contrats liés au contrat en cause".

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 4, § 4, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, une cour d'appel qui soumet à la loi française la responsabilité contractuelle d'une société, après avoir qualifié le contrat liant cette société de contrat de commission de transport, sans préciser, en quoi ce contrat aurait eu pour objet principal le transport proprement dit, seul cas où un contrat de commission de transport est assimilable à un contrat de transport au sens de ce texte.

Dans l'hypothèse où elle ne pouvait retenir la qualification de contrat de transport, la cour d'appel aurait dû procéder à une comparaison effective, en fonction de l'ensemble des circonstances, des liens existant entre le contrat et, respectivement, les pays concernés pour déterminer celui de ces pays avec lequel ils étaient les plus étroits. »

Il résulte de cette jurisprudence de la Cour de justice que le juge doit, dans un premier temps, déterminer la loi applicable selon le critère de rattachement prévu par la règle de conflit.

Ensuite, s'il apparaît clairement, dans un second temps, que le rapport de droit présente des liens (manifestement) plus étroits avec un autre pays, le juge doit appliquer la loi de cet autre pays.

A cet effet, le juge doit, au terme d'une appréciation globale de l'ensemble des éléments objectifs qui caractérisent la relation, analyser l'ensemble des circonstances de l'affaire et procéder à une comparaison des liens existant entre le rapport de droit et, d'une part, le pays dont la loi est désigné par le rattachement de principe et, d'autre part, un autre pays avec lequel il présente des liens étroits.

Il prendra sa décision non pas en vertu des liens qui s'avèrent être les plus nombreux, mais des liens que le juge considère les plus significatifs. L'appréciation est qualitative et non quantitative.

La **Cour de cassation** a été amenée, à plusieurs reprises, à se prononcer sur la mise en oeuvre de la clause d'exception par les juges du fond. On relèvera, en particulier, les arrêts suivants :

Dans un arrêt de 2011, elle a décidé que le juge devait établir le défaut de pertinence du critère de rattachement de principe (Com., 8 mars 2011, pourvoi no 09-11.751) :

Vu l'article 4, paragraphes 2 et 5, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (première chambre 7 juin 2006 , pourvoi n° 04-10.517), que M. X..., de nationalité allemande, dirigeant de la société allemande Wes, s'est rendu caution du remboursement d'un prêt, accordé le 18 août 1994 à cette société, par la société allemande Molkerei Alois Müller ; qu'après la mise en faillite de la société Wes, la société Müller a assigné en France, M. X..., en paiement des montants restant dus ;

Attendu que pour dire que le cautionnement devait être soumis au droit allemand, l'arrêt retient que l'engagement souscrit par M. X... l'est en allemand, qui n'est pas la langue usuelle du canton francophone de Vaud, qu'il porte sur un cautionnement à première demande caractéristique du droit allemand et que son montant maximal y est exprimé en unités monétaires allemandes, que ce faisceau de circonstances concordantes démontre que ce cautionnement présente avec l'Allemagne les liens les plus étroits conduisant ainsi à écarter, en application des dispositions de l'article 4 § 5 de la Convention précitée, les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 du même texte et de retenir l'application du droit allemand pour juger de l'engagement ;

Attendu qu'en se déterminant par des motifs impropres à établir le défaut de pertinence de l'élément de rattachement ordinaire avec la loi helvétique, loi du pays où la caution avait sa résidence habituelle au moment de la formation du cautionnement, désignée par l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Rome, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Ce faisant, la Cour a suivi une position parfois défendue en doctrine, selon laquelle ce n'est que si la loi désignée en premier lieu au titre du principe s'avère dépourvue de valeur localisatrice qu'il y aurait lieu de rechercher si la solution alternative présente des liens plus étroits¹⁶.

Dans plusieurs arrêts, elle a censuré les juges du fond pour ne pas avoir appliqué, dans un premier temps, le critère de rattachement de principe :

Com., 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-19.723, Bull. 2006, IV, n° 255

Vu l'article 4, paragraphes 1, 2 et 5, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

¹⁶ P. Rémy-Corlay, Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois, Rev. crit. DIP 2003. 37; en ce sens également M. Minois, citée ci-après.

