

KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN  
RECHTSFACULTEIT

LES CONFLITS DE PROCÉDURES  
ETUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COMPARÉ

Doctoraatsproefschrift ingediend met het oog op het behalen van de graad van doctor in  
de rechten

door P. Wautelet

Promotor : Prof. Dr. H. van Houtte  
Co-promotor : Prof. Dr. C. Kessedjian (Université Paris II)









*“Parallel litigation may be compared to Spanish fencing. The sword is the weapon of attack ; the dagger, that of defense. In the clinch, each contestant uses the intricately designed, upward-curved guards of his dagger to ensnare and neutralize his opponent’s sword. Victory is achieved when the opponent’s defense fails and the sword strikes its target. But the dagger, too, has a blade, and a pointed one at that. If an opponent drops his guard, the dagger can administer a lethal stab in an unexpected place. In the parallel litigation realm, the sword is the plaintiff’s weapon in his own forum. When attacked abroad, he fends off the initial sword strokes with his dagger, and draws his own sword to mount an offensive on more favorable ground”.*

H. W. BAADE, “An Overview of Transnational Parallel Litigation: Recommended Strategies”, *Rev Litigation*, 1981, (191), 200.



## Sommaire

### INTRODUCTION GÉNÉRALE

### PREMIÈRE PARTIE : LA PRÉVENTION DES CONFLITS DE PROCÉDURES

#### Introduction : les causes plurielles des conflits de procédures

#### TITRE I : LES RÈGLES DE COMPÉTENCE EN GÉNÉRAL

Chapitre 1 Absence de limites contraignantes pour la détermination des règles de compétence internationale

Chapitre 2 La coordination des compétences concurrentes

#### TITRE II : LE RÔLE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

Chapitre 1 Les limites de l'autonomie de la volonté

Chapitre 2 Vers un renforcement de l'autonomie de la volonté

### DEUXIÈME PARTIE : LE RÈGLEMENT DES CONFLITS DE PROCÉDURES

#### *Titre I : La contrainte et l'indifférence : deux solutions à rejeter*

Chapitre I Le règlement des conflits de procédures par la contrainte

Section 1 Une solution originale : l'injonction '*anti-suït*'

Section 2 L'interdiction de procéder : une solution à généraliser ?

Chapitre II Le règlement des conflits de procédure par l'exception de chose jugée

