

Le Règlement Bruxelles Ibis¹ a été adopté au terme d'un processus de 'reformatage' qui a fait l'objet d'abondants commentaires. L'une des nombreuses questions qui ont retenu l'attention des négociateurs portait sur la concurrence de procédures. Le rapport Heidelberg avait identifié certaines difficultés à propos du mécanisme de la litispendance². Dans son projet initial, la Commission n'avait pas non plus proposé de modification substantielle du mécanisme mis en place pour appréhender les procédures concurrentes. L'on ne s'étonnera dès lors guère que la nouvelle version du texte demeure dans l'ensemble fidèle aux principes bien connus. La priorité temporelle demeure le principe de solution. A bien considérer les évolutions récentes du droit international privé européen, ce mécanisme a d'ailleurs acquis valeur de principe général. L'on en retrouve en effet des applications dans l'ensemble des règlements récemment adoptés.

A l'instar d'autres thèmes, l'ambition du nouveau Règlement n'est pas de révolutionner, mais bien d'affiner des principes bien admis. Le Règlement Bruxelles Ibis apporte certains éclairages et précisions qui sont utiles (section 1). Sur un point particulier, le Règlement va plus loin que le texte antérieur : le traitement des situations de concurrence de procédures intéressant des Etats tiers fait l'objet de nouvelles dispositions (section 2). L'ensemble de ces éléments sera abordé succinctement

Section 1. Les procédures concurrentes au sein de l'Union européenne

Comme pour d'autres sujets, la refonte du Règlement Bruxelles I a conduit non pas à une révolution, mais bien à un aménagement portant essentiellement sur des questions somme toute relativement secondaires. C'est ainsi que le principe même de la coordination des procédures concurrentes par la priorité chronologique demeure inchangé. Le Règlement Bruxelles Ibis fait confiance, comme l'ensemble des autres règlements européens³, à la seule priorité chronologique. Ce système qui donne une prime au premier arrivé, est sans doute apparu comme le moins mauvais des principes de solution⁴.

La refonte n'a pas non plus modifié les conditions liées à l'identité des parties : le texte évoque encore l'identité d'objet, de cause et de parties, dont on sait qu'elles ont reçu une interprétation extensive de la part de la Cour de justice.

Quelques modifications sont néanmoins apportées au régime des procédures concurrentes : les premières ont trait à la mise en oeuvre de la priorité temporelle (A), la deuxième à l'impact

1 Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *J.O.*, 20 décembre 2012 L-351/1.

2 B. HESS, T. PFEIFFER et P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and Enforcement in the EU*, Beck/Hart/Nomos, 2008, 100-126.

3 Voy. l'article 17 du Règlement 650/2012 (successions), l'article 12 du Règlement 4/2009 (aliments) ou encore l'article 19 du Règlement Bruxelles Ibis.

4 On lira avec intérêt les considérations de Mme Moissinac qui a proposé au terme d'une étude fondamentale, de retenir comme nouveau fondement au mécanisme de résolution des conflits de procédure une solution fondée sur l'identification du juge le plus compétent : V. MOISSINAC MASSÉNAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, 2007, 327 p.

d'une clause d'élection de for (B). L'on signalera que ces modifications n'ont pas touché à la possibilité pour un juge second saisi d'adopter des mesures provisoires ou conservatoires⁵ ni au règlement de la connexité européenne⁶. On notera aussi que la proposition formulée par la Commission de prévoir une règle visant la concurrence entre une procédure arbitrale et une procédure engagée devant un juge étatique, n'a pas été retenue⁷.

A. *La détermination de la date de saisine*

Le mécanisme retenu pour la litispendance impose au juge second saisi de se dessaisir en faveur du juge premier saisi. Avant de ce faire, deux questions doivent être résolues : la plus importante concerne la date de saisine respective des deux juridictions, puisque cette date est la clé de voûte du système. Les juridictions doivent également s'interroger sur leur compétence respective.

Le régime de la vérification de la compétence en cas de saisine concurrente ne se laisse pas directement déduire du texte européen. Les principes applicables ont été dégagés par la Cour de justice. Celle-ci a décidé qu'il n'appartient pas au juge second saisi de contrôler la compétence du juge premier saisi. Cette appréciation revient au seul juge premier saisi, que sa compétence soit fondée sur le Règlement ou sur un autre texte⁸. La règle européenne indique néanmoins ce que le juge second saisi peut faire : il doit surseoir (d'office) à statuer jusqu'à ce que la compétence du juge premier saisi soit établie. Ce principe conserve toute sa validité sous l'empire du Règlement Bruxelles Ibis.

S'il peut examiner sa propre compétence, étant seul habilité à le faire, l'on peut se demander si le juge second saisi est *tenu* de procéder à cet examen. A priori, cette vérification s'impose nécessairement puisqu'il n'y a pas de litispendance si l'une des deux juridictions saisies concurrentement n'est pas compétente. Il n'en demeure pas moins que l'on peut se demander s'il est nécessaire de façon absolue de procéder à cet examen. Si un juge constate qu'un autre a été saisi antérieurement, ne peut-il pas attendre que ce dernier constate qu'il est compétent? Ce simple constat suffirait à lui accorder priorité, le juge second saisi devant nécessairement se

5 La Commission avait proposé d'introduire une nouvelle règle imposant aux juridictions de coopérer afin d'assurer une bonne coordination entre la procédure au fond et une demande de mesures provisoires lorsque celle-ci est formée devant les juridictions d'un autre Etat membre que celui dans lequel la procédure au fond est pendante.

6 Sous une réserve, qui porte sur la possibilité pour une juridiction de faire droit à une exception de connexité lorsque la procédure dont elle est saisie, est en degré d'appel. L'on se souvient que le Règlement 44/2001 avait corrigé le texte initial (à savoir l'article 22 § 2 de la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968), en précisant que la connexité pouvait être utilisée "lorsque les demandes sont pendantes en appel". La nouvelle version du texte affine encore le mécanisme qui peut dorénavant être appliqué lorsque la demande devant la juridiction première saisie est pendante au premier degré (art. 30 § 2), ce qui empêche le jeu de la connexité lorsque la juridiction seconde saisie est une juridiction d'appel. La justification de cette modification n'apparaît pas clairement. Selon M. Egea, il faut se réjouir de cette modification dans la mesure où elle induit un assouplissement qui participe d'un mouvement plus large de coordination effective entre les juridictions des Etats membres (V. EGEA, "La résolution des conflits de procédures dans le Règlement Bruxelles Ibis", in *Le nouveau Règlement Bruxelles Ibis*, E. GUINCHARD (éd.), Bruylant, 2014, (147), 150).

7 Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), COM(2010) 748 final. Le nouvel article 29(4) du Règlement aurait imposé aux juridictions d'un Etat membre de donner la priorité au tribunal arbitral saisi d'un litige identique lorsque le siège de l'arbitrage se situe dans un Etat membre.

8 C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance e.a. c. New Hampshire Insurance Company*, aff. C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3342, attendu n° 25.

dessaisir. La vérification de sa propre compétence par le juge second saisi aurait alors été inutile. Dans la grande majorité des cas, la question n'a qu'une importance réduite. Le juge second saisi pourra facilement constater s'il est ou non compétent pour prendre connaissance du litige. Il n'est cependant pas exclu qu'en raison des circonstances de l'espèce, la question de la compétence ne puisse pas facilement être résolue. L'économie de procédure ne conseille-t-elle dès lors pas au juge second saisi dans une telle hypothèse d'attendre que le juge premier saisi ait statué sur sa propre compétence? S'il apparaît que cette compétence existe bel et bien, le juge second saisi pourrait se dessaisir sans avoir consacré de temps et de ressources à l'examen de sa propre compétence. Cette lecture de la position du juge second saisi nous semble bien en conformité avec l'esprit de la litispendance européenne, qui vise à limiter au maximum la duplication d'efforts entre juges.