Attendu qu'en application de l'article 4, paragraphe 1, de la Convention de Rome du 19 juin 1980, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ; qu'il résulte de la combinaison des paragraphes 2 et 5 que, pour déterminer la loi la plus appropriée, le juge saisi doit procéder à une comparaison des liens existant entre le contrat et, d'une part, le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, et, d'autre part, l'autre pays en cause, et rechercher celui avec lequel il présente les liens les plus étroits ;

Attendu que pour condamner la société Westra in solidum avec la société Danzas GmbH, en application de l'article L. 132-5 du code de commerce français, à payer à la société Tapiola l'équivalent en euros de la somme de 68 360 USD, l'arrêt retient, après avoir relevé que la société Westra était intervenue comme commissionnaire substitué et non comme transporteur et énoncé la présomption édictée par l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980, que si la société Westra a organisé la seconde phase du transport au lieu de son administration centrale, c'est-à-dire au lieu de son siège social en Allemagne, il s'agissait d'une opération de transport à destination de la France, exécutée pour partie en France, en vue d'une livraison en France et qu'il y a donc lieu, conformément aux dispositions de l'article 4, paragraphe 5, de la Convention de Rome, d'appliquer la loi française avec laquelle le contrat présente des liens plus étroits ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas exposé les éléments du premier terme de la comparaison à laquelle il lui appartenait de procéder entre les attaches avec la loi allemande désignée par l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Rome et avec la loi française qu'elle lui a préférée en application de l'article 4, paragraphe 5, de cet instrument international, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Com., 18 septembre 2012, pourvoi n° 11-20.789, Bull.2012, IV, no 164 :

Ne donne pas de base légale à sa décision, le tribunal qui, pour rejeter la demande formée par le transporteur sur le fondement de l'article L. 132-8 du code de commerce à l'encontre du destinataire, retient que l'expéditeur étant une société de droit italien, l'ordre de chargement rédigé en italien ayant été signé en Italie et les marchandises ayant été prises en charge dans ce pays, seul le droit italien est applicable et que le transporteur est donc mal fondé à invoquer la garantie du paiement du prix du transport, sans rechercher au préalable, ainsi qu'il lui était demandé, si la présomption prévue par l'article 4 § 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ne trouvait pas à s'appliquer.

1re Civ., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-14.653

Attendu que, pour juger la loi malienne applicable à l'accident survenu le 20 juillet 1994, déclarer la cession des contrats de la société AGF à la société Colina opposable à l'Alliance nationale des mutualités chrétiennes, Mme Margareta Y..., Mmes Marjolein et Lily X..., M. Joachim X..., M. Robert Z... et Mme Anna A..., décider que la société Allianz n'était pas tenue à garantie, et rejeter l'action directe exercée contre la société Allianz par M. Frederik X... et Mme Marjolein X..., l'arrêt retient que le contrat d'assurance du véhicule souscrit auprès de la société AGF ne comporte aucun choix exprès des parties sur la loi applicable et présente les liens les plus étroits avec le Mali ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher au préalable si la présomption qu'il édicte ne trouvait pas à s'appliquer, la cour d'appel a violé le texte susvisé

Dans un arrêt de 2015, la Cour de cassation a reproché aux juges du fond une appréciation incorrecte des liens les plus étroits (1re Civ., 16 septembre 2015, pourvoi n° 14-10.373, Bull. 2015, I, n° 209) :

Vu l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

Attendu, selon ce texte, qu'en l'absence de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ; qu'est présumé présenter de tels liens celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ; que cette présomption est écartée lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ;

Attendu que, pour déclarer la loi française applicable au contrat de cautionnement, l'arrêt retient que le cautionnement est un contrat autonome et que c'est bien avec la France que le contrat litigieux présentait les liens les plus étroits, dès lors que la caution, M. Y..., y résidait lors de sa conclusion et que la prestation était susceptible d'y être exécutée en cas de défaillance du débiteur principal ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le contrat de cautionnement litigieux, rédigé en italien, avait été conclu en Italie, que le prêteur avait son siège dans ce pays, que l'emprunteur y avait sa résidence habituelle et que le contrat de prêt dont l'acte de cautionnement constituait la garantie était régi par la loi italienne, ce dont il résultait que le contrat de cautionnement en cause présentait des liens plus étroits avec l'Italie qu'avec la France, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Lorsque les premiers juges ont fait application de la clause d'exception, il est nécessaire que la cour d'appel exerce son contrôle sur les motifs du jugement (Com., 18 janvier 2023, pourvoi n° 21-13.247) :

Vu l'article 472 du code de procédure civile :

3. Il résulte de ce texte qu'en appel, si l'intimé ne conclut pas, il est néanmoins statué sur le fond et le juge ne fait droit aux prétentions et moyens de l'appelant que dans la mesure où il les estime réguliers, recevables et bien fondés.