Section 1 La consécration de la solution en droit positif

Section 2 L'exception de chose jugée, une solution à rejeter

#### *Titre II : La coordination par la déférence : une solution à privilégier*

Introduction

Chapitre I La coordination par la déférence, une solution à privilégier

Section 1 L'émergence de la déférence internationale

Section 2 La déférence, une solution à privilégier

## Chapitre II La déférence : une solution à préciser

Section 1 Le domaine d'application de la déférence

1. Examen de la compétence du tribunal étranger
2. Identité des litiges

Section 2 Le fondement de la déférence

1. Déférence et caractère approprié des fors
2. Déférence et priorité de saisine

Section 3 La chronologie procédurale nuancée

1. Les aménagements qui tiennent au fondement de la règle
2. Les limites de la déférence

## Conclusions

Bibliographie

Table des matières

## OUVRAGES CITÉS PAR LE NOM DES(S) L'AUTEUR(S)

- B. AUDIT, *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 1997, 944 p.
- H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, I, 8<sup>ème</sup> éd., 1993, 656 p. ; II, 7<sup>ème</sup> éd., 1983, 692 p.
- G. B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, 3<sup>ème</sup> éd., Kluwer Law International, La Haye/Boston/Londres, 1996, 1145 p.
- H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international. Chronique de jurisprudence (1991-1998)*, Dossiers du Journal des Tribunaux n° 28, Larcier, Bruxelles, 2001, 650 p.
- A. BRIGGS et P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, LLP, 1997, 472 p.
- A. BUCHER, *Droit international privé suisse. Tome I/1 : Partie générale - Conflits de juridictions*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1998, 310 p.
- CH. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 2 vol., 753 p.
- Dicey & Morris on the Conflict of Laws*, par L. COLLINS (gén. éd.) et al., 2 tomes, Londres, Sweet & Maxwell, 2000, 1622 p. (cité Dicey et Morris).
- G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Dalloz, 1972, 577 p.
- J. J. FAWCETT (éd.), *Dedining Jurisdiction in Private International Law Reports to the XIV<sup>th</sup> Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, August 1994*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 447 p. (cité *Dedining Jurisdiction* avec le nom de l'auteur et le titre du rapport).
- H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Paris, Montchrestien, 1996, 441 p.
- R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1997, 985 p.
- W. J. HAU, *Positive Kompetenzkonflikte im internationalen Zivilprozessrecht. Überlegungen zur Bewältigung von multi-fora disputes*, Frankfurt a.M., P. Lang, 1996, 272 p.
- B. HEIDERHOFF, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit im Entscheidungsverfahren*, Giesecking Verlag, Bielefeld, 1998, 281 p.
- J. HILL, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, LLP, 1998, 801 p.
- S. ISENBURG-EPPLE, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968*, Frankfurt a.M., 1992, 281 p.
- M. KOCH, *Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung*, Frankfurt a.M., Lang, 1993, 192 p.
- J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 6<sup>ème</sup> éd., Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1998, 629 p.
- J. KROPHOLLER "Internationale Zuständigkeit", in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, I, H. J. HERRMANN (éd.), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982, 185-533 (cité : J. Kropholler, « Internationale Zuständigkeit »).
- P. MAYER, *Droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 1998, 703 p.
- P. M. NORTH et J. J. FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, Londres, Butterworths, 1999, 1069 p.
- A. NUYS, *L'exception de forum non conveniens (Etude de droit international privé comparé)*, Thèse dactyl., Université Libre de Bruxelles, 2002, 3 vol., 769 p.
- F. POCAR et P. NYGH, *Rapport sur l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Doc. Prél. n° 11, Conférence de La Haye de droit international privé, août 2000, 122 p.
- F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé. II. Droit positif belge*, Bruxelles, Larcier, 1993, 923 p.
- H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, 443 p.
- E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, *Conflict of laws*, 3<sup>ème</sup> éd., Hornbook Series, St. Paul, West Publishing Co., 2000, 1416 p.
- M. WITTIBSCHLAGER, *Rechtshängigkeit in internationale Verhältnissen*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1994, 149 p.

## ABBREVIATIONS

A.	Atlantic Reporter
Act. Dr.	Actualités du droit
Afr. J. Int'l & Comp. L.	African Journal of International and Comparative Law
A.J.T.	Algemeen Juridisch Tijdschrift
All E.R.	All England Law Reports
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Ann. Dr.	Annales de Droit de Louvain
Ann. Dr. Liège	Annales de Droit de Liège
Ann. Inst. Dr. Int.	Annuaire de l'Institut de Droit International
Arb. Int'l	Arbitration International
Ariz. J. Int'l & Comp. L.	Arizona Journal of International and Comparative Law
Ariz. J. Int'l L.	Arizona Journal of International Law
Arr. Cass.	Arresten van het Hof van Cassatie
Arr.Rb.	Arrondissementsrechtbank (tribunal d'arrondissement)
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
BBL	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung / Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse / Decisioni del Tribunale federale svizzero
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
B.J.	La Belgique Judiciaire
B.R.H.	Belgische Rechtspraak in Handelszaken
Brooklyn J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
B.S.	Belgisch Staatsblad
B.T.I.R.	Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation



Bus. Law.	The Business Lawyer
B.Y.I.L.	British Yearbook of International Law
Cah. de Dr.	Les Cahiers de Droit
Cah. jur. fisc. exp.	Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation
Calif. West. Int'l L.J.	California Western International Law Journal
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Can. Int'l L.	Canadian International Lawyer
CLOUT	Case Law on UNCITRAL Texts
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Comp. & Int'l L.J. S.Afr.	Comparative and International Law Journal of Southern Africa
Comp. L. Y.B.	Comparative Law Yearbook
Cornell Int'l L.J.	Cornell International Law Journal
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
D.	Recueil Dalloz Sirey
D. Chron.	Recueil Dalloz Sirey, Chronique
D. Somm.	Recueil Dalloz Sirey, Sommaires commentés
D.L.R.	Dominion Law Reports (Canada)
D.P.C.I.	Droit et pratique du commerce international/ International Trade Law and Practice
E.J.	Echtscheidingsjournaal
Emory Int'l L. Rev.	Emory International Law Review
Emory J. Int'l Disp. Resol.	Emory Journal of International Dispute Resolution
E.R.P.L.	European Review of Private Law
Eur. Transp. L.	European Transport Law
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fla. Int'l L.J.	Florida International Law Journal
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
Ga. J. Int'l & Comp. L.	Georgia Journal of International and Comparative Law

Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.	The George Washington Journal of International Law and Economics
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
Houst. J. Int'l L.	Houston Journal of International Law
I.C.A.B.	The ICC International Court of Arbitration Bulletin
Indiana Int'l & Comp. L. Rev.	Indiana International and Comparative Law Review
I.C.L.Q.	The International and Comparative Law Quarterly
Int'l Arb. Rep.	International Arbitration Report
Int'l Bus. Law.	International Business Lawyer
Int'l Bus. L.J.	International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales
Int'l Law.	The International Lawyer
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
J.C.P. éd. E	Juris Classeur Périodique. La Semaine Juridique. Cahiers de Droit de l'Entreprise
J.C.P. éd. G	Juris Classeur Périodique. La Semaine Juridique. Édition Générale
J.D.I.	Journal du Droit International (Clunet)
Jura Falc.	Jura Falconis
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
J.L.	Jurisprudence de Liège
J. L. & Com.	The Journal of Law and Commerce
J.L.M.B.	Jurisprudence de Mons, Liège et Bruxelles
J.P.A.	Jurisprudence du Port d'Anvers
J.T.	Journal des Tribunaux
J.T.T.	Journal des Tribunaux du Travail
J.W.	Juristische Wochenschrift
J.Z.	Juristenzeitung

Lloyd's M. C. L.Q.	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal
N.I.L.R.	Netherlands International Law Review
N.I.P.R.	Nederlands Internationaal Privaatrecht
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
N.J.W.	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nordic J. Int'l L.	Nordic Journal of International Law
N.T.B.R.	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
N.T.I.R.	Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht
Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
N.Y. Int'l L. Rev.	New York International Law Review
N.Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L.	New York Law School Journal of International and Comparative Law
N.Y. U. J. Int'l Law & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
östZRVgl	Österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung
Pace Int'l L. Rev.	Pace International Law Review
Pas.	Pasicrisie belge
P. & B.	Tijdschrift voor Procesrecht en Bewijsrecht
Petites aff.	Les petites affiches (Les journaux judiciaires associés)
P.P.	Pandectes Périodiques
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rb.	Rechtbank (tribunal)
R. Cass.	Recente Arresten van het Hof van Cassatie
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.C.J.B.	Revue critique de jurisprudence belge

R.D.A.I.	Revue de Droit des Affaires Internationales/ International Business Law Journal
R.D.I.D.C.	Revue de droit international et de droit comparé
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Recueil des cours	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.D.C.B./T.B.H.	Revue de droit commercial belge
Rev. dr. unif.	Revue de droit uniforme/Uniform Law Review
Rev. Int'l Bus.L.	Review of International Business Law
R.D.I.P.P.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
R.G.A.R.	Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.W.	Recht der Internationalen Wirtschaft, Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
R.P.S.	Revue Pratique des Sociétés
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et économique
R.T.D.F.	Revue Trimestrielle de Droit Familial
R.W.	Rechtskundig Weekblad
Scand. Stud. L.	Scandinavian Studies in Law
S.C.R.	Supreme Court Reports (Canada)
Sem. jud.	La Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Syracuse J. Int'l L. & Com.	Syracuse Journal of International Law and Commerce
S.Z.I.E.R./R.S.D.I.E.	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht/Revue suisse de droit des affaires
Temp. Int'l & Comp. L. J. Journal	Temple International and Comparative Law Journal
Tex. Int'l L.J.	Texas International Law Journal

Transnat'l Law.	The Transnational Lawyer
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
Trav. Com. Fr. DIP	Travaux du Comité Français de droit international privé
U. Miami Y.B. Int'l L.	University of Miami Yearbook of International Law
Uniform L. Rev.	Uniform Law Review/Revue de droit uniforme
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
Yale J. Int'l L.	The Yale Journal of International Law
ZaiP	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Zeup	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRVgl	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZverglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Table des matières

Introduction générale .....	18
Première partie .....	56
La prévention des conflits de procédures .....	56
Introduction .....	58
Titre I .....	62
Les règles de compétence en général .....	62
Introduction .....	63
Chapitre 1 .....	70
Absence de limites contraignantes pour la détermination des règles de compétence internationale .....	70
Section 1 : Le droit international, droit des limites de la compétence internationale? .....	70
§ 1. Les limites évanescences du droit international .....	71
§ 2. La pratique des Etats : la condamnation des fors exorbitants .....	77
A. Fors exorbitants et droit conventionnel .....	77
B. Autodiscipline et coordination nationale .....	80
(i) Autodiscipline jurisprudentielle : la restriction du for du patrimoine .....	81
(ii) L'évolution des législations nationales : l'exemple du nouveau Code de Procédure civile néerlandais .....	84
Section 2 : Compétence internationale et procès équitable .....	88
§ 1. Le rôle du 'due process' dans la jurisprudence américaine .....	89
A. Procès équitable et 'contacts minimum' .....	89
B. Les résultats décevants de l'expérience américaine .....	91
§ 2. Le droit au procès équitable et la compétence internationale .....	96
(A) La confrontation entre le procès équitable et la compétence internationale dans la doctrine .....	97
(i) Procès équitable et fors exorbitants .....	97
(ii) Procès équitable et règles de compétence européennes .....	99
(B) Les limites du droit au procès équitable .....	100
(i) Le droit au procès équitable et la compétence internationale, un débat bien académique... ..	101
(ii) Dangers et critiques d'une approche centrée sur le procès équitable .....	103
Chapitre 2 .....	109
La coordination des règles de compétence .....	109
Section 1 : La coordination d'origine nationale .....	109
§ 1. Prise en compte de la règle de compétence étrangère .....	109
A. Prise en compte des règles de compétence étrangère dans la délimitation de la compétence du for .....	110
B. Le renvoi de compétence .....	113
§ 2. La compétence internationale dérivée, instrument de coordination du contentieux .....	115
A. Les règles de compétence dérivée, l'exception en droit comparé .....	116
B. Vers un for européen de la connexité? .....	123
Section 2 : Les limites de la coordination internationale .....	133
Titre II .....	151
Le rôle de l'autonomie de la volonté .....	151
Introduction : conflits de procédures et autonomie de la volonté .....	153
Chapitre 1 Les limites de l'autonomie de la volonté .....	154
Section 1 : La loi-type de l'ABA – une tentative inaboutie .....	154
Section 2 : Clauses d'élection de for et conflits de procédures .....	156
§ 1. Les limites du domaine de l'autonomie de la volonté .....	156
§ 2. Les limites intrinsèques de l'autonomie de la volonté .....	158
I. Première brèche : autonomie de la volonté défectueuse .....	160
II. Seconde brèche : pluralité des statuts et des instances de contrôle .....	163
A. Pluralité des instances de contrôle .....	163
B. Absence de statut uniforme pour les clauses d'élection de for .....	166
(a) Unanimité sur les principes .....	166
(b) Différences substantielles sur l'application des principes : quelques exemples .....	171
1. Convention de juridiction et comparution volontaire .....	173
2. Validité formelle des clauses d'élection de for .....	175
3. Domaine de l'autonomie de la volonté .....	177

4. Effet d'une convention de juridiction à l'égard des tiers .....	180
<b>Chapitre 2 : vers un renforcement de l'autonomie de la volonté .....</b>	<b>183</b>
Section 1 : Vers une plus grande uniformité du traitement de la convention de juridiction ? .....	184
Section 2 : Quels mécanismes de coordination ? .....	192
§ 1. L'insuffisance des mécanismes généraux de coordination .....	192
I. L'interdiction de procéder comme outil au service de l'autonomie de la volonté .....	193
III. La difficile coexistence de la litispendance et de la clause d'élection de for .....	201
A. La règle générale : pas d'application analogique de la litispendance .....	202
B. L'exception : l'espace judiciaire européen .....	207
(i) La confrontation entre deux objectifs : une hypothèse exceptionnelle .....	208
(ii) La litispendance européenne prime sur l'autonomie des parties .....	211
§ 2. Mécanismes spéciaux de coordination .....	218
I. Exclusivité du contrôle de la validité de la convention de juridiction .....	218
II. Echelonnement du contrôle de la validité .....	221
<b>Synthèse de la première partie .....</b>	<b>229</b>
<b>Deuxième Partie .....</b>	<b>232</b>
<b>Le règlement des conflits de procédures .....</b>	<b>232</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>233</b>
<b>Titre I .....</b>	<b>234</b>
<b>La contrainte et l'indifférence : deux solutions à rejeter .....</b>	<b>234</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>235</b>
<b>Chapitre I .....</b>	<b>236</b>
<b>Le règlement des conflits de procédures par la contrainte .....</b>	<b>236</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>237</b>
Section 1 : Une solution originale : l'interdiction de procéder .....	238
§ 1. Les fondements de l'interdiction de procéder .....	241
§ 2. L'interdiction de procéder et les conflits de procédures .....	245
1. L'interdiction de procéder en droit anglais .....	246
A. Les origines : une solution exceptionnelle .....	247
B. L'intermède des années 1970 .....	252
C. De <i>Aérospatiale</i> à <i>Airbus</i> : un retour aux sources .....	254
D. Conclusion : l'injonction <i>anti-suit</i> comme sanction exceptionnelle des conflits de procédures .....	256
2. L'interdiction de procéder en droit américain .....	260
A. Les origines : doutes sur la constitutionnalité .....	260
B. L'injonction comme remède aux conflits de procédures .....	261
C. Internationalisation et schisme de la jurisprudence .....	264
Section 2 : L'interdiction de procéder : une solution à généraliser? .....	272
§ 1. L'interdiction de procéder et le droit international .....	272
1. L'injonction <i>anti-suit</i> : une extra-territorialité indirecte .....	272
(A) Le déclin du paradigme de la territorialité .....	273
(B) L'injonction <i>anti-suit</i> : une contrainte extra-territoriale interdite? .....	276
2. L'interdiction de procéder et la souveraineté étrangère .....	281
(A) La réalité d'une interférence .....	281
(B) Le devoir de prudence .....	286
3. L'interdiction de procéder et le droit au procès équitable .....	288
§ 2. L'interdiction de procéder : une efficacité limitée .....	291
1. L'impossible reconnaissance de l'injonction <i>anti-suit</i> .....	291
A. Les limites de la sanction par le for de l'injonction .....	292
B. Absence de reconnaissance .....	295
I. Réaction des pays de droit civil .....	295
II. L'injonction dans les relations interaméricaines .....	299
2. L'interdiction de procéder, une source de conflit .....	303
§ 3. L'interdiction de procéder : une solution fragmentaire .....	310
1. L'interdiction de procéder, une mesure inconnue des droits continentaux .....	310
A. Le principe : une solution inexistante .....	310
I. En général .....	310
II. L'action déclaratoire, un ersatz d'interdiction de procéder? .....	314
(i). L'intervention postposée : le rejet de la décision étrangère .....	314
(ii). L'intervention préventive : l'action déclaratoire .....	318
B. Vers une injonction continentale? .....	320
I. Analyse des suggestions de la doctrine allemande .....	321

II.	Une analyse généralisable? .....	325
(i)	L'injonction <i>anti-suit</i> au Québec.....	326
(ii)	Une injonction <i>anti-suit</i> en droit belge ou français?.....	327
2.	L'interdiction de procéder, une mesure en voie de disparition.....	329
(A)	Incompatibilité de l'interdiction de procéder avec l'espace judiciaire européen.....	330
(B)	Le déclin de l'interdiction de procéder dans le contentieux international privé.....	338
I.	Réserves de la jurisprudence : courtoisie et subsidiarité .....	338
II.	Une doctrine plus que réservée à l'égard de l'interdiction de procéder.....	342
Chapitre II	.....	350
Le règlement des conflits de procédures par l'exception de chose jugée	.....	350
Section 1	La consécration de la solution en droit positif.....	352
I.	L'exception de chose jugée comme solution par défaut.....	352
II.	L'exception de chose jugée, solution par excellence des conflits de procédures en droit américain	354
A.	Une règle générale à la portée réduite .....	354
B.	La passivité des tribunaux américains, extension d'une pratique bien établie au sein de l'espace judiciaire américain.....	361
Section 2	L'exception de chose jugée, une solution à rejeter.....	370
I.	Le problème de la course au jugement.....	370
II.	Le danger du 'tourisme judiciaire' .....	374
III.	Risque de décisions contradictoires .....	374
Conclusion : rejet du modèle de la tolérance	.....	386
Conclusion du titre premier.....	.....	390
Seconde Partie.....	.....	401
Titre II.....	.....	401
Introduction .....	.....	402
Chapitre I .....	.....	406
La coordination par la déférence : une solution à privilégier .....	.....	406
Section 1 : l'émergence de la déférence internationale.....	.....	407
§ 1.	L'émergence du déclinatoire de litispendance internationale : l'exemple du droit français ....	407
I.	Les heures sombres de la litispendance internationale au 19 <sup>ème</sup> siècle.....	409
A.	Le principe : le refus de la litispendance internationale .....	409
B.	Les exceptions : les travestissements de la litispendance .....	413
(i)	Les hésitations de la jurisprudence.....	413
(ii)	La coordination déguisée : l'exception de renonciation .....	414
(a)	'Electa una via, excluditur altera' .....	415
(b)	Une jurisprudence restrictive : l'interprétation de la renonciation.....	421
II.	La montée en force de la litispendance internationale à l'époque contemporaine .....	425
A.	L'évolution de la jurisprudence française au 20 <sup>ème</sup> siècle : l'avancée progressive de la coordination .....	425
B.	La litispendance au 21 <sup>ème</sup> siècle : un bilan en demi-teintes .....	431
§ 2.	L'émergence de l'exception de for inapproprié : l'exemple du droit anglais.....	445
I.	Les origines : le 'stay' comme sanction de l'abus de procédure .....	448
II.	Le 20 <sup>ème</sup> siècle : la libéralisation .....	459
A.	Le <i>forum conveniens</i> – une manifestation de l'abstention?.....	461
B.	La révolution des années 1970.....	463
Section 2 :	la déférence, une solution à privilégier.....	472
Chapitre II.....	.....	491
La déférence, une solution à préciser.....	.....	491
Introduction .....	.....	492
Section I : Le domaine de l'abstention.....	.....	494
§ 1.	Examen de la compétence des fors.....	494
A.	Nécessité de deux fors compétents .....	494
B.	Examen de la compétence du juge étranger.....	496
§ 2.	Identité entre litiges .....	501
A.	L'impasse des doctrines dérivées .....	503
(i)	Les limites objectives de l'exception de litispendance internationale en droit français : les exigences de <i>cause</i> et d' <i>objet</i> .....	503
(ii)	Les limites objectives de l'exception de litispendance internationale en droit allemand : le ' <i>Streitgegenstand</i> ' .....	509
(iii)	Rejet des conceptions dérivées .....	515
B.	Une approche fonctionnelle de l'identité objective.....	526



(i)	Une approche fondée sur les principes .....	530
(ii)	Une approche plus ambitieuse.....	537
Section 2	<b>Le fondement de la déférence</b> .....	550
§ 1 :	L'abus de procédure comme fondement de la déférence internationale .....	550
§ 2 :	Caractère approprié des fors .....	558
A.	Le <i>forum non conveniens</i> et la concurrence de procédures .....	558
1.	Les données historiques : les relations confuses entre le forum non conveniens et le conflit de procédures au 19 <sup>ème</sup> siècle .....	559
A.	Les premières manifestations de l'ambiguïté : le droit écossais .....	560
B.	La poursuite de l'ambiguïté : le droit anglais .....	565
(i)	Les origines : le 'plea of lis alibi pendens'.....	565
(ii)	La consécration du 'stay' et la fin de l'autonomie du conflit de procédures .....	569
(A)	Consécration du 'stay' : la jurisprudence de la Cour d'Appel.....	569
(B)	Généralisation du 'stay' et disparition du <i>plea of lis alibi pendens</i> .....	570
2.	Le poids de la concurrence de procédures comme 'ingrédient' du for approprié.....	572
(A)	La révolution des années 1970 et le conflit de procédures.....	573
(B)	La concurrence de procédures, une donnée à l'importance variable selon les circonstances .....	579
B.	Le caractère approprié des fors, une base raisonnable pour la déférence ? .....	587
C.	Le <i>forum non conveniens</i> adapté au conflit de procédures .....	602
(1)	Le <i>forum non conveniens</i> en Australie et au Canada ; les premiers pas vers une reconnaissance de la litispendance internationale ? .....	603
A.	Le <i>forum non conveniens</i> en Australie : <i>Henry v Henry</i> .....	603
B.	La concurrence de procédures et le <i>forum non conveniens</i> au Canada .....	607
(2)	La doctrine de l' <i>international abstention</i> : le <i>forum non conveniens</i> adapté au conflit de procédures en droit américain.....	613
(A)	Les origines : le droit américain des conflits de procédures.....	613
(B)	L'abstention internationale : une jurisprudence naissante .....	620
(i)	Les maigres résultats de la coordination internationale.....	620
(ii)	L'essor confus d'une jurisprudence nouvelle.....	623
(A)	Les débuts et l'irrésistible attraction des précédents .....	625
(B)	Les premiers pas vers une jurisprudence autonome .....	633
§ 3.	La chronologie procédurale.....	640
A.	La chronologie procédurale : un 'nid de guêpes' pour les plaideurs et les tribunaux.....	641
1.	Le recours à la lex fori .....	643
2.	Application distributive de la loi nationale .....	644
(A)	La difficile application du droit étranger de la procédure.....	645
(B)	L'atteinte à l'égalité entre parties .....	650
3.	A la recherche d'une règle alternative.....	655
A.	Modalisation de la méthode distributive : l'expérience allemande de la 'Doppelkalkifikation' .....	655
B.	Vers une définition autonome : l'expérience de l'espace judiciaire européen.....	658
1.	Une règle qui encourage la course au for.....	676
2.	Le caractère arbitraire de la chronologie procédurale .....	681
Section 3 :	<b>La chronologie procédurale nuancée</b> .....	690
§ 1.	Les aménagements qui tiennent au fondement de la règle .....	690
A.	Le mariage de la priorité temporelle et du for approprié.....	690
B.	Vers une déférence coordonnée ?.....	699
1.	Une juridiction internationale de droit privé ? .....	700
2.	Une coopération judiciaire renforcée : la méthode réflexive.....	705
3.	Un dialogue entre juges : la déférence concertée .....	711
(a)	Le dialogue inter-judiciaire : le dernier avatar de la coopération judiciaire internationale....	713
(b)	Difficultés de la communication directe entre juges .....	721
4.	Le transfert d'instance, une solution intermédiaire .....	729
§ 2	Les limites de la déférence internationale.....	738
A.	Les limites déduites du régime des jugements étrangers : le pronostic de reconnaissance .....	738
1.	La filiation entre régime des jugements étrangers et priorité du juge premier saisi .....	739
2.	Le pronostic de reconnaissance comme expression du lien entre litispendance et régime des jugements étrangers .....	752
B.	Les éléments du pronostic de reconnaissance.....	760
1.	Les conditions à proscrire : la réciprocité .....	760

(a)	Abstention internationale et réciprocité négociée .....	763
(i)	Litispendance et droit conventionnel : un lien éprouvé par l'histoire .....	764
(ii)	Les limites du lien entre litispendance et droit conventionnel .....	769
(b)	Abstention internationale unilatérale et réciprocité .....	771
2.	Les conditions légitimes : compétence et ordre public .....	775
(a)	La condition de la compétence-litispendance .....	776
(i)	Nécessité d'un examen de la compétence - litispendance .....	776
(ii)	Modalités du