L'obligation pour chacune des juridictions d'établir sa propre compétence constitue un passage obligé pour la résolution du conflit de procédures. Tant que le juge premier saisi ne s'est pas prononcé sur sa compétence, le tribunal second saisi est condamné à l'attente⁹. Le délai d'attente imposé au juge second saisi peut s'avérer long, surtout si ce dernier est coutumier d'une administration rapide de la justice alors que le juge premier saisi met moins d'empressement à faire avancer les choses. La Commission avait proposé d'introduire une obligation pour le tribunal premier saisi d'établir sa compétence dans un délai de six mois¹⁰. L'objectif visé était évident : réduire tant que faire se peut le délai pendant lequel les deux juridictions sont saisies concurremment. Sans doute le Parlement et les Etats membres ont-ils jugé qu'une telle obligation faisait double emploi avec l'obligation de célérité déjà imposée par les standards internationaux régissant le procès équitable.

Reste la question de la date de la saisine des deux juridictions. Sur ce point, la refonte apporte quelques précisions¹¹. L'article 30 (devenu article 32) peut en effet conduire à des résultats singuliers. Dans la mesure où chaque juge apprécie de façon indépendante sa propre date de saisine, il n'est pas exclu que chacun des juges estime avoir été saisi avant l'autre. En outre, la pratique a démontré qu'un flou pouvait entourer la détermination par un tribunal de la date à laquelle il a été saisi.

Pour éviter ces difficultés, le nouvel article 29 par. 2 précise que “à la demande d’une juridiction saisie du litige, toute autre juridiction saisie informe sans tarder la première juridiction de la date à laquelle elle a été saisie conformément à l’article 32”¹².

9 La Cour de cassation a même estimé (sur base d'une version antérieure du texte européen) qu'il n'appartenait pas au juge premier saisi d'inviter une partie ayant saisi un tribunal étranger, à solliciter que celui-ci se désaisisse au motif de l'antériorité de la saisine du juge belge : Cass., 14 nov. 2002, C.00.0452.F/1, *KMV Vermögensverwaltungs GmbH c. Isotoit*. Arr. Cass., 2002, 2471; *Revue@dipr.be*, 2004/2, 2.

10 Selon le formule proposée par la Commission, “le tribunal premier saisi établit sa compétence dans un délai de six mois, sauf si cela s'avère impossible en raison de circonstances exceptionnelles”.

11 Sans pour autant, comment pourrait-il en aller autrement, épuiser toutes les questions que peut soulever la mise en oeuvre du critère chronologique. La question se pose par exemple de savoir comment déterminer quand il est mis fin à une procédure. Cette question peut être importante lorsqu'une procédure a été engagée, pour être ensuite suspendue en raison de négociations entre parties, l'une d'elle saisissant ensuite une autre juridiction. La suspension de la première procédure peut-elle être considérée comme y ayant mis fin? Sur cette question dans le cadre d'un litige complexe, voy. les observations de H. MUIR WATT, “De la régulation des procédures parallèles dans le contentieux contractuel transfrontière (et l'exploitation stratégique de ses failles” : l'affaire de *The Alexandros*”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2014, 71 e.s., n° 11 e.s.

12 La formule initialement proposée par la Commission était plus limitative puisqu'elle ne visait que la seule possibilité pour le tribunal second saisi de s'informer auprès du tribunal premier saisi de la date de sa saisine.

L'idée est judicieuse. Elle permettra à une juridiction d'obtenir des informations précises sur la date à laquelle la juridiction concurrente estime avoir été saisie¹³. Lorsque la date de saisine d'une juridiction demeure incertaine, cette information peut s'avérer importante. Imaginons une procédure engagée en Belgique et une autre en France. Si le juge belge hésite quant à la date de la saisine, la situant entre le 1 et le 10 du mois de février 2014, il pourrait éviter des investigations inutiles s'il apprend que le juge français estime en tout état de cause avoir été saisi en janvier 2014.

La mise en pratique concrète de cette possibilité de communication laisse néanmoins subsister certaines questions. Le régime n'est même pas esquissé par le Règlement, qui se contente d'indiquer que cette communication doit avoir lieu "sans tarder". L'on peut également lire dans l'article 29 par. 2 qu'une telle information ne peut pas être adressée *motu proprio* par une juridiction. Elle ne peut avoir lieu qu'à la demande de la juridiction saisie concurrentement. Pour le reste, il appartiendra à la pratique de combler les lacunes du mécanisme et d'imaginer les modalités pratiques – par exemple la langue de communication, la nécessité ou non d'informer ou d'impliquer les parties, voire encore la possibilité d'exercer un recours contre la décision d'une juridiction de communiquer à l'autre sa date de saisine¹⁴. Selon M. Nuyts, la communication pourrait avoir lieu de manière informelle sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir les parties, sauf à respecter ultérieurement l'obligation prévue par le droit national de soumettre le résultat à un débat contradictoire¹⁵. On peut également noter que la nouvelle disposition ne subordonne pas la possibilité de solliciter l'information à l'existence d'un doute dans le chef de la juridiction sur la date à laquelle l'autre juridiction a été saisie, ou encore à l'existence d'un désaccord des parties sur cette question.

L'article 32 apporte également quelques précisions qui contribuent à affiner les contours de la détermination autonome de la date de saisine. L'article 30 du Règlement Bruxelles I mettait en place une double règle permettant de déterminer, sans avoir égard au droit national, la date de la saisine des deux juridictions¹⁶. Lorsque la procédure est engagée par la notification ou la signification d'un document qui doit ensuite être déposé entre les mains d'une juridiction (hypothèse de la citation en droit belge), l'article 30-2° prévoyait que la date pertinente est celle à laquelle l'acte est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification. La pratique avait rapidement intégré cette règle, dans ses rapports avec le mécanisme de transmission mis en place par le Règlement signification. L'on estimait sur base de la définition européenne que lorsque le document introductif d'instance doit être transmis par le biais du mécanisme mis en place par le Règlement 1393/2007, l'autorité visée à l'article 30 était l'autorité de l'Etat dans lequel la signification devait intervenir, et plus précisément, la

13 La Commission avait proposé d'étendre le devoir d'information pour inclure également des informations sur l'existence d'une décision statuant sur la compétence ou, à défaut de celle-ci, sur le délai estimé nécessaire pour statuer sur sa compétence.

14 Voy. les réflexions de A. NUYTS, "Bruxelles Ibis : présentation des nouvelles règles sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", in *Actualités en droit international privé*, A. NUYTS (éd.), Bruylant, 2013, (77), 133.

15 A. NUYTS, "La refonte du règlement Bruxelles I", *Rev. crit. dr.int. priv.*, 2013, n° 35.

16 Les juridictions néerlandaises font application de cette disposition lorsque le mécanisme de litispendance était déduit non pas du Règlement mais bien de la Convention CMR, les tribunaux estimant que l'article 30 du Règlement pouvait s'appliquer puisqu'il faisait partie du droit néerlandais : Rb. Utrecht, 26 juillet 2006, *Allround Cargo BV c Exel Nederland BV*, S&S, 2007, 88 (ECLI:NL:RBUTR:2006:AY5196) et Rb. Rotterdam, 22 avril 2009, *JTG Trading BV c CCBB Rotterdam BV*, S&S, 2010, 10 (ECLI:NL:RBROT:2009:BI2791).

première des autorités intervenant dans le processus de signification¹⁷. Ce n'est donc pas la date de la signification en elle-même qui était prise en considération, mais bien la date de *réception* de l'acte par l'entité requise¹⁸. La solution retenue aux Pays-Bas¹⁹ et en France²⁰ était identique.

Suivant la suggestion du rapport Heidelberg²¹, le nouveau Règlement revient sur cette interprétation et retient comme décisive pour la saisine, la date de la première remise de l'acte à une autorité, qu'elle soit chargée d'autoriser la signification ou d'y procéder elle-même. Le nouvel article 32-1° *in fine* prévoit en effet que “L'autorité chargée de la notification ou de la signification visée au point b) est la première autorité ayant reçu les actes à notifier ou à signifier.” Concrètement, il faudra identifier dans les mécanismes de transmission prévus par le Règlement signification quelle est l'autorité première sollicitée pour la transmission. M. Nuyts voit dans cette disposition la condamnation de l'interprétation qui consistait à considérer qu'une juridiction n'est saisie qu'au moment de la réception de l'acte par l'autorité compétente de l'Etat membre où se trouve la personne à laquelle l'acte doit être signifié²².

Une deuxième innovation tient à l'obligation imposée à l'autorité chargée de la notification ou de la signification de consigner “la date du dépôt de l'acte introductif d'instance ou de l'acte équivalent ou la date de la réception des actes à notifier ou à signifier.” (art. 32-2°) Cette précision est importante dans la mesure où elle permettra à la partie intéressée de se ménager la preuve de la date de saisine. Elle s'ajoute aux obligations de consignation déjà prévues par le Règlement signification et notamment celles imposées par l'article 10 de ce Règlement. Il serait sans doute utile d'aller plus loin et de consigner non seulement la date mais aussi l'heure du dépôt ou de la réception.

17 En ce sens, N. WATTÉ, A. NUYTS et H. BOULARBAH, “Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *J.T.*, 2002, (161), 168, n° 20.

18 A condition bien entendu que la transmission ait lieu par le biais du mécanisme de transmission principale organisé par l'article 4 du Règlement 1393/2007. Sur ce point, *cons.* O. MIGNOLET, “Le contenu des règles de procédures issues des règlements communautaires et leur sanction”, in *Le droit processuel et judiciaire européen*, M. STORME et G. DE LEVAL (éds.), La Charte, 2003, (329), 348.

19 *Voy.* Rb. Midden-Nederland (Utrecht), 10 juillet 2013, ECLI :NL:RBMNE:2013:3059, *NJF*, 2013/389 (en l'espèce une procédure concurrente avait été engagée en France. Pour déterminer la date à laquelle il avait été saisi, le tribunal néerlandais a retenu la date à laquelle l'autorité responsable de la signification a retenu le document. Selon le tribunal, l'autorité compétente était l'autorité requise française qui avait reçu la demande de signification) et Rb. Middelburg, 5 mars 2008, S&S, 2009, 40 (ECLI:NL:RBMID:2008:BD2444) (en l'espèce une procédure avait été engagée aux Pays-Bas et une autre en Angleterre. S'interrogeant sur l'application de l'article 30 du Règlement, le tribunal a retenu qu'il fallait avoir égard non pas à la date à laquelle le document introductif d'instance avait été envoyé depuis les Pays-Bas à l'huissier belge chargé de la signification, mais bien à la date à laquelle cet huissier, autorité chargée de la signification, avait reçu la demande de signification).

20 *Cons.* Cass. fr., 1ère civ., 23 janvier 2007, *D.*, 2007, 513. La Cour de cassation censure une décision qui avait retenu, comme date de saisine de la juridiction la réception de l'acte par l'huissier de justice français chargé de la signification, alors que l'entité requise, désignée par la France, était, à l'époque, la Chambre nationale des huissiers de justice (qui elle-même transmettait l'acte à signifier à un huissier de justice territorialement compétent). La Cour relève que la date à laquelle la juridiction est réputée saisi est celle de la réception de l'acte à signifier par l'entité requise, définie dans le Règlement signification, qui est celle chargée de procéder ou de faire procéder à la signification de l'acte introductif d'instance.

21 Incertitude existant dans certains pays, *voy.* les remarques de B. HESS, T. PFEIFFER et P. SCHLOSSER, *op. cit.*, 120-122.

22 A. NUYTS, *art. cit.*, *Rev. crit. dr.int. priv.*, 2013, n° 35.

B. Clause d'élection de for et procédures concurrentes

La nouveauté la plus importante apportée au régime des procédures concurrentes est sans conteste le mécanisme particulier prévu lorsque l'une des juridictions saisies peut fonder sa compétence sur un accord d'élection de for. L'on sait le retentissement qu'avait reçu la jurisprudence *Gasser* de la Cour de justice. Dans cette affaire, la Cour avait décidé que “[l]orsque des procédures concurrentes sont engagées devant différentes juridictions et qu'une des parties revendique l'application d'une clause d'élection de for conférant compétence à la juridiction seconde saisie, cette juridiction doit néanmoins surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier se soit déclaré incompétent”²³. Cette affaire a connu un retentissement très important, suscitant des réactions nombreuses et pour le moins courroucées, singulièrement dans la littérature anglaise²⁴.

A la suite de cette jurisprudence, une autre affaire retentissante avait montré les ressources que permet l'exploitation des procédures concurrentes. Dans l'affaire *Primacom*, une entreprise allemande, qui avait obtenu un important financement (375 mln EUR) de la part d'un syndicat bancaire, avait engagé une procédure devant les tribunaux allemands alors même que le contrat d'emprunt ('*Second Secured Facility Agreement*') prévoyait la compétence des seules juridictions anglaises²⁵. La procédure engagée en Allemagne après que l'emprunteur ait négligé de s'acquitter du montant d'intérêts dus pour la période écoulée, qui visait à obtenir une déclaration selon laquelle aucun intérêt n'était dû du chef de l'emprunt dans la mesure où Primacom était dans une situation financière délicate, était manifestement une tentative de contraindre les banques à négocier une solution globale²⁶. A contrecœur, la juridiction anglaise saisie par les banques du bien constater qu'elle devait s'effacer devant la saisine antérieure des tribunaux allemands²⁷.

23 C.J.C.E., 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c. MIS AT Srl*, aff. C-116/02, Rec., I-14693 et les commentaires de A. NUYTS, “The Enforcement of Jurisdiction Agreements further to Gasser and the Community Principle of Abuse of Rights”, in *Forum Shopping in the European Judicial Area*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (éd.), Hart, 2007, 55-73.

24 Voy. surtout T. C. HARTLEY, “The European Court, the Brussels Convention/ Regulation and the Establishment of an Efficient System for International Litigation in Europe”, in *Continuity and change in EU law : essays in honor of Sir Francis Jacobs*, OUP, 2008, 385-399 et T. C. HARTLEY, “Jurisdiction Agreements under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention”, *Eur. L. Rev.*, 2000, 178-182. Adde A. BRIGGS, “What should be done about jurisdiction agreements ?”, *Yearb. Priv. Intl. L.*, 2012, 311-332 et R. FENTIMAN, “Parallel Proceedings and Jurisdiction Agreements in Europe”, in *Forum Shopping in the European Judicial Area*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (éd.), Hart, 2007, 27-54.

25 La clause pertinente du contrat prévoyait que : “*JURISDICTION - English Courts. The courts of England have exclusive jurisdiction to hear and determine any suit, action or proceeding, and to settle any dispute (a "Dispute"), which may arise out of or in connection with this Agreement (including a dispute regarding the existence, validity or termination of this Agreement or the consequences of its nullity).*”

26 Le juge Cooke a noté que “ *it is clear that both these proceedings were commenced in breach of the exclusive jurisdiction clause and the evidence suggests that this was done with the primary intention of frustrating any possible attempt by JP Morgan and the SSLs to seek appropriate relief in the English Courts in accordance with that jurisdiction clause*” : *JP Morgan Europe Ltd v Primacom AG* [2005] EWHC 508, para. 10.

27 *JP Morgan Europe Ltd v Primacom AG* [2005] EWHC 508; [2005] 2 All E.R. (Comm) 764; [2005] 2 Lloyd's Rep. 665; [2005] 1 C.L.C. 493; [2006] I.L.Pr. 11 (Comm.). Néanmoins, le juge anglais a refusé de considérer que certaines parties de la demande formée par les banques étaient soumises à l'exception de litispendance. Les banques réclamaient en effet tout d'abord une déclaration attestant que le 'Facility Agreement' était valable et devait être exécuté et que Primacom demeurait en défaut de ses obligations. Cette partie de la demande présentait la même cause et le même objet que les deux procédures introduites par Primacom en Allemagne. Ceci n'était néanmoins pas le cas des deux autres chefs de la demande formulée par les banques,

Le nouvel article 31 par. 2 e.s. met fin au règne de la litispendance dans cette hypothèse particulière, pour lui préférer une solution accordant priorité à la juridiction élue par les parties. Le Préambule ne cache pas que l'intention est de “renforcer l’efficacité des accords exclusifs d’élection de for et éviter les manoeuvres judiciaires” (considérant 22)²⁸. L'accroc au sacro-saint principe de priorité du juge premier saisi est important : il ne suffit plus désormais d'être premier saisi pour l'emporter sur une procédure ultérieure. La priorité chronologique n'est d'aucune pertinence lorsque l'une des juridictions saisies a été choisie par les parties²⁹. De même, la nouvelle règle rompt avec la présomption, chère à la Cour de justice³⁰, selon laquelle les tribunaux des Etats membres possèdent tous compétence égale pour apprécier l'application des règles européennes de compétence³¹.

Quels sont les contours de cette exception au mécanisme de litispendance? Il est tout d'abord nécessaire qu'une juridiction d'un Etat membre ait été désignée par les parties. Se pose inévitablement la question de l'appréciation de la validité (tant formelle que substantielle) de l'accord d'élection de for. Le mécanisme est-il subordonné à la vérification préalable, par le juge premier saisi, que cette clause peut sortir ses effets? La Commission avait proposé une solution radicale, excluant toute possibilité pour le juge non désigné de connaître du litige³².

Ce n'est pas l'option qui a été retenue par le texte, sensiblement en retrait de la proposition initiale. L'article 31 par. 2 n'est guère explicite sur la question de savoir si le juge non désigné peut porter une appréciation sur la clause d'élection de for. L'on peut à tout le moins déduire du texte que le juge non désigné peut exercer un contrôle sur la validité de la clause d'élection de for tant que la juridiction désignée n'a pas encore été saisie³³. Dans ce cas en effet, l'article 31 par. 2 n'est pas encore applicable (*infra*). Le juge non désigné est dès lors libre de procéder à un contrôle plein de la clause d'élection de for.

Qu'en est-il lorsque le juge désigné a bel et bien été saisi : le juge non désigné perd-il tout pouvoir de contrôle à l'égard de la clause d'élection de for? Cette lecture semble s'imposer puisqu'elle permet de renforcer de manière substantielle le statut d'une clause d'élection de for. C'est au considérant n° 22 que l'on trouve la réponse : rappelant que l'objectif de la nouvelle règle est de “renforcer l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for”, ce considérant indique que lorsqu'une juridiction désignée par les parties a été saisie, la juridiction saisie antérieurement du même litige est tenue de surseoir à statuer “dès que la juridiction désignée est saisie et jusqu'à ce que cette dernière juridiction déclare qu'elle n'est pas compétente en

qui souhaitaient également obtenir qu'un rapport établi par un réviseur leur soit communiqué et qu'injonction soit faite à Primacom de ne pas disposer de sa filiale néerlandaise qui constituait son actif principal. Seul l'article 28 du Règlement Bruxelles I pouvait empêcher les tribunaux anglais de prendre connaissance de cette partie de la demande. Le juge Cooke a estimé que l'application de l'article 28 ne s'imposait pas en l'espèce.

28 Un renforcement qui se traduit par d'autres adaptations du régime des clauses d'élection de for, voy. les commentaires de M. HERRANS BALLESTEROS, “The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast : the Solutions Adopted for Agreements on Jurisdictions”, *J. Priv. Intl. L.*, 2014, 291-308.

29 Sauf dans l'hypothèse où est jeu une règle de compétence dite de protection (sections 3, 4 et 5 du Règlement). Voy. l'art. 31 par. 4.

30 C.J.C.E., 9 déc. 2003, *Erich Gasser GmbH c. MIS AT Srl*, préc., attendu n° 48.

31 En ce sens, M. POHL, “Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle”, *IPRax* 2013, (109), 111.

32 Art. 32(2) de la Proposition de la Commission.

33 En ce sens, M. POHL, *art. cit.*, 111.

vertu de l'accord exclusif d'élection de for". L'on peut déjà en déduire que le juge premier saisi doit s'incliner d'emblée devant la saisine concurrente, mais ultérieure, du juge désigné par les parties. Le considérant confirme cette lecture en ajoutant que cette règle "vise à faire en sorte que ... la juridiction désignée ait priorité pour décider de la validité de l'accord et de la mesure dans laquelle celui-ci s'applique au litige pendant devant elle". Partant, la clause d'élection de for crée un véritable effet de compétence-compétence³⁴, dont l'effet négatif ne s'impose toutefois qu'à condition que le juge désigné par les parties ait été effectivement saisi³⁵.

Il a été proposé d'admettre que la juridiction première saisie, non désignée par les parties, ne devrait surseoir à statuer comme l'y invite l'article 31 par. 2 qu'après avoir vérifié qu'il existe une clause attributive de juridiction et qu'elle répond aux conditions posées par l'article 25³⁶. Ceci permettrait au juge de vérifier si la clause alléguée n'est pas "manifestement inexistante, nulle ou inapplicable dans le cas d'espèce"³⁷. Cette lecture du texte, qui rejoindrait la pratique arbitrale, permettrait d'introduire une dose de flexibilité propre à empêcher les abus. La priorité accordée au juge désigné pourrait en effet conduire une partie à saisir un juge en alléguant l'existence en faveur de ce dernier d'un accord d'élection de for, dans le simple but de paralyser une autre procédure. La manoeuvre suppose qu'une partie invoque *mala fide* l'existence d'une clause d'élection de for et qu'elle saisisse la juridiction prétendument désignée. C'est à ce prix que l'exception au mécanisme de la litispendance lui permettrait de demander la paralysie de la procédure concurrente, même introduite antérieurement.

Permettre au juge premier saisi, mais non désigné par les parties, de s'intéresser à la validité de la clause alors que le juge désigné a déjà été saisi, rend néanmoins le mécanisme plus complexe. A tout le moins, si une telle lecture devait être adoptée, faudrait-il réduire le pouvoir de contrôle du juge premier saisi. L'on pourrait par exemple s'inspirer de la pratique de certaines institutions arbitrales, dont le règlement prévoit que les parties seront renvoyées à l'arbitrage dès lors qu'il apparaît qu'existe une "convention apparente d'arbitrage"³⁸.

Il est ensuite nécessaire que la juridiction désignée par les parties ait été effectivement saisie. C'est en effet uniquement en cas de saisine du tribunal élu que l'exception au mécanisme de litispendance trouve à s'appliquer. L'exception n'a pas vocation à intervenir lorsque le tribunal désigné n'a pas encore été saisi – on peut le regretter dans la mesure où ceci impose un effort supplémentaire à la partie qui souhaite se prévaloir de la clause d'élection de for. Néanmoins,

34 Mme Francq note à juste titre que le prix à payer pour cette innovation est la charge imposée à une partie qui souhaite de bonne foi contester la validité d'une clause d'élection de for, cette partie étant contrainte de le faire devant le juge désigné, pour ensuite revenir devant un autre juge si elle obtient raison - S. FRANCO, "Les clauses d'élection de for", in *Le nouveau Règlement Bruxelles Ibis*, E. GUINCHARD (éd.), Bruylant, 2014, (107), 142.

35 Le Règlement rejoint ce faisant certains droits nationaux qui prévoient qu'il appartient au seul tribunal arbitral de se prononcer sur la convention d'arbitrage sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi (voy. l'article 1448 du Code de procédure civile français et de manière générale, voy. E. GAILLARD, "L'effet négatif de la compétence-compétence", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret* Lausanne, 1999, 387-402).

36 A. NUYTS, "Bruxelles Ibis : présentation des nouvelles règles sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", in *Actualités en droit international privé*, A. NUYTS (éd.), Bruylant, 2013, (77), 99-101.

37 Id., p. 100.

38 Voy. l'article 5 par. 2 du Règlement CEPANI ou encore l'article 6 par. 4 du Règlement CCI selon lequel "L'arbitrage aura lieu si et dans la mesure où, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement".

cette exigence paraît raisonnable puisqu'il est permis de modifier même tacitement une clause d'élection de for antérieure³⁹.

L'application de ce nouveau mécanisme est bien entendu subordonnée au constat que les procédures engagées sont identiques. L'appréciation fort large de la condition d'identité des parties devrait néanmoins contribuer à donner au mécanisme un grand rôle à jouer.

Alors qu'en principe un tribunal peut aller de l'avant lorsqu'il constate qu'il a été saisi en premier, ce tribunal devra surseoir à statuer s'il apparaît que les parties avaient confié compétence aux juridictions d'un autre Etat membre. L'obligation pour le juge non désigné de surseoir à statuer n'est pas liée à la chronologie procédurale : elle s'impose même si le juge désigné par les parties a été saisi ultérieurement. Lorsque la juridiction saisie en premier lieu peut fonder sa compétence sur une clause d'élection de for, le Règlement ne modifie en réalité pas la donne. Dans ce cas, c'est au mécanisme classique de litispendance fondée sur la priorité chronologique qu'il revient de s'appliquer, pour imposer à toutes les autres juridictions qui seraient saisies, de surseoir à statuer.

Le sursis à statuer imposé à la juridiction première saisie, se poursuit jusqu'à ce que la juridiction désignée par les parties ait statué sur sa compétence. Soit pour décliner sa compétence, auquel cas la juridiction première saisie pourra poursuivre l'examen de la procédure. Soit pour estimer qu'elle est bien compétente. Dans ce cas, il ne restera plus à la juridiction première saisie qu'à décliner sa compétence, non pas en vertu de la litispendance, mais bien parce que l'article 25 la prive de compétence⁴⁰.

Comme le note le Préambule, ce nouveau mécanisme “vise à faire en sorte que, dans une telle situation, la juridiction désignée ait priorité pour décider de la validité de l'accord et de la mesure dans laquelle celui-ci s'applique au litige pendant devant elle” (considérant 22).

Qu'en est-il si le tribunal saisi en premier, poursuit l'examen de la cause, en évitant de faire droit au sursis à statuer que lui impose le nouvel art. 31 par. 2? Le considérant 22 du Préambule indique à ce propos que “La juridiction désignée devrait être en mesure de poursuivre la procédure, que la juridiction non désignée ait déjà décidé ou non de surseoir à statuer.” Ceci confirme, pour autant que de besoin, que le juge désigné par les parties, peut poursuivre l'examen de la cause, quelle que soit la position adoptée par le juge premier saisi (et non désigné par les parties).

L'exception au mécanisme de la litispendance ne préviendra pas toutes les tentatives de 'torpiller' une procédure en saisissant un tribunal dans l'espoir non pas d'obtenir une solution rapide, mais bien au contraire de retarder considérablement la solution du litige. Une telle manoeuvre, devenue rare, est encore possible dans l'hypothèse où les parties ne sont pas liées par une clause d'élection de for.

39 Comme l'explique Mme Kessedjian, “la règle est rédigée de telle manière que, pour qu'elle s'applique, il faut que le tribunal élu soit saisi. S'il ne l'est pas, la solution *Gasser* s'appliquera. On peut regretter ce qui peut être considéré comme un 'loupé'. Mais, le message aux parties reste clair : la partie qui a avantage à faire appliquer l'accord d'élection de for devra saisir le juge élu. Si elle ne le fait pas, on peut considérer qu'elle y a renoncé.” - C. KESSEDJIAN, “Le Règlement 'Bruxelles I Révisé' : Much ado about ... what?”, *Europe*, mars 2013, n° 3.

40 L'article 31 par. 3 confirme cette solution.

Section 2. Procédures concurrentes et Etats tiers

L'adoption au sein de l'Union européenne d'un ensemble de règles visant le procès international conduit nécessairement à s'interroger sur les conséquences que les règles européennes peuvent développer à l'endroit des procédures intéressant des parties établies dans des Etats extérieurs à l'Union ou des faits qui ont lieu en dehors de l'Union. Cette question s'est posée de manière générale à propos des règles de compétence⁴¹. Elle a également été soulevé à propos du règlement des procédures concurrentes. La Cour de justice a confirmé que le mécanisme européen de litispendance ne s'applique qu'aux situations de litispendance devant des juridictions d'Etats membres. Dans son arrêt *Overseas*, la Cour avait indiqué à ce propos que si l'application du mécanisme européen de litispendance était indépendante du domicile des parties, elle ne se concevait que lorsque les actions concurrentes étaient mues devant des juridictions d'Etats membres⁴². Il importait dès lors de s'interroger sur le sort à réserver à une procédure pendante devant les juridictions d'un Etat membre lorsqu'il apparaît que le même litige avait été soumis aux juridictions d'un Etat tiers. Ni la Convention de Bruxelles, ni le Règlement 44/2001 n'évoquait cette question. L'existence d'une procédure concurrente dans un Etat tiers n'était pour autant pas entièrement absente de l'espace judiciaire européen, puisque les différents textes prévoyaient une règle faisant de l'existence d'une décision rendue dans un Etat tiers un empêchement à la libre circulation des décisions au sein de l'Union, lorsque cette décision portait sur le même objet et avait la même cause qu'une décision prononcée dans un autre Etat membre⁴³.

Plusieurs solutions pouvaient être envisagées. La première est de prolonger l'effort de coordination européen en imposant aux juridictions des Etats membres de respecter la même discipline à l'égard des procédures engagées dans des Etats tiers qu'à l'égard des procédures intra-européennes. Simple dans son concept, cette solution pêche bien entendu par le caractère unilatéral de la rigueur qu'elle impose aux juridictions européennes. Rien ne garantit en effet qu'une juridiction d'un Etat tiers saisie en second lieu, fera preuve de la même abnégation vis-à-vis d'une procédure engagée antérieurement dans un Etat membre.

L'on aurait également pu permettre aux Etats membres de recourir à leur propre mécanisme de litispendance⁴⁴. Cette solution a été retenue par certaines juridictions à propos d'autres Règlements européens⁴⁵. Ceci n'aurait néanmoins pas manqué de conduire à une

41 Voy. en général TH. KRUGER, *Civil Jurisdiction rules of the EU and their impact on third states*, OUP, 2008, 422 p.

42 C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance e.a. c. New Hampshire Insurance Company*, aff. C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3342.

43 Voy. l'article 34(4) du Règlement Bruxelles I, devenu l'article 45 par. 1(d) du Règlement Bruxelles Ibis.

44 Comme l'avaient proposé MM. Gothot et Holleaux (*La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, 123, n° 217).

45 Voy. Douai, 15 mai 2006, *Procédures*, mars 2007, 15, note de C. NOURRISSAT. En l'espèce, une procédure de divorce avait été engagée en France, alors que l'épouse avait déjà saisi les juridictions islandaises d'une procédure identique. Après avoir constaté que la règle de litispendance européenne (en l'occurrence celle prévue par le Règlement Bruxelles II, aujourd'hui remplacé par le Règlement Bruxelles Ibis) ne pouvait s'appliquer puisque la procédure antérieure avait été engagée en Islande, Etat non membre de l'union européenne, la Cour a fait appel au droit commun français. L'exception de litispendance internationale du droit commun français ne peut toutefois être accueillie, précise la Cour, « *que si la décision à intervenir à l'étranger est susceptible d'être reconnue en France* ». Le juge français conclura après un examen du cas à la recevabilité de l'exception de litispendance et à son dessaisissement. La Cour précise : « (...) *il n'apparaît nullement que le législateur ait voulu exclure toutes les compétences non européennes pour donner un caractère universel au règlement susvisé et que le terme exclusif visé par l'article 7 de celui-ci ne tend qu'à*

diversification des solutions peu compatible avec l'idéal européen, voire de nuire à l'effet utile de certaines règles de compétence prévues par les textes européens⁴⁶. Cette option devait en tout état de cause être examinée avec précaution suite à la jurisprudence *Owusu* de la Cour de justice⁴⁷.

Une autre option aurait conduit à ne pas se préoccuper de l'existence d'une procédure concurrente lorsque celle-ci est extérieure au territoire de l'Union. Après tout, le Règlement accorde compétence aux juridictions d'un Etat membre. Ceci ne résulte pas du hasard mais bien du constat que le litige possède un lien avec le territoire de l'Union. L'on mesure néanmoins aisément les désavantages d'une telle solution : une telle indifférence aux procédures concurrentes engagées dans un Etat tiers, pouvait mettre en péril la circulation d'une décision européenne. Un tel danger est facile à apercevoir lorsque cette décision doit faire l'objet d'une exécution dans l'Etat tiers. Il n'en est pas moins tout autant réel lorsque la décision étrangère s'introduit au sein de l'espace judiciaire européen à la faveur des règles de reconnaissance que les Etats membres ont mis en place pour les décisions des Etats tiers. L'espace judiciaire européen prévoit certes une règle permettant le refus de reconnaissance

Inévitablement, il était devenu important de s'interroger sur le sort à réserver aux situations de litispendance impliquant un Etat tiers⁴⁸. La pratique judiciaire avait déjà esquissé les potentialités des mécanismes européens de coordination dans ce contexte, sans pouvoir toutefois imposer une solution ferme⁴⁹. Une question identique se pose d'ailleurs pour les autres règlements de l'espace judiciaire européen. Elle n'a pas reçu de réponse.

Le mécanisme retenu par les articles 33 et 34 s'inspire largement de la litispendance applicable entre Etats membres. L'on retiendra en particulier qu'il est fondé sur la priorité temporelle, le juge d'un Etat membre n'étant appelé à se préoccuper de l'existence d'une procédure concurrente dans un Etat tiers que lorsque celle-ci a été engagée avant qu'il soit saisi⁵⁰. Il s'en éloigne également de manière substantielle. C'est sur ces différences qu'il

assurer la primauté du texte communautaire sur le droit interne des Etats membres ». En général sur l'application du mécanisme de litispendance en matière de divorce à l'égard d'Etats tiers voy. G. VITELLINO, "European Private International Law and Parallel Proceedings in third States in Family Matters », in *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, A. MALATESTA, S. BARIATTI et F. POCAR (éds.), Cedam, 2008, 221-248.

46 Comme l'a démontré G. VITELLINO, "The Brussels I Regulation and Concurrent Proceedings in Third States : a Possible Reform", in *The Brussels I Regulation : Challenges for Croatian Judiciary*, V. TOMLJENOVIC et I. KUNDA (éds.), Pravni fakultet u Rijeci, 2012, 135-161, spéc. 141 e.s.

47 CJUE, 1 mars 2005, *Andrew Owusu c N.B. Jackson*, aff. C-281/02, *Rec.*, 2005, I-1383.

48 *Comp.* V. EGEEA, *art. cit.*, 159-160 – qui estime que la nécessité de consacrer une règle de litispendance extra-européenne ne va pas de soi et son utilité pas démontrée.

49 Voy. sur la décision du juge anglais dans l'affaire *Ferrexpo* : CH. CHALAS, "L'affaire Ferrexpo : baptême anglais pour l'effet réflxe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2013, 359 e.s.

50 L'on peut se demander s'il est permis de faire référence à l'article 32 du Règlement pour déterminer la date de saisine des juridictions lorsque s'applique l'article 33. Formellement, l'application de l'article 32 s'impose puisque cette disposition ambitionne d'offrir une solution pour la section 9 consacrée à la litispendance (M. FRANZINA en déduit que l'article 32 s'applique à plein dans le cas d'une litispendance avec un Etat tiers : P. FRANZINA, "Lis Pendens Involving a Third Country Under the Brussels I-Bis Regulation : An Overview", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, (23), 24). Il n'est néanmoins pas exclu que le maniement de la solution retenue par l'article 32 suscite une difficulté lorsqu'il s'agit de déterminer la date à laquelle une juridiction d'un Etat tiers a été saisie. A suivre les principes dégagés par la Cour de justice, il n'appartient d'ailleurs pas à la juridiction européenne de se prononcer sur cette question. M. d'Avout considère que les règles européennes de datation sont inapplicables et qu'elles peuvent eu mieux être appliquées "par analogie" : L. D'AVOUT, "La

convient d'insister.

A. *La réduction du champ d'application de la litispendance*

Telles qu'elles sont organisées par le règlement refondu, la litispendance et la connexité possèdent une vocation réduite⁵¹. Elles ne peuvent en effet trouver application que lorsque la juridiction européenne fonde sa compétence sur certaines règles de compétence. C'est ainsi que le mécanisme de litispendance étendu aux Etats tiers, pourra trouver à s'appliquer lorsque le juge européen est compétent au titre du domicile du défendeur (art. 4) et lorsqu'il fonde sa compétence sur l'une des règles de compétence spéciale (art. 7 à 9). Sont par contre exclues du mécanisme les règles de compétence dites de protection⁵², les règles de compétence exclusives (articles 24), ainsi que les règles fondées sur la volonté des parties⁵³.

Cette réduction significative du champ d'application de la litispendance peut se comprendre comme l'expression d'un attachement particulier au jeu de certaines règles. Il est vrai que l'espace judiciaire européen repose sur un ensemble disparate de règles de compétence, dont certaines se distinguent par leurs traits caractéristiques. C'est certainement le cas pour les règles de compétence de protection. S'agissant des règles de compétence exclusive, l'exclusion du jeu de la litispendance confirme leur statut particulier. L'on peut y voir une forme de rejet, implicite au moins, de la théorie de l'effet réflexe.

L'introduction d'une obligation limitée de coordination avec une procédure engagée dans un Etat tiers, conduit à s'interroger sur le sort à réserver à une procédure lorsqu'il apparaît qu'elle concurrence une procédure dans un Etat tiers alors que le juge européen fonde sa compétence sur une règle particulière non visée par le mécanisme de la litispendance extra-européenne. La concurrence de procédures échappe certes au mécanisme européen. La cohérence de l'édifice européen impose néanmoins d'interdire au juge européen tout recours à un mécanisme de litispendance prévu par son droit national. Les mécanismes nationaux ne peuvent permettre de mettre en danger le jeu des règles de compétence européennes⁵⁴.

Cette conclusion s'impose-t-elle avec la même force lorsque le juge d'un Etat membre saisi d'une demande, constate qu'une demande parallèle est pendante devant une juridiction d'un Etat tiers, lié avec son Etat par une convention bilatérale qui prévoit une règle de litispendance? La question s'est posée dans le cadre du droit européen du divorce. Dans une espèce où des procédures de divorce avaient été engagées tant en France qu'en Tunisie, la Cour de cassation française a estimé qu'il n'était pas interdit de faire application de l'*exception de litispendance prévue par la convention franco-tunisienne du 28 juin 1972*⁵⁵. On peut

refonte du Règlement Bruxelles I (règlement UE n° 1215/2012 du 12 décembre 2012)", *D.*, 2013, (1014), 1023, n° 22. Dans le même sens, V. EGEA, *art. cit.*, 162, n° 37. Voy. aussi les observations de A. NUYTS, *art. cit.*, *Rev. crit. dr.int. priv.*, 2013, n° 35.

51 Le mécanisme vise la situation dans laquelle une procédure est pendante devant "une juridiction d'un Etat tiers". A défaut de définition dans le Règlement, il faut sans doute comprendre que ne sont visés que les Etats non membres de l'Union européenne, et non les Etats membres de l'Union européenne non liés par le Règlement. En ce sens, L. D'AVOUT, *art. cit.*, *D.*, 2013, (1014), 1023, n° 22.

52 Section 3, articles 10 à 23 (règles de compétence visant les litiges en matière d'assurance, de contrats de consommation et de contrats de travail).

53 Section 7, articles 25 et 26.

54 En ce sens, P. FRANZINA, *art. cit.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, (23), 32.

55 Cass. (1^{ère} ch.), 25 avril 2007, *D.*, 2007, 1431, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *J.C.P.*, 2007, IV 2103, 43, *Bull. civ.*, I, n° 157, 140. Il est intéressant de noter que la Cour a procédé à une substitution de motifs pour justifier

néanmoins se demander s'il est légitime pour une juridiction d'un Etat membre de faire droit à une exception de litispendance prévue par une convention bilatérale, dès lors qu'elle possède compétence sur base du Règlement dans la mesure où ce dernier l'emporte en principe sur les conventions conclues par les Etats⁵⁶.

B. *Une litispendance potentielle*

Si le champ d'application de la nouvelle litispendance se veut modeste, il en va certainement aussi pour le mode d'opération du mécanisme. L'on connaît la rigueur de la litispendance classique telle qu'interprétée par la Cour de justice : fondée sur une stricte priorité chronologique, elle ne laisse à la juridiction seconde saisie que d'autre choix de se dessaisir ou de surseoir à statuer lorsque la compétence de la juridiction première saisie n'est pas encore établie. Il ne peut être question d'interroger la compétence de cette juridiction. A fortiori n'y-a-t-il aucune place pour une appréciation fondée sur l'opportunité de céder la priorité à l'autre juridiction.

Telle qu'elle est envisagée par l'article 33, la litispendance présente un tout autre visage. Si le mécanisme est toujours subordonné à la priorité temporelle et enfermé dans le cadre d'une identité d'objet, de cause et de parties⁵⁷, *le principe même du mécanisme n'est en effet plus celui d'une obligation* de se dessaisir. Les juridictions européennes se voient au contraire confier une simple *possibilité* de coordonner leur action avec celle d'une juridiction extra-européenne. La circonstance que ces dispositions soient rédigées sur un mode souple⁵⁸, laissant beaucoup de marge aux juridictions des Etats membres, ne doit pas surprendre. Il n'existe en effet aucune réciprocité entre Etats membres et Etats tiers.

L'existence d'un pouvoir d'appréciation n'est par ailleurs guère une nouveauté : au contraire, elle caractérise bon nombre de mécanismes de litispendance retenus par les Etats. C'est d'ailleurs dans le droit comparé que le législateur a puisé les différents éléments qui structurent le pouvoir d'appréciation du juge européen. Celui-ci repose sur plusieurs considérations que l'on a pu regrouper sous l'appellation de "bilan d'opportunité préalable"⁵⁹. Les éléments les plus importants de cette appréciation sont tout d'abord un pronostic de reconnaissance. La déférence que peut accorder une juridiction d'un Etat membre à une juridiction d'un Etat tiers soit soumise à un pronostic de reconnaissance. C'est le fameux *Anerkennungsprognose* que l'on retrouve dans le droit de certains Etats membres – et qui ne serait que d'une utilité réduite dans les relations entre Etats membres compte tenu de la grande souplesse du mécanisme de reconnaissance intra-européen. L'expérience acquise par les juridictions nationales apprend que le maniement d'un tel pronostic peut s'avérer délicat⁶⁰. Il

sa décision. In fine, la Cour a refusé de censurer la décision par laquelle la Cour d'appel de Versailles avait rejeté le déclinatoire de compétence soulevé par l'époux, qui entendait privilégier la compétence des juridictions tunisiennes, au motif que les juridictions tunisiennes ne possédaient pas compétence.

56 Art. 69. Voy. M. DOUCHY-OU DOT, « Le traitement de la litispendance », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (éds.), Dalloz, 2005, (209), 214.

57 Qu'il faudra certainement interpréter avec la même flexibilité que celle imposée par la Cour de justice à l'égard de la litispendance intra-européenne.

58 Comme le note l'attendu 23 qui évoque un "mécanisme souple".

59 L. D'AVOUT, *art. cit., D.*, 2013, (1014), 1023.

60 Dans sa proposition initiale, la Commission avait suggéré d'imposer au juge européen de vérifier en outre qu'il soit prévisible que la décision du tribunal de l'Etat tiers pourrait être rendue dans un "délai raisonnable" (art. 34, § 1(b) Proposition de la Commission). Cette précision ne figure plus dans la version définitive. Selon M. Cadet, le législateur européen a estimé que la notion de délai raisonnable n'était pas assez précise et qu'il

s'agit en effet d'anticiper sur le déroulement de la procédure étrangère, qui peut n'avoir pas encore connu un développement considérable. Dans certains cas, le juge européen ne disposera que du seul document introductif d'instance qui a permis l'introduction de la procédure étrangère. S'il apparaît prématuré de se livrer à un pronostic de reconnaissance, il paraît préférable non pas de rejeter l'exception de litispendance, mais de surseoir à statuer. Un tel sursis ne doit pas être fondé sur l'article 33. Le pouvoir général du juge de temporiser dans l'attente de plus amples renseignements constitue un fondement suffisant. L'appréciation devra se faire à la lumière non pas des dispositions du Règlement relatives à l'accueil des jugements étrangers, mais bien des dispositions pertinentes du droit national de l'Etat membre. Il s'agira tantôt de dispositions nationales, tantôt de dispositions issues d'un accord conclu entre l'Etat membre et l'Etat tiers concerné.

Outre le pronostic de reconnaissance, le juge de l'Etat membre devra apprécier si le sursis à statuer est “nécessaire pour une bonne administration de la justice”. Le vocabulaire utilisé traduit de façon très nette la différence avec la coordination des procédures entre Etats membres : alors que l'article 29 est rédigé sur un mode impératif, voire militaire, le considérant n° 23 invite les juridictions des Etats membres à “tenir compte” des procédures pendantes devant les juridictions d'Etats tiers. Le préambule énumère à titre exemplatif un certain nombre d'éléments qui peuvent informer la décision du juge. Il pourra ainsi tenir compte des liens entre les faits de l'espèce, les parties et l'Etat tiers, de l'état d'avancement de la procédure dans l'Etat tiers et de la probabilité que la juridiction de l'Etat tiers rende une décision dans un délai raisonnable⁶¹. D'autres facteurs peuvent être pris en considération. Le juge pourra par exemple tenir compte de la circonstance que sa saisine est manifestement le résultat d'une course au for, le demandeur ne l'ayant saisi que pour échapper à une procédure qui s'annonçait devant les juridictions de l'Etat tiers⁶². *L'appréciation pourrait également être fondée sur la nature et la force de la règle de compétence mobilisée pour fonder la compétence du juge européen : lorsqu'il fonde sa compétence sur le domicile du défendeur (art. 4), il paraît moins facile d'accepter que le litige ne possède pas une dimension européenne suffisante que lorsque la compétence est fondée sur la localisation sur le territoire d'un Etat membre du lieu de livraison de marchandises (art. 7 (1)) ou du dommage (art. 7(3)). Inversement, la nature de la compétence revendiquée par le juge de l'Etat tiers peut également être prise en considération⁶³. La valeur du titre de compétence apparaît en effet comme une donnée utile dans l'appréciation de l'utilité du sursis.*

serait en pratique quasiment impossible pour une juridiction d'un Etat membre d'estimer le temps nécessaire à un tribunal d'un Etat tiers pour rendre une décision (F. CADET, “Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté”, *JDI*, 2013, n° 41).

61 On aura reconnu certains des éléments de la doctrine du *forum non conveniens*. L'appréciation du caractère plus approprié du for de l'Etat tiers n'intervient néanmoins qu'à titre d'élément d'un mécanisme de litispendance qui demeure marqué par l'importance de la chronologie des saisines. Il ne s'agit dès lors pas d'une remise en question du banissement dont la doctrine du for plus approprié a été frappé par la jurisprudence *Owusu* (CJUE, 1 mars 2005, *Andrew Owusu c N.B. Jackson*, préc.).

62 M. d'Avout évoque l'hypothèse de la saisine d'une juridiction européenne “empreinte d'une manifeste mauvaise foi et portant préjudice à la compétence préférable d'un juge d'un Etat tiers non européen” (L. D'AVOUT, *art. cit.*, *D.*, 2013, (1014), 1023, n° 22, note 47).

63 M. Franzina indique que le jeu de la litispendance peut être refusé “when the subject matter of the dispute features but a transient, occasional or superficial link with the third country in question, according to the relevant European standards” - P. FRANZINA, *art. cit.*, *Riv. dir. int. priv. Proc.*, 2014, (23), 35. Mme Francq envisage l'application de l'article 33 afin de donner un fondement à la déférence que les juridictions des Etats membres pourraient vouloir manifester envers la compétence exclusive des juridictions d'un Etat tiers fondée sur une clause de juridiction (S. FRANCO, *art. cit.*, 120).

Le même considérant 24 ajoute un élément intéressant : lorsqu'il évalue s'il apparaît nécessaire de surseoir à statuer, le juge peut aussi s'interroger sur la nature de la compétence revendiquée par le juge de l'Etat tiers. S'il apparaît que cette compétence est, aux yeux de l'Etat tiers, exclusive, cet élément peut être pris en considération lorsque dans des circonstances identiques, une juridiction d'un Etat membre pourrait aussi revendiquer une compétence exclusive. Ce faisant, la litispendance se trouve matinée d'un élément de la théorie de l'effet réflexe⁶⁴. Cette admission partielle de l'effet réflexe de la compétence exclusive pourrait ouvrir la voie à une reconnaissance plus large de la théorie.

Le déroulement de la litispendance diffère sur un autre point lorsqu'elle concerne une procédure engagée dans un Etat tiers : le sursis ne peut se muer en désaisissement qu'une fois la procédure engagée dans l'Etat tiers achevée et à condition que la décision prononcée soit susceptible d'être accueillie en Europe. Le contraste avec l'article 29 est saisissant, qui impose au juge second saisi de se défaire du litige dès que le juge premier saisi a établi qu'il est compétent. Que le sursis à statuer ait vocation à subsister pendant une période plus longue lorsque le litige est soumis parallèlement au juge d'un Etat tiers, s'explique par l'incertitude qui entoure l'accueil de la décision étrangère au sein de l'Union. Par contraste, une telle incertitude est évacuée entre Etats membres compte tenu de l'impératif de libre circulation auquel le Règlement 1215/2012 donne une nouvelle vigueur.

Enfin, le législateur européen a prévu une porte de sortie : le sursis à statuer qui intervient lors du constat de l'existence d'une procédure antérieure dans un Etat tiers, peut être levé dans certaines circonstances. Il en va ainsi lorsqu'il apparaît que la procédure dans l'Etat tiers ne pourra pas être conclue dans un délai raisonnable ou lorsque le juge de l'Etat tiers a lui-même sursis à statuer au vu de l'existence d'une procédure concurrente⁶⁵. L'on peut se demander s'il ne serait pas opportun d'introduire un mécanisme similaire pour adoucir la litispendance intra-européenne.

Le règlement refondu étend l'effort de coordination avec les procédures engagées dans les Etats tiers en permettant également aux juridictions des Etats membres d'avoir égard aux procédures *connexes* engagées dans un Etat tiers. Le nouvel article 34 reprend pour cette hypothèse l'essentiel des dispositions prévues pour la litispendance extra-européenne. La seule différence notable concerne l'exigence d'identité entre les procédures, à laquelle est substituée une condition plus en phase avec la connexité : avant de surseoir à statuer, le juge européen doit en effet s'assurer qu'il y ait un intérêt à instruire et juger les demandes portées devant le juge européen et devant le juge de l'Etat tiers en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables. A cette exigence répond une possibilité de mettre fin au sursis lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de risque que les décisions soient inconciliables (art. 34 § 2 a). L'expérience acquise avec la connexité intra-européenne peut faire craindre que cette extension de la connexité restera bien souvent lettre morte.

Il faut se réjouir que le nouveau Règlement prévoit des dispositions spéciales visant la coordination des procédures entre Etats membres et Etats tiers⁶⁶. Au total, ces nouvelles

64 Comme on avait déjà pu le proposer, voy. A. NUYTS, "La théorie de l'effet réflexe", in *Le droit processuel et judiciaire européen*, M. STORME et G. DE LEVAL (éds.), La Charte, 2003, (73), 76.

65 M. Nuyts a suggéré de permettre au juge européen qui met fin au sursis, d'assortir sa décision de conditions, sur le modèle des 'undertakings' qui constituent l'un des points forts de la doctrine du forum non conveniens (A. NUYTS, *art. cit.*, *Rev. crit. dr.int. priv.*, 2013, n° 6).

66 Sur la possibilité de combiner l'application de l'article 29 (litispendance intra-européenne) et 33

dispositions constituent un outil supplémentaire au service de la coordination des procédures⁶⁷. L'avancée est néanmoins modeste. Le caractère unilatéral de la coordination et l'absence de garantie en ce qui concerne tant le respect des principes fondamentaux de procédure par la procédure engagée dans un Etat tiers et que l'issue qu'elle connaîtra, expliquent certes les réserves qui entourent le mécanisme. A trop entourer cette nouvelle forme de litispendance de précautions, il est néanmoins à craindre qu'elle ne remportera qu'un succès fort mitigé. L'on peut aussi se demander s'il n'aurait pas été utile de supprimer la condition de priorité temporelle. Après tout, puisque la litispendance est devenue dans les relations avec les Etats tiers, un mécanisme laissé à l'appréciation du juge, est-il encore nécessaire de fonder la solution sur la circonstance, parfois fortuite, que le juge étranger ait été saisi antérieurement? L'exigence de coordination est tout aussi grande lorsque la saisine de la juridiction de l'Etat tiers n'est pas préalable à la saisine de la juridiction de l'Etat membre, celui-ci pouvant dans cette hypothèse apprécier l'état d'avancement de sa propre procédure et en tenir compte dans sa décision de céder ou non la priorité à la procédure étrangère⁶⁸. Enfin, l'introduction d'un mécanisme européen de coordination avec une procédure engagée dans un Etat tiers appelle logiquement le développement de règles européennes régissant l'accueil au sein de l'Union de décisions émanant d'Etats tiers. Le Règlement Bruxelles Ibis ne constitue dès lors sans doute qu'une étape de l'évolution de l'espace judiciaire européen.

(litispendance extra-européenne) lorsqu'un même litige fait l'objet de procédures concurrentes tant au sein de l'Union qu'au-delà, voy. P. FRANZINA, *art. cit.*, *Riv. dir. int. priv. Proc.*, 2014, (23), 39-40.

67 Dont on peut penser qu'elles serviront de modèle lors des révisions futures d'autres instruments, notamment celle annoncée du Règlement Bruxelles IIbis.

68 On aurait pu à tout le moins supprimer l'exigence de priorité chronologique lorsque le juge d'un Etat tiers saisi concurremment, exerce une compétence qui est exclusive tant dans son ordre juridique qu'au sens du Règlement. En ce sens, la suggestion d'A. NUYTS, *art. cit.*, *Rev. crit. dr.int. priv.*, 2013, n° 5.