4. Pour condamner la société Office Niçois de l'Emballage au paiement de diverses sommes, l'arrêt, après avoir déclaré irrecevable la défense de la société Office Niçois de l'Emballage en application de l'article 963 du code de procédure civile, retient que le litige étant né des relations commerciales entre deux sociétés régies par des droits différents, il convient d'appliquer la loi désignée par les dispositions du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, dit Rome I. Il énonce que, conformément à l'article 4 de ce règlement, les parties n'ayant pas choisi la loi applicable au contrat, le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle. Et il en déduit que, le siège social de la société Bientina SRL se situant en Italie, la loi applicable est la loi italienne, laquelle prévoit un délai de prescription de dix ans, de sorte que l'action de la société Bientina SRL, exercée dans ce délai, est recevable.

5. En statuant ainsi, alors qu'elle devait examiner, au vu des moyens d'appel, la pertinence des motifs par lesquels le premier juge avait retenu que la loi applicable était celle du pays

avec lequel il existait des liens les plus étroits, soit la loi française, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Dans leurs commentaires du premier arrêt que la Cour de cassation a rendu dans la présente affaire (1^{re} Civ., 9 février 2022, pourvoi n° 20-19.625, précité), plusieurs auteurs ont envisagé une application de la clause d'exception en l'espèce.

Selon M. Barba (note précitée) :

« 25 - L'article 10, § 4 dispose : " 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 ". C'est sur ce fondement que la loi allemande peut être désignée : elle a indiscutablement le titre d'application le plus fort à s'appliquer. Précisément parce qu'elle est dans l'orbite immédiate du rapport quasi-contractuel litigieux, en tant qu'elle gouverne la police d'assurance du notaire et qu'elle a imposé le paiement à l'assureur en dépit de l'exclusion de garantie. Reste que faire ainsi directement appel à l'article 10, § 4 constitue une " faute technique " sous l'angle de la méthode.

26 - Nul n'ignore - au moins parce que la Cour de justice de l'Union européenne l'a jugé à propos de la clause d'exception présente dans la convention de Rome de 1980 (c'est la fameuse jurisprudence ICF, CJUE, 6 oct. 2009, aff. C-133/08, pt 61 et s.) - que les clauses d'exception ont une vocation techniquement subsidiaire : elles ne jouent qu'après la désignation en bonne forme conflictuelle d'une première loi. Pourquoi ? Pour cette simple raison que le jeu de la clause d'exception impose une comparaison des titres d'application des lois en présence, entre la loi désignée par la règle de conflit prioritaire et la loi d'un autre État présentant, précisément, des liens manifestement plus étroits. Les puristes de la méthode pourront donc s'émouvoir d'une mobilisation directe de la clause d'exception sans désignation préalable d'une loi de référence. Pourtant, il nous semble que la question de la méthode n'est pas ici décisive. De fait : l'article 10, § 3 conduit soit à la désignation de la loi française, soit à la désignation de la loi allemande - selon l'interprétation retenue du lieu dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit, c'est-à-dire le rattachement retenu à l'article 10, § 3. Il n'y a donc que deux " concurrentes ".

27 - Si c'est la loi allemande que l'article 10, § 3 désigne, nul besoin de forcer son application au moyen de l'article 10, § 4 (laquelle application pourra néanmoins être discutée au bénéfice de la loi française soit au moyen de la clause d'exception, soit au moyen de l'exception d'ordre public international). Si c'est au contraire la loi française que l'article 10, § 3 désigne, l'article 10, § 4 peut être techniquement mobilisé pour " tester " le titre d'application comparatif de la loi allemande. Or, cette dernière est un challenger sérieux : la loi allemande est non seulement celle qui gouverne la police d'assurance et celle qui a obligé au paiement litigieux ; mais c'est encore, quoi qu'on en dise au niveau de l'article 10, § 3, la loi du lieu de l'émission du paiement litigieux. À quoi on peut même ajouter que c'est la loi du pays où le sinistre ne fut pas déclaré en bonne forme par la banque, faisant rétroactivement disparaître la cause. Là où la loi française est seulement la loi du lieu de réception du paiement litigieux. Cela pour dire, en définitive, que la cassation prononcée dans la présente affaire ne signe pas l'absence totale de titre application de la loi allemande au rapport quasi-contractuel litigieux. Il faut sans doute, tout simplement, l'éprouver à une aune autre que celle de l'article 10, § 1, ce que la juridiction de renvoi sera probablement chargée de faire.

En définitive, l'espèce montre bien, au-delà des difficultés récurrentes d'office du juge et de droit transitoire, la nécessité qu'il y aurait, au mieux, à adopter un instrument ad hoc relatif au conflit de lois en matière quasi-contractuelle et, au moins, à amender les dispositions du règlement " Rome II " en la matière, résolument trop elliptiques. »

Selon M. Minois (note précitée) :

« Certes, l'application de la clause d'exception posée au point 4 pourra jouer son rôle correctif. Il énonce : " 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 ". La clause d'exception est un mécanisme dérogatoire qui a pour fonction d'écarter la loi normalement applicable s'il s'avère qu'une autre loi présente des liens manifestement plus étroits avec la situation litigieuse. Même si le règlement ne donne pas de précisions sur ce point, il serait préférable que la mise en oeuvre de la clause d'exception résulte de l'absence de liens étroits avec la loi objectivement désignée et, corrélativement, de la convergence d'éléments significatifs et univoques en faveur d'une autre loi. Son application doit demeurer exceptionnelle. En l'espèce, des éléments convergent vers l'Allemagne. L'assureur de responsabilité est allemand. Il a agi conformément aux dispositions impératives du droit allemand. Le contrat conclu entre l'assureur et l'assuré est régi par le droit allemand et la chambre des notaires est également allemande. Encore faudrait-il s'assurer que la désignation objective de la loi française n'est pas pertinente et que de tels éléments suffisent à déclencher la clause d'exception. »

5.2.2. En l'espèce

Selon la cour d'appel :

« 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, 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. »

La troisième branche du premier moyen reproche à la cour d'appel une violation de l'article 10, paragraphe 4, dans la mesure où tout désignait, en l'espèce, l'application de la loi allemande :

- c'est la loi qui régit le contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle,
- c'est la loi qui a obligé la société HDI à payer à la banque la somme litigieuse,
- c'est la loi prévoyant un délai de forclusion pour déclarer le sinistre, lequel a rétroactivement fait disparaître la cause du versement.

Pour soutenir que le rapport de droit présentait des liens manifestement plus étroits avec l'Allemagne, le mémoire ampliatif s'appuie en particulier sur le commentaire de M. Barba, précité.

Selon le mémoire en défense, le grief est, en premier lieu, inopérant puisque la cour d'appel a dit le droit français applicable en vertu de l'article 10, § 3, du règlement. Les motifs de l'arrêt relatifs à la détermination du pays qui a les liens les plus étroits avec le litige sont dès lors surabondants.

En second lieu, il soutient que le grief n'est pas fondé

A cet égard, il souligne que la Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle léger sur l'application par les juges du fond du principe de proximité. Il se fonde à cet effet sur deux arrêts en particulier :

3e Civ., 23 septembre 2014, pourvoi n° 11-23.948, 11-20.972

Attendu, d'une part, qu'après avoir, à bon droit, retenu que selon la convention de Rome du 19 juin 1980, à défaut de choix de la loi par les parties, la loi applicable est celle de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, sauf si une autre loi présente des liens plus étroits avec le contrat, la cour d'appel qui a relevé, par motifs propres, que les silos devaient être construits en France, de sorte que la prestation principale devait être exécutée en France, que la langue dans laquelle avait été rédigée la convention était le

français, alors même que la société Carnitec avait son siège social en Suisse alémanique, que les prix étaient exprimés en francs français, que le contrat de sous-traitance entre la société Carnitec et la société Reggiori avait été soumis à la loi française, a pu, par ces seuls motifs, en déduire que le contrat présentant des liens plus étroits avec la loi française, celle-ci était applicable ;

1^{re} Civ., 10 octobre 2018, pourvoi n° 15-26.093

Et attendu que l'arrêt relève, d'abord, que la responsabilité de la société TRLP est recherchée à raison de manquements tant dans la conduite de la procédure de certification que dans la mise en oeuvre des opérations de surveillance et de recertification, prévues par la directive 93/42, notamment à l'occasion des inspections de surveillance de la qualité effectuées dans les locaux de la société PIP, situés en France ; qu'il constate, ensuite, que les interventions de la société TRLP se sont échelonnées de 1997 à 2010 ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a pu retenir que le dommage était survenu dans les usines de la société PIP où les implants mammaires défectueux avaient été fabriqués et les inspections réalisées, faisant ainsi ressortir que le fait dommageable présentait également les liens les plus étroits avec la France, au sens de l'article 4, paragraphe 3, du règlement Rome II ; que, dès lors, elle en a exactement déduit, sans méconnaître les dispositions de l'article 31 du même règlement, que la loi française était applicable ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ailleurs, le mémoire en défense estime que pour déterminer avec quel pays l'enrichissement sans cause entretient les liens les plus étroits, il faut se placer du point de vue de l'enrichi, ce qu'a fait l'arrêt attaqué.

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments qu'il appartiendra à la Cour d'apprécier la pertinence du premier moyen.