

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER  
présentées le 8 novembre 2006<sup>1</sup>

**I — Introduction**

1. «Cette guerre-ci [...] se prolongea considérablement et comporta pour la Grèce des bouleversements comme on n'en vit jamais dans un égal laps de temps. Jamais il n'y eut tant de villes prises et dépeuplées [...] jamais non plus tant d'exils et de massacres [...]». C'est en ces termes que Thucydide décrivait la guerre du Péloponnèse au V<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ<sup>2</sup>, en évoquant avec lucidité les catastrophes qui accompagnent tout conflit et frappent aussi bien les vaincus que les vainqueurs.
2. Les différents arts ont dépeint les effets pernicieux des confrontations. «Les désastres de la guerre», la célèbre série de 82 tableaux de Goya réalisée entre 1810 et 1820, traduisent les misères des affrontements, des crimes, des tortures et des séquelles qu'ils laissent chez l'individu; témoignages amers empreints de pessimisme qui constituent une chronique sociale au fort impact pacifiste. «Les fusillés du 3 mai», encore de Goya, ou «Guernica» de Picasso montrent également les sentiments que ces conflagrations inspirent chez ces peintres géniaux, avec leur charge d'annihilation et d'extermination.
3. Des années plus tard, en 1859, traversant la Lombardie, alors à feu et à sang, le philanthrope suisse Henri Dunant arriva à Solferino le soir d'une bataille cruelle et découvrit horrifié des milliers de soldats blessés qui gisaient mutilés, abandonnés, délaissés, condamnés à une mort certaine. De cette vision terrible, lui est née l'idée de fonder la Croix-Rouge.
4. Le droit n'a pas non plus été épargné par l'impact funeste des conflits armés. Dans l'affaire au principal, un certain nombre de citoyens grecs ont introduit un recours devant un tribunal de leur pays pour que la République fédérale d'Allemagne répare le préjudice causé par son armée lors d'un épisode tragique de la Seconde Guerre mondiale.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Thucydide, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, traduit du grec par Jacqueline de Romilly, 1-23, éd. Robert Laffont, 1990.

5. L'Efeteio Patron (cour d'appel de Patras) demande à la Cour si ce litige relève ratione materiae de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>3</sup>, connue sous le nom de convention de Bruxelles; il souhaite en outre savoir si le privilège de l'immunité juridictionnelle des États est compatible avec l'économie de cette convention.

6. Les questions sont déferées sur la base erronée de l'article 234 CE, puisque la compétence que se voit attribuer la Cour pour interpréter la convention découle non de cette disposition mais du protocole du 3 juin 1971<sup>4</sup>. L'erreur est toutefois dénuée de pertinence, car, comme le rappelle le gouvernement allemand, l'article 2 du protocole autorise l'Efeteio à solliciter des décisions à titre préjudiciel sur l'interprétation de la convention.

## II — Le cadre juridique

7. La convention de Bruxelles délimite son champ d'application au titre I, composé de l'article 1<sup>er</sup>, qui dispose:

3 — JO 1972, L 299, p. 32, version consolidée publiée au JO 1998, C 27, p. 1.

4 — Protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention de Bruxelles (JO 1975, L 204, p. 28; version consolidée publiée au JO 1998, C 27, p. 28).

«La présente convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives.

Sont exclus de son application:

- 1) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions;
- 2) les faillites, concordats et autres procédures analogues;
- 3) la sécurité sociale;
- 4) l'arbitrage.»

8. Le titre II, qui traite de la compétence judiciaire, pose en son article 2, premier alinéa, le principe général selon lequel «les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État», sous réserve des exceptions prévues par la convention.

9. Parmi ces exceptions figurent les «compétences spéciales» de l'article 5, dont la teneur est la suivante:

«Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré, dans un autre État contractant:

[...]

3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit;

4) s'il s'agit d'une action en réparation de dommage ou d'une action en restitution fondées sur une infraction, devant le tribunal saisi de l'action publique, dans la mesure où, selon sa loi, ce tribunal peut connaître de l'action civile;

[...]

10. Ces règles sont complétées par les titres III «Reconnaissance et exécution», IV «Actes authentiques et transactions judiciaires», V «Dispositions générales», VI «Dispositions transitoires», VII «Relations avec les autres conventions», et VIII «Dispositions finales».

11. Il convient de signaler que le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>5</sup>, s'est substitué à la convention de Bruxelles, avec laquelle il concorde largement, bien que les nouvelles dispositions ne soient pas applicables dans l'affaire au principal.

### III — Les faits, le litige au principal et les questions préjudicielles

12. M<sup>me</sup> Lechouritou et d'autres personnes ont engagé une action contre la République fédérale d'Allemagne devant le Polymeles Protodikeio Kalavriton (tribunal de première instance de Kalavrita), en demandant une indemnisation visant à réparer les préjudices matériels, moraux ainsi que psychologiques subis à la suite du massacre perpétré par des soldats de la Wehrmacht le 13 décembre 1943 à Kalavrita, lors de l'invasion de la Grèce au cours de la Seconde Guerre mondiale<sup>6</sup>.

5 — JO 2001, L 12, p. 1.

6 — Faisant état de faits similaires survenus à Distomo le 10 juin 1944, 257 citoyens grecs ont formé un recours contre la République fédérale d'Allemagne, qui a été accueilli par le tribunal de première instance de Livadia dans un jugement du 30 octobre 1997. Cette décision a été confirmée par la cour suprême grecque dans un arrêt du 4 mai 2000, mais n'a pas été exécutée en l'absence de l'autorisation préalable du ministre de la Justice, exigée par l'article 923 du code de procédure civile. Les demandeurs ont ensuite porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui, dans son arrêt Kalogeropoulou e.a./Grèce et Allemagne, du 12 décembre 2002, (*Recueil des arrêts et décisions*, 2002-X), a analysé la relation entre l'immunité des États et la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et jugé que les restrictions posées par la législation grecque étaient proportionnées. Les observations du gouvernement allemand dans le présent renvoi préjudiciel rendent compte de la crise diplomatique qu'avait alors déclenchée cette affaire.

13. Dans son jugement n° 70/1998, le tribunal susmentionné a estimé que, conformément à l'article 3, paragraphe 1, du code de procédure civile, il n'avait pas compétence pour trancher le litige, au motif que l'État membre jouissait du privilège de l'immunité de juridiction.

14. Les demandeurs ont interjeté appel devant l'Efeteio Patron qui, le 12 janvier 2001, a adopté une première décision suspendant la procédure afin que l'Anotato Eidiko Dikastirio (cour suprême spéciale) se prononce sur la question de savoir si l'article 11 de la convention européenne sur l'immunité des États, signée à Bâle le 16 mai 1972<sup>7</sup>, dont la République hellénique n'est pas signataire, qui prévoit une exception à l'immunité pour les actes de souveraineté préjudiciables commis sur le territoire de l'État du for par un auteur se trouvant sur ce territoire, constitue une norme de droit international généralement admise, et si cette exception couvre, conformément à la coutume internationale, des demandes tendant à obtenir réparation des préjudices résultant d'affrontements armés, subis par des personnes d'un groupe défini et d'une localité déterminée qui sont étrangères aux combats et ne participent pas aux opérations de guerre.

7 — Convention conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe, en vigueur depuis le 11 juin 1976, qui oblige le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, la République de Chypre, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Confédération suisse. À la même date, un protocole additionnel a été ouvert à la signature: il est applicable depuis le 22 mai 1985 et lie le Royaume de Belgique, la République de Chypre, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, et la Confédération suisse. Le texte et les ratifications peuvent être consultés sur le site web du Conseil de l'Europe: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/074.htm>.

15. Dans son arrêt n° 6/2002, du 17 septembre 2002, l'Anotato Eidiko Dikastirio a jugé que, «au stade actuel de l'évolution du droit international, la règle généralement admise de ce droit, selon laquelle un État ne peut pas être valablement attrait devant une juridiction d'un autre État membre en réparation d'un fait dommageable de toute nature qui a eu lieu sur le territoire de l'État du for et dans lequel les forces armées de l'État défendeur sont impliquées de quelque manière que ce soit, soit en temps de guerre soit en temps de paix, continue d'exister».

16. L'Efeteio Patron, tenu comme tout autre organe juridictionnel par l'arrêt de l'Anotato Eidiko Dikastirio<sup>8</sup>, a décelé un point de rattachement avec le droit commun des États membres de l'Union européenne et a sursis à statuer pour saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes:

«1) Les recours en réparation formés par des personnes physiques contre l'État défendeur en tant que civilement responsable d'actes ou omissions de ses forces armées entrent-ils dans le champ d'application matériel de la convention de Bruxelles conformément à son article 1<sup>er</sup>, lorsque ces actes ou omissions sont survenus pendant l'occupa-

8 — Article 100, paragraphe 4, de la Constitution hellénique, en combinaison avec l'article 54, paragraphe 1, du code relatif à l'Anotato Eidiko Dikastirio, introduit par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 345/1976 (*Journal officiel de la République hellénique*, première partie, n° 141).

tion militaire de l'État de résidence des parties appelantes à la suite d'une guerre d'agression menée par le défendeur, sont manifestement contraires au droit de la guerre et sont susceptibles d'être également considérés comme des crimes contre l'humanité?

demandeurs, du gouvernement allemand et de la Commission ont formulé des observations orales.

2) Est-il conforme à l'économie de la convention de Bruxelles que l'État défendeur invoque l'exception d'immunité, de sorte que, en cas de réponse affirmative, la convention cesse automatiquement d'être applicable, et cela à l'égard d'actes et omissions des forces armées du défendeur qui ont eu lieu avant l'entrée en vigueur de ladite convention, à savoir au cours des années 1941-1944?»

## V — Analyse de la première question préjudicielle

19. L'Efeteio Patron demande en substance à la Cour si les recours en indemnité engagés par les particuliers contre un État contractant pour réparer les dommages causés par les forces d'occupation lors d'un conflit armé relèvent de la convention de Bruxelles, qui, conformément à son article 1<sup>er</sup>, est circonscrite à la «matière civile et commerciale».

## IV — La procédure devant la Cour

17. Les demandeurs au principal, les gouvernements néerlandais, polonais, allemand et italien, ainsi que la Commission des Communautés européennes, ont déposé des observations écrites dans le délai prévu à l'article 23 du statut de la Cour de justice.

18. Lors de l'audience, qui s'est déroulée le 28 septembre 2006, les représentants des

### A — La notion de «matière civile et commerciale»

20. Reprenant la coutume d'autres textes internationaux<sup>9</sup>, et pour éviter les écueils

9 — Dans son rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1979, C 59, p. 1), P. Jenard explique que le comité d'experts chargé d'élaborer le projet s'est rallié sur ce point à la méthode des conventions existantes. En doctrine, cette même analyse est partagée par Droz, GAL, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Librairie Dalloz, Paris, 1972, p. 33. De même que par l'avocat général Darmon au point 19 de ses conclusions dans l'affaire Sonntag (arrêt du 21 avril 1993, C-172/91, Rec. p. I-1963), sur laquelle je reviendrai ci-dessous; au point 20, celui-ci constate «qu'il est rare, dans un cadre bilatéral, de dresser la liste exhaustive des matières relevant du droit civil ou commercial».

que pose l'énoncé de contenus<sup>10</sup>, la convention ne définit pas ce qu'il convient d'entendre par «matière civile et commerciale»; elle se borne à ajouter une précision négative, qui ôte toute incidence à la «nature de la juridiction»<sup>11</sup>. La jurisprudence a toutefois établi 1) que la notion avait un caractère autonome et 2) qu'elle excluait les *acta jure imperii*.

22. C'est ce qui s'est produit avec la notion de «matière civile»<sup>13</sup>, que l'arrêt du 14 octobre 1976, *LTU*<sup>14</sup>, a qualifiée de concept autonome qu'il faut interpréter en se référant non seulement aux objectifs et au système de la convention, mais aussi aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux, sans que suffise un renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des États concernés, puisque la délimitation ratione materiae vise à «assurer [...] l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de celle-ci pour les États contractants et les personnes intéressées» (point 3)<sup>15</sup>.

## 1) Autonomie de la notion

21. Dans ses conclusions dans l'affaire *Rich*, qui a donné lieu à l'arrêt du 25 juillet 1991<sup>12</sup>, l'avocat général Darmon soutient que l'interprétation de la convention suscite maintes difficultés, car la complexité propre à cette matière se conjugue avec l'utilisation de notions définies avec précision dans les droits nationaux, mais de manière souvent divergente entre elles, ce qui conduit fréquemment la Cour à en dégager une signification autonome.

23. Cette qualification a été réitérée dans d'autres arrêts, tels que ceux du 14 juillet 1977, *Bavaria*<sup>16</sup>, point 4; du 22 février 1979, *Gourdain*<sup>17</sup>, point 3; du 16 décembre 1980, *Rüffer*<sup>18</sup>, points 7 et 8; *Sonntag*<sup>19</sup>, point 18;

10 — Desantes Real, M., *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, éd. Bosch, Barcelone, 1986, p. 79 et 80.

11 — Elle a suivi les tendances du droit international: «les expressions matière civile ou commerciale sont très larges et ne comprennent pas seulement les affaires qui sont de la compétence des tribunaux civils et des tribunaux de commerce dans les pays où il existe une juridiction administrative», *Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et Documents de la quatrième session (mai-juin 1904)*, p. 84.

12 — C-190/89, Rec. p. I-3855.

13 — D'autres notions se sont également vu conférer une portée autonome, telle que celle de «matière contractuelle» figurant à l'article 5, paragraphe 1, de la convention de Bruxelles (arrêts du 22 mars 1983, *Peters*, 34/82, Rec. p. 987, points 9 et 10; du 8 mars 1988, *Arcado*, 9/87, Rec. p. 1539, points 10 et 11; du 17 juin 1992, *Handtke*, C-26/91, Rec. p. I-3967, point 10; du 27 octobre 1998, *Réunion européenne e.a.*, C-51/97, Rec. p. I-6511, point 15, et du 17 septembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, Rec. p. I-7357, point 35).

14 — 29/76, Rec. p. 1541.

15 — Au point 2 de ses conclusions dans cette affaire, l'avocat général Reischl estime que la question est loin de faire l'unanimité, puisque la doctrine et les jurisprudences nationales offrent des propositions divergentes; il s'oppose néanmoins à la thèse de l'autonomie, qui, bien que lui paraissant «extrêmement séduisante», se heurte selon lui à des «objections très sérieuses», et propose de s'en remettre au droit de l'État d'origine de la décision à exécuter.

16 — 9/77 et 10/77, Rec. p. 1517.

17 — 133/78, Rec. p. 733.

18 — 814/79, Rec. p. 3807.

19 — Arrêt précité note 9.

du 14 novembre 2002, Baten<sup>20</sup>, point 28, et du 15 mai 2003, Préservatrice foncière TIARD<sup>21</sup>, point 20.

2) Exclusion des *acta jure imperii*

24. Le rapport Schlosser sur la convention d'adhésion de 1978<sup>22</sup> défend la nécessité de conférer une signification autonome aux notions de l'article 1<sup>er</sup>, en relevant que les systèmes juridiques des États membres originaires connaissent bien la distinction entre les matières civiles et commerciales, d'une part, et celles couvertes par le droit public, d'autre part. Malgré d'importantes différences, la distinction obéit normalement à des critères analogues, de sorte que les rédacteurs du texte original de la convention et le rapport Jenard ont renoncé à spécifier les matières civiles et commerciales et se sont bornés à préciser que les décisions des juridictions administratives et pénales entrent dans le champ d'application de la convention, lorsque ces juridictions statuent en matière civile et commerciale. Le rapport Schlosser souligne également que le Royaume-Uni et l'Irlande ignorent pratiquement cette distinction — courante dans les systèmes des États membres originaires — entre droit public et droit privé (point 23).

25. L'arrêt LTU, précité, a étendu la convention aux litiges opposant une autorité publique et un particulier, pour autant que ladite autorité n'agisse pas dans l'exercice de la puissance publique (points 4 et 5)<sup>23</sup>.

26. Bien que la Cour se soit référée aux règles concernant la reconnaissance des décisions judiciaires (titre III), cette jurisprudence vise également celles relatives à la compétence judiciaire (titre II)<sup>24</sup>, puisque l'article 1<sup>er</sup> conditionne l'application de ces deux titres.

27. De fait, l'arrêt LTU a conduit à ce que le premier élargissement de la Communauté s'accompagne d'une modification de la convention de Bruxelles, destinée à en exclure explicitement les «matières fiscales douanières ou administratives»<sup>25</sup>.

20 — C-271/00, Rec. p. I-10489.

21 — C-266/01, Rec. p. I-4867.

22 — Rapport sur la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice, du Prof. P. Schlosser (JO 1990, C 189, p. 184).

23 — Cette jurisprudence a été confirmée dans les arrêts Ruffer, point 8; Sonntag, point 20; Baten, point 30; Préservatrice foncière TIARD, point 22, précités, et du 1<sup>er</sup> octobre 2002, Henkel (C-167/00, Rec. p. I-8111, point 26).

24 — Au point 21 de ses conclusions dans l'affaire Henkel, l'avocat général Jacobs partage la même opinion, que la Cour a implicitement confirmée dans son arrêt.

25 — Phrase ajoutée par l'article 3 de la convention du 9 octobre 1978, relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et — texte modifié — p. 77).

28. Les autorités publiques n'épuisent toutefois pas leur activité dans ces matières, même si elles s'y consacrent fréquemment; au surplus, les adjectifs «fiscal», «douanier» et «administratif» partagent l'autonomie conceptuelle des termes «civil» et «commercial», en raison d'exigences identiques d'uniformité et de sécurité juridique<sup>26</sup>.

29. Les observations écrites présentées dans la présente procédure concordent à dire que les *acta jure imperii* ne relèvent pas du champ de la convention de Bruxelles<sup>27</sup>. Les divergences surgissent à propos de la définition de ces actes et de la question de savoir s'ils incluent le comportement des forces armées d'un État dans un autre.

30. Il convient donc d'examiner a) les raisons de l'exclusion de tels actes, ainsi que b) les critères auxquels elle obéit dans chaque hypothèse.

26 — L'article 2, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (JO L 143, p. 15), fait sienne cette philosophie en disposant que «[l]e présent règlement s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Il ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives, ni la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (*acta jure imperii*)». L'article 2, paragraphe 1, de la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer [COM (2006) 57 final] présente un contenu similaire.

27 — Les projets de futures règles communautaires écartent également ces actes. Ainsi, la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II») [COM (2006) 83], exclut, à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, «les obligations non contractuelles nées dans le cadre de la responsabilité de l'État pour les actes commis dans l'exercice de la puissance publique (*acta jure imperii*)».

a) Les raisons de l'exclusion

31. En considérant l'autonomie des termes «matière civile et commerciale» et la pertinence de leur interprétation selon les critères indiqués, l'arrêt LTU a fait référence à certaines raisons caractérisant la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou l'objet de celui-ci pour justifier leur exclusion de la convention de Bruxelles; il a distingué les situations dans lesquelles les autorités usent de prérogatives de puissance publique de celles où elles agissent comme toute autre personne (point 4)<sup>28</sup>.

32. En outre, il existe d'autres raisons plus fortes et générales pour soutenir que les *acta jure imperii* — à la différence des *acta jure gestionis*<sup>29</sup> — ne relèvent pas de la convention de Bruxelles.

33. Le rapport Schlosser rappelle que, «dans le système juridique des États membres originaires, l'État en tant que tel ainsi que les collectivités à finalités publiques, comme les communes et les départements, peuvent participer de deux manières au commerce

28 — Dans ses conclusions dans l'affaire LTU, l'avocat général Reischl évoque le rapport de supériorité et de subordination comme élément caractérisant les relations de droit public.

29 — Desantes Real, M., op. cit., p. 84.

juridique», selon qu'ils obéissent aux règles du droit public ou du droit privé, les actes de droit public étant réputés constituer des émanations de la souveraineté.

l'État impose ses pouvoirs et ne se soumet pas au droit privé<sup>30</sup>.

34. Dans un autre ordre d'idées, se penchant sur les exceptions de l'article 1<sup>er</sup>, point 1, de la convention dans ses conclusions dans l'affaire Préservatrice foncière TIARD, l'avocat général Léger estime qu'elles concernent «des matières qui échappent à l'autonomie de la volonté des parties et qui touchent à l'ordre public» (point 53), ce dont il déduit que, «dans ces matières, les rédacteurs de la convention de Bruxelles ont voulu que, à la compétence exclusive d'un État membre corresponde la compétence des autorités administratives et juridictionnelles du même État. Lorsque ces matières constituent l'objet principal du litige, ce sont les juridictions de cet État qui sont considérées comme étant les mieux placées pour les trancher. La protection effective des situations juridiques, qui constitue l'un des objectifs de la convention de Bruxelles, se trouve donc garantie par la désignation d'un système national compétent dans son intégralité [...]» (point 54), explication qui lui semble également devoir s'appliquer pour «les matières relevant du droit public, dans lesquelles l'État exerce ses prérogatives de puissance publique» (point 55).

35. Au final, soit qu'il s'agisse d'actes souverains, soit que la protection judiciaire apparaisse plus convaincante, la convention ne s'applique pas aux domaines dans lesquels

36. Comme le relève l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire Henkel, le problème réside dans le fait qu'«il n'est pas toujours facile de faire la différence entre les instances dans lesquelles l'État et ses organes indépendants agissent en qualité d'organes de droit privé et celles dans lesquelles ils agissent en leur qualité d'organes de droit public» (point 22), spécialement si l'on considère que les pays fidèles à la «common Law» ignorent l'opposition entre droit public et droit privé, puisque l'expression «civil law» englobe tout ce qui ne relève pas du «criminal law»<sup>31</sup>. Aussi les ordres juridiques des États contractants, qui sont bien souvent divergents et imprécis<sup>32</sup>, ne sont-ils guère utiles pour identifier une manifestation de la puissance publique, bien qu'ils puissent suggérer d'éventuelles solutions.

30 — La dichotomie droit privé/droit public pour délimiter la convention de Bruxelles ressort nettement du rapport Jenard, lorsqu'il justifie l'exclusion de la sécurité sociale: «matière qui, dans certains pays, comme en République fédérale d'Allemagne, relève du droit public et qui, dans d'autres, est comprise dans la zone marginale entre le droit privé et le droit public». Le rapport Evriyenis et Kerameus sur l'adhésion de la République hellénique à la convention (JO 1990, C 189, p. 257) distingue les matières civiles et commerciales de celles auxquelles s'applique le droit public, lesquelles échappent au champ d'application de la convention. Selon la Cour, la distinction peut s'appuyer sur le critère de l'exercice de la puissance publique, qui, dans la doctrine continentale, permet de qualifier les matières soumises au droit public (point 28). En doctrine, Desantes Real, M., op. cit., p. 79 à 81.

31 — James, P. S., *Introduction to the English Law*, 10<sup>e</sup> éd., Ed. Butterworth's, Londres, 1979, p. 4 et suiv., Knoepfler, F., *La House of Lords et la définition de la matière civile et commerciale*, Mélanges Grossen, Neuchâtel, 1992, p. 9.

32 — Tirado Robles, C., *La competencia judicial en la Unión Europea (Comentarios al Convenio de Bruselas)*, éd. Bosch, Barcelone, 1995, p. 14.

b) Les critères sur lesquels repose l'exclusion créance qui a sa source dans un acte de puissance publique» (point 15), puisque l'important n'est pas la nature de l'action ou de la procédure, mais celle du droit sur lequel repose cette action.

37. Compte tenu de l'autonomie des notions considérées et des raisons pour lesquelles les *acta jure imperii* excèdent les limites de la convention de Bruxelles, un coup d'œil à la jurisprudence aide à déceler les critères déterminants pour l'exclusion de tels actes.

38. L'arrêt LTU a refusé de faire rentrer dans le champ de la convention le recouvrement de redevances dues par une personne de droit privé à un organisme de droit public en vertu de l'utilisation obligatoire et exclusive des installations et des services de celui-ci. Selon l'arrêt, le champ d'application matériel se définit essentiellement par les «éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou l'objet de celui-ci» (point 4).

39. L'arrêt Ruffer a exposé des arguments identiques au sujet de l'action récursoire intentée par l'État néerlandais contre un transporteur fluvial, propriétaire d'un bateau qui avait heurté un autre navire, en vue de récupérer les frais d'enlèvement de l'épave, au motif que ce travail de nettoyage entrait dans les fonctions de police fluviale qui lui incombaient en vertu d'un traité international. L'aspect décisif a été que «le gestionnaire, en poursuivant le recouvrement desdits frais, agit sur la base d'un droit de

40. L'arrêt Sonntag, rendu dans le cadre d'une procédure pénale engagée à la suite du décès d'un élève d'une école publique allemande lors d'une excursion en Italie et dirigée contre le professeur accompagnateur, laquelle procédure avait également donné lieu à une action civile en réparation du préjudice, a admis le recours à la convention, en indiquant que l'action civile «revêt un caractère civil» (point 19), car: a) même si le professeur a le statut de fonctionnaire et qu'il agit en tant que tel, «un fonctionnaire n'exerce pas toujours la puissance publique» (point 21); b) dans la majorité des systèmes juridiques des États contractants, l'encadrement des élèves ne comporte pas de pouvoirs exorbitants dans les relations entre les particuliers (point 22)<sup>33</sup>; c) dans de telles circonstances, les enseignants des écoles publiques et ceux d'écoles privées assument des «fonctions identiques» (point 23); d) la jurisprudence de la Cour<sup>34</sup> avait laissé en dehors de l'exercice de prérogatives de puissance publique la notation et la décision relative au passage en classe supérieure (point 24); et e) la qualification opérée par

33 — Dans ses conclusions dans cette affaire, l'avocat général Darmon illustre la configuration de l'action civile née du délit dans les systèmes juridiques des États contractants, en distinguant les pays de «common law» (point 28) et ceux du continent, parmi lesquels il cite les législations danoise, espagnole, belge, italienne, portugaise, néerlandaise, française, luxembourgeoise, allemande et grecque (points 30 à 39).

34 — Arrêt du 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum* (66/85, Rec. p. 2121, point 28).

le droit de l'État d'origine de l'enseignant (point 25) ainsi que la couverture de l'accident par un régime de sécurité sociale (points 27 et 28) sont dénuées de pertinence.

41. L'arrêt Henkel, reprenant l'une des réflexions de l'arrêt Sonntag, a rejeté l'idée qu'un litige entamé par une association privée de protection des consommateurs pour interdire des clauses abusives dans les contrats puisse avoir pour objet une «manifestation de la puissance publique, puisqu'il ne concerne aucunement l'exercice de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers» (point 30).

42. L'arrêt Baten a rangé dans la «matière civile» l'action récursoire par laquelle «un organisme public poursuit auprès d'une personne de droit privé le recouvrement de sommes qu'il a versées à titre d'aide sociale [...], pour autant que le fondement et les modalités d'exercice de cette action sont régis par les règles du droit commun»; il a ajouté que lorsque l'action récursoire est fondée sur des dispositions par lesquelles le législateur a conféré à l'organisme public une prérogative propre, ladite action ne peut pas être considérée comme relevant de la «matière civile» (point 37)<sup>35</sup>.

35 — L'avocat général Tizzano explique que, compte tenu des circonstances, la commune n'agit dans l'exercice de la puissance publique ni pour déterminer contre qui elle va se retourner pour demander le remboursement des frais exposés, ni pour définir l'étendue de la prestation due, ni même aux fins de la récupération des frais d'assistance: elle ne peut que réclamer le paiement au tiers (point 35); en conséquence, le rapport de droit qui s'instaure entre les deux sujets n'est pas différent des rapports d'obligation ordinaires entre des personnes en positions égales, comme il en va dans les rapports de droit civil (point 36).

43. Quant à l'arrêt Préservatrice foncière TIARD, il portait sur une action en recouvrement de dettes douanières engagée par le Royaume des Pays-Bas contre la caution du débiteur principal. Il a fait rentrer dans le champ de la convention de Bruxelles une action par laquelle un État contractant poursuit, auprès d'une personne de droit privé, l'exécution d'un contrat de droit privé de cautionnement conclu en vue de permettre à une autre personne de fournir une garantie exigée et définie par cet État, à cette condition toutefois, imposée par l'insuffisance des éléments fournis dans la décision de renvoi, «que le rapport juridique entre le créancier et la caution, tel qu'il résulte du contrat de cautionnement, ne correspond[e] pas à l'exercice par l'État de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers» (point 36).

44. De même, l'arrêt du 15 janvier 2004, Blijdenstein<sup>36</sup>, a estimé qu'entraîne dans le champ de la convention l'action d'une autorité publique visant à recouvrer des sommes d'argent versées à titre d'aides à la formation, conformément à l'ordre juridique public, à une jeune créancière d'aliments aux droits desquels elle était subrogée en vertu des règles civiles (point 21).

45. Enfin, l'arrêt du 5 février 2004, Frahuil<sup>37</sup>, a déclaré que l'action engagée par une

36 — C-433/01, Rec. p. I-981.

37 — C-265/02, Rec. p. I-1543.

caution, qui avait payé des droits de douane par application d'un contrat passé avec un tiers qui les avaient acquittés pour le compte de l'importateur, «ne correspond pas à l'exercice de quelconques pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers» (point 21).

tion» fait référence au fondement, à la nature et aux modalités d'exercice de l'action<sup>39</sup>.

## B — Examen de la présente affaire

### 1) Indication préliminaire

46. Des arrêts mentionnés, il ressort que, pour déceler un acte *jure imperii*, qui, donc, ne relève pas de la convention de Bruxelles, il importe de tenir compte: 1) du caractère public de l'un des membres de la relation juridique; ainsi que 2) de l'origine et de la source de l'action engagée, concrètement, de l'exercice par l'administration de pouvoirs exorbitants ou sans équivalent entre personnes privées. Le critère «personnel» suggère un aspect formel<sup>38</sup>; celui de la «subordina-

47. L'appréciation de l'exercice de la puissance publique emporte la mise en balance des circonstances de chaque affaire, ce qui a permis à la doctrine de discuter le rôle exercé par la Cour dans les arrêts qu'elle a prononcés<sup>40</sup>.

48. L'une des critiques est tirée du fait que la Cour ne s'est pas bornée à fournir les éléments en vue d'une qualification autonome de la notion de l'article 1<sup>er</sup> de la convention de Bruxelles et à les appliquer aux contentieux entre autorités publiques et particuliers, mais a imposé une solution, elle-même controversée.

38 — Il suppose d'inclure dans la convention de Bruxelles les cas dans lesquels la relation naît entre particuliers, même si celle-ci découle d'une règle de droit public; Gothot, P., et Holleaux, D., *La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, éd. La Ley, Madrid, 1986, p. 9; Palomo Herrero, Y., *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales según el Convenio de Bruselas de 27-09-68*, éd. Colex, Madrid, 2000, p. 61. Le critère répond à la conception continentale du droit public, selon laquelle il n'existe pas de relation de droit public hors la présence d'une administration publique (García de Enterría, E., et Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 9<sup>e</sup> éd., Civitas, Madrid, 1999, p. 42 et suiv.); au vu des problèmes que pose la délimitation de ce droit dans une Union sans cesse plus grande, je ne puis m'empêcher de souligner la nécessité qu'il y a de préciser le critère personnel dans le domaine communautaire, en réduisant son importance ou en interprétant largement la notion de «partie publique» par opposition à «partie privée» (Dashwood, A., Hacon, R., et White, R., *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgement Convention*, éd. Kluwer, Deventer/Amberes/Londres/Francfort/Boston/New York, 1987, p. 10, et Donzallaz, Y., *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, vol. 1, éd. Staempfli, Berne, 1996, p. 336 et 337).

39 — Gaudemet-Tallon, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe)*, éd. LGD, Paris, 1993, p. 20 et 21, relève que, même s'il n'est pas dépourvu de logique et qu'il est utilisé en droit international, ce critère n'aplanit pas les obstacles que pose le tracé de la frontière entre droit public et droit privé.

40 — Entre autres, Schlosser, P., «Der EuGH und das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, p. 457 et suiv.; voir également, pour leurs commentaires de l'arrêt LTU, Huet, A., *Journal du droit international*, 1977, p. 707 et suiv., et Droz, GAL., *Revue critique de droit international privé*, 1977, p. 776 et suiv.

49. La question préjudicielle se présente toutefois comme une suite temporelle comportant trois phases successives: la première, lors de laquelle le juge national décèle le problème de droit européen; la phase intermédiaire, au cours de laquelle la Cour analyse ce problème; et la dernière, dans laquelle le juge national résout le litige au principal à la lumière des indications fournies<sup>41</sup>. Les difficultés surgissent en cas de rupture de l'équilibre présidant au dialogue entre les organes judiciaires<sup>42</sup>, lorsque l'un d'eux<sup>43</sup> outrepassé<sup>44</sup> l'exercice de ses fonctions.

50. C'est en conceptualisant les faits, en cherchant à résoudre le doute interprétatif d'une manière qui puisse être utile à tout organe juridictionnel de l'Union confronté à des situations analogues, que l'on évitera tout risque d'excès dans cette affaire. Au surplus, les questions posées doivent être envisagées de façon strictement juridique, en évitant les sentiments, qui, quoique compréhensibles, entravent le raisonnement.

41 — Pescatore, P., «Las cuestiones prejudiciales», dans Rodriguez Iglesias, G. C., et Liñán Noguera, D., *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, éd. Civitas, Madrid, 1993, p. 546.

42 — Peláez Marón, J. M., «Funciones y disfunciones del control jurisdiccional en el marco de la Comunidad Europea», *Gaceta Jurídica de la CEE*, n° 52, série D-9, 1988, p. 233 à 259.

43 — Kakouris, K. N., dans «La mission de la Cour de Justice des Communautés européennes et l'ethos du juge», *Revue des affaires européennes*, n° 4, 1994, p. 35 à 41, évoque l'attitude de conscience, d'honnêteté et de moralité, tant de la Cour, que de chacun de ses juges — l'«ethos».

44 — Au point 35 de mes conclusions dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 17 juin 2004, *Recheio-Cash & Carry* (C-30/02, Rec. p. I-6051), j'ai dit ne pas comprendre que l'arrêt du 24 septembre 2002, *Grundig Italiana* (C-255/00, Rec. p. I-8003), ait précisé, dans le domaine fiscal, le délai minimal pour garantir l'exercice effectif des actions fondées sur le droit communautaire, en empiétant sur la compétence souveraine du juge national pour résoudre le litige au principal; à la note 44 de ces conclusions, j'ai dénoncé la même erreur dans d'autres arrêts.

51. L'Efeteio Patron a correctement rempli son rôle, même s'il convient, pour fournir une réponse utile, de graver un degré supplémentaire dans la généralisation factuelle, en prenant comme référence les dommages causés aux particuliers par les militaires d'un État membre sur le territoire d'un autre au cours d'une guerre, en écartant les éléments qui individualisent le recours en indemnité, parmi lesquels figure l'élément temporel<sup>45</sup>.

2) Le comportement des forces armées en temps de guerre

52. Comme l'action est dirigée contre un État, il ne semble pas nécessaire de s'arrêter sur le premier des critères énoncés — le caractère public de l'une des parties —, de sorte que l'on se concentrera sur l'examen du second — l'usage de pouvoirs exorbitants.

a) La thèse proposée

53. Quelles que soient les règles qui, depuis l'Antiquité, ont été élaborées, les admoni-

45 — À cet égard, et quoiqu'il vise la seconde question préjudicielle, le gouvernement polonais fournit dans ses observations une analyse subtile, qui s'attache au fait que la juridiction de renvoi mentionne les actes et omissions antérieurs à l'entrée en vigueur de la convention, «à savoir cours des années 1941-1944», mais sans que cela soulève de question d'interprétation, qui, comme le souligne ce gouvernement, serait réglée conformément à l'article 54 de la convention, lequel oblige à tenir compte de la date à laquelle l'action est exercée.

tions qui ont été lancées et les normes qui ont été adoptées sur la conduite des hostilités en temps de guerre<sup>46</sup>, cette dernière n'a pas perdu son caractère de phénomène exceptionnel.

54. Écartant les opérations accomplies par des groupes isolés, qui suggèrent d'autres préoccupations, le gouvernement néerlandais qualifie à bon droit les actes de guerre d'expressions typiques du pouvoir de l'État.

55. Plusieurs raisons accréditent cette affirmation:

- Les armées s'intègrent dans la structure de l'État. Soumises à une stricte discipline, elles obéissent à leurs supérieurs<sup>47</sup> au sein d'une organisation hiérarchique, dont le sommet est consti-

tué par les premières autorités de la nation<sup>48</sup>.

- Elles sont régies par des principes proclamés solennellement dans les normes de rang supérieur de chaque pays, qui, en outre, fixent les limites, les objectifs et les conditions de l'activité militaire, en gagnant en précision au fil de la chaîne de commandement.
- Elles exercent des pouvoirs dont sont dépourvus les autres citoyens, tenus d'obéir aux ordres des militaires et soumis à de graves sanctions en cas de rébellion.

56. La Cour européenne des droits de l'homme<sup>49</sup>, la quasi-totalité des États mem-

46 — Dans la bible, le Deutéronome recèle un véritable catalogue de recommandations, sous l'intitulé «La conquête des villes», qui exige, par exemple, qu'une offre de paix soit faite à toute population assiégée (*Bible de Jérusalem*, Deutéronome, chapitre 20, verset 10, éd. du Cerf, 1998, p. 278). La notion de «droit humanitaire international» a actuellement acquis droit de cité; elle a été développée dans les conventions de Genève du 12 août 1949 relatives au traitement des prisonniers de guerre (convention III) et à la protection des personnes civiles en temps de guerre (convention IV), ainsi que dans les protocoles additionnels adoptés le 8 juin 1977, relatifs à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I) et à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (protocole II); ces textes, dans différentes langues, figurent sous la rubrique «droit international» du site web du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme: <http://www.ohchr.org>.

47 — Lors de l'audience, les demandeurs au principal ont confirmé que les soldats avaient agi sur ordre de leurs supérieurs.

48 — Dans son roman, *Misérias de la guerra*, éd. Caro Raggio, Madrid, 2006, qui n'a été publié que récemment pour avoir été victime des aléas de la censure franquiste, Baroja, P., évoque le rôle qu'a tenu Durruti au cours de la guerre civile espagnole, et lui impute d'avoir eu «raison comme militaire mais tort comme anarchiste», car la «guerre n'est possible qu'au prix d'une discipline stricte et dure. Vouloir faire la guerre avec des anarchistes, qui prétendent discuter les ordres de leurs chefs, est pure folie» (p. 192).

49 — L'arrêt *McElhinney c. Irlande*, du 21 novembre 2001, § 38 (*Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI), déclare que «[l]es textes mentionnés [...] montrent en outre que cette tendance paraît concerner essentiellement les dommages corporels 'assurables', c'est-à-dire ceux causés par des accidents de la circulation ordinaires, et non des problèmes relevant de la sphère centrale de souveraineté des États, tels que les actes d'un soldat sur le territoire d'un État étranger; ceux-ci peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre États et à la sécurité nationale» (point 38).

bres ayant présenté des observations dans la présente procédure préjudicielle et la Commission rangent les actes de l'armée parmi les manifestations de la souveraineté étatique.

57. Aussi, la réparation des préjudices causés au cours d'une guerre par les troupes de l'un des camps ne fait pas partie de la «matière civile» au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention de Bruxelles, dont les dispositions ne sont pas applicables<sup>50</sup>.

#### b) Les objections soulevées

58. La qualification des actes de l'armée en tant qu'acta jure imperii est discutée dans certaines des observations présentées dans cette procédure préjudicielle, à l'aide d'arguments tirés: i) de la responsabilité internationale de l'État, ii) de l'illégalité des comportements, iii) de la territorialité de l'exercice du pouvoir et iv) des règles de la convention de Bruxelles. J'observe d'emblée qu'aucun de ces arguments n'infirmes selon moi les considérations exposées jusqu'à présent.

50 — D'autres juridictions des États contractants, telles que la Corte suprema di cassazione (Italie), dans une décision du 12 janvier 2003, et le Bundesgerichtshof (Allemagne), dans un arrêt du 26 juin 2003, sont parvenues à cette conclusion sans formuler de question préjudicielle.

#### i) La responsabilité de l'État en droit international

59. Les observations susmentionnées font fréquemment référence à la dimension internationale des questions déferées, aspect que les demandeurs au principal rattachent à la responsabilité imputable aux États à raison des actes illégaux.

60. Cette dimension revêt un grand intérêt; la commission du droit international, créée dans le cadre de l'Organisation des Nations unies, a estimé en 1949, lors de sa première session, qu'il s'agissait d'une matière se prêtant à la codification; en 2001, durant la 53<sup>e</sup> session, elle a adopté un «projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite»<sup>51</sup>. Au surplus, elle apparaît en étroite relation avec l'immunité juridictionnelle des États, laquelle a évolué durant la seconde moitié du siècle dernier, puisqu'elle s'est relativisée et limitée aux acta jure imperii, et qu'elle a tendance à s'effacer, y compris pour de tels actes, en cas d'atteinte aux droits de l'homme<sup>52</sup>.

51 — On trouvera le contenu de ce projet ainsi que les commentaires de la commission du droit international à l'adresse suivante: <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53-sess.htm>.

52 — Bröhmer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights*, éd. Kluwer Law International, La Haye, 1997, p. 143 et suiv., démontre que le développement normatif des droits de l'homme entraîne une restriction de l'immunité d'État, même si l'État contrevenant a agi dans l'exercice de la puissance publique. Gaudreau, J., *Immunité de l'État et violations des droits de la personne: une approche jurisprudentielle*, HEI publications-Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, 2005, analyse l'évolution de la pratique des juridictions nationales et internationales à ce sujet.

61. Ce type de responsabilité est soumis à des règles particulières, coutumières ou écrites, qui exigent la violation d'une obligation internationale. Il ne s'inscrit donc pas dans le droit privé et ne constitue pas non plus une «matière civile», au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention de Bruxelles, mais une «matière internationale».

62. À cet égard, en réponse à la question que je leur avais posée au cours de l'audience, les demandeurs au principal ont soutenu que leur demande reposait sur l'article 3 de la quatrième convention de La Haye<sup>53</sup>.

ii) L'illégalité des actions

63. Les demandeurs au principal, ainsi que le gouvernement polonais, ont soutenu que les *acta jure imperii* n'incluent pas les actes illicites; les opérations militaires qui enfreignent le système juridique n'entreraient pas dans cette catégorie, idée qui me rappelle l'axiome «the King can do wrong» — très édulcoré depuis quelque temps<sup>54</sup>.

53 — Je crois qu'ils entendaient faire référence à l'article 3 de la quatrième convention de Genève, citée à la note 46. Ils ont également fait allusion, mais à titre accessoire, aux articles 913, 914 et 932 du code civil grec.

54 — Après avoir fait l'objet d'un amoindrissement progressif, ce principe a été définitivement supprimé en droit anglais par le Crown Proceedings Act de 1947.

64. Je ne partage pas cette objection. La légalité du comportement affecte non pas sa qualification mais ses conséquences, en tant que condition de la naissance de la responsabilité ou, le cas échéant, de sa modulation.

65. Soutenir le contraire supposerait que les autorités ne font usage de prérogatives de puissance publique que quand elles les exercent de manière irréprochable, en excluant qu'elles puissent ne pas agir ainsi, comme cela se produit parfois. Une telle analyse serait d'ailleurs source de problèmes pour déterminer le responsable, puisque, s'il ne s'agissait ni d'*acta jure imperii* ni, par définition, d'*acta jure gestionis*, le dommage ne pourrait être imputé qu'aux auteurs matériels, et non à l'administration dont ils font partie; dans la procédure au principal, comme prend soin de le souligner le gouvernement allemand, le recours a été formé contre l'État et non à l'encontre des soldats.

66. Aussi l'illégalité, de quelque degré qu'elle soit, y compris les crimes contre l'humanité, n'infirme pas la thèse exposée.

iii) La territorialité de l'exercice du pouvoir

67. Selon le gouvernement polonais, la puissance publique s'exerce à l'intérieur des

frontières territoriales d'un État, de sorte que les opérations armées effectuées au-delà des frontières ne pourraient être considérées comme une manifestation de ce pouvoir.

68. Cette objection n'est pas davantage recevable. Le territoire délimite l'espace où s'exerce la souveraineté; les actes d'un État réalisés en dehors de ces limites n'ont pas d'effets. On distingue toutefois, à tout le moins, deux cas particuliers: en cas d'invasion et en cas d'intervention de l'armée d'un État dans un autre, sans aller jusqu'à l'occupation. Cette seconde hypothèse, étrangère à l'affaire au principal, soulève des difficultés particulières, d'une grande importance aujourd'hui, pour lesquelles sont recherchées des solutions comportant l'éventuel consentement de l'État agressé ou la mise en œuvre d'un mandat de la communauté internationale.

69. Dans le premier des cas particuliers, il y a une appropriation, temporaire ou définitive, qui, quoique condamnable, implique une extension du territoire de l'envahisseur. Il convient de ne pas méconnaître cet aspect et de ne pas céder à la fiction selon laquelle, une fois passée la frontière, les troupes attaquantes se situeraient à l'écart de leur commandement, puisqu'elles demeurent sous la direction ou le contrôle de l'État dont elles relèvent, en conservant le lien de subordination hiérarchique<sup>55</sup>.

55 — En droit international humanitaire, la quatrième convention de Genève, de 1949, relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, précitée, s'applique également «dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire» (article 2, paragraphe 2).

iv) Les règles de la convention de Bruxelles

70. Certaines assertions font référence à l'interprétation systématique de la convention, que ce soit directement, comme celles du gouvernement italien qui refuse expressément que la revendication formulée puisse être considérée comme une «matière civile», ou indirectement, comme celles que pose la décision de renvoi lorsqu'elle cite l'article 5, point 3.

71. L'invocation de cette disposition est inopérante; pour mettre en œuvre ses règles, il faut que la convention soit elle-même applicable, ce qui dépend de l'article 1<sup>er</sup>.

72. La convention de Bruxelles distingue le régime qu'elle institue — constitué de règles relatives à la compétence judiciaire ou à la reconnaissance et à l'exécution des décisions — et les critères de l'applicabilité dudit régime — territoriaux, temporels et matériels —, qui sont des conditions préalables auxquelles est subordonné le fonctionnement du régime; si ces conditions ne sont pas réunies, comme il en va dans la présente affaire, toute autre analyse est inutile.

73. L'arrêt du 27 septembre 1988, Kalfelis<sup>56</sup>, a englobé dans l'expression «matière délic-

56 — 189/87, Rec. p. 5565.

tuelle ou quasi délictuelle» figurant à l'article 5, point 3, les actions en responsabilité qui ne se rattachent pas à la «matière contractuelle» du point 1 de ce même article (point 18)<sup>57</sup>. Toutefois, l'exercice de prérogatives de puissance publique, en tant que matière exclue *ratione materiae* de la convention, ne dépend pas de l'action engagée, mais de son fondement, de sa nature et de ses modalités d'exécution; s'il en allait différemment, l'autonomie des notions de l'article 1<sup>er</sup> serait compromise. En outre, la réparation des dommages découlant du fonctionnement de l'administration publique varie substantiellement d'un État contractant à l'autre, en raison des différences entre les systèmes de «common law» et les systèmes continentaux, ainsi qu'en raison des différences que ces derniers présentent entre eux<sup>58</sup>.

## VI — Analyse de la seconde question préjudicielle

74. La juridiction de renvoi demande également à la Cour si le privilège de l'immunité de juridiction des États est compatible avec le système de la convention de Bruxelles et, dans l'affirmative, s'il exclut son application.

75. Au vu de la solution que je propose pour la première question préjudicielle, toute réflexion sur la seconde apparaît superflue.

57 — Dans le même sens, arrêts Réunion européenne e.a., point 22; Henkel, point 36, tous deux précités; du 26 mars 1992, Reichert et Kockler (C-261/90, Rec. p. I-2149, point 16), et du 11 juillet 2002, Gabriel (C-96/00, Rec. p. I-6367, point 33).

58 — À titre d'exemple de cette divergence: en Allemagne, l'article 839 du code civil, en combinaison avec l'article 34 de la Loi fondamentale; en Autriche, l'article 23 de la Constitution fédérale et la loi fédérale du 18 décembre 1948, sur la responsabilité de l'État fédéral, des Länder, des arrondissements, des communes et autres collectivités et organismes de droit public à raison des préjudices causés dans l'application des lois; en Belgique, les articles 1382 et suiv. du code civil; à Chypre, les articles 146 et 172 de la Constitution; en Espagne, les articles 9 et 106 de la Constitution, ainsi que les articles 139 et suiv. de la loi n° 30/1992, du 26 novembre 1992, sur le régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune; en Estonie, l'article 25 de la Constitution et la loi du 2 mai 2001, sur la responsabilité de l'État; en Finlande, l'article 118 de la Constitution et la loi n° 412/1974, sur la responsabilité civile; en Grèce, l'article 105 de la loi introductive au code civil; en Hongrie, l'article 349 du code civil; en Italie, les règles sur la responsabilité aquilienne du code civil; aux Pays-Bas, l'article 6:162 du code civil; en Pologne, l'article 77 de la Constitution et les articles 417 et suiv. du code civil; en Slovaquie, l'article 26 de la Constitution et l'article 63 de la loi sur le contentieux administratif; en Suède, la loi du 2 juin 1972, sur les dommages; en République tchèque, l'article 36 de la charte des droits et des libertés fondamentales. Cette énumération révèle la disparité, puisqu'il existe des États où le principe est consacré au plus haut niveau normatif, d'autres où il fait l'objet de normes spécifiques, d'autres qui renvoient au droit privé, sans oublier ceux que l'on n'a pas mentionnés et où il s'agit d'une création jurisprudentielle.

76. Néanmoins, si la Cour venait à décider de l'aborder, il conviendrait de tenir compte du fait que l'immunité se présente comme un obstacle procédural<sup>59</sup> empêchant les tribunaux d'un État de se prononcer sur la responsabilité d'un autre, puisque, comme le signale le gouvernement italien dans ses observations, *par in parem non habet imperium*, tout au moins en ce qui concerne les *acta jure imperii*, ce qui interdit l'accès au procès.

59 — C'est ainsi que le qualifie la Cour européenne des droits de l'homme dans trois arrêts du 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, § 48; *McElhinney c. Irlande* — précité —, § 25, et *Fogarty c. Royaume-Uni*, § 26; *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI.

77. La compétence présuppose la juridiction, qu'elle délimite pour désigner, dans l'ensemble des tribunaux et des cours d'un territoire, celui qui doit résoudre un litige concret. Les deux notions, bien qu'étroitement imbriquées, ne se recouvrent ni ne se contredisent.

78. L'immunité juridictionnelle des États se situe donc en amont de la convention de Bruxelles, puisque, si l'action en justice n'est pas possible, il est sans intérêt de savoir quel est l'organe juridictionnel chargé de connaître la demande. Au surplus, l'examen du concours de l'immunité dans l'affaire au principal et de ses implications sur les droits de l'homme excède les compétences de la Cour.

## VII — Conclusion

79. Au vu des considérations exposées, je propose d'apporter la réponse suivante aux questions préjudicielles de l'Efeteio Patron:

«Un recours en indemnité formé par des personnes physiques d'un État contractant à la convention du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, pour obtenir réparation des dommages qu'ont causés les forces armées d'un autre État contractant en envahissant le territoire du premier État lors d'un conflit militaire, y compris si ces actes constituent des crimes contre l'humanité, n'entre pas dans le champ d'application matériel de ladite convention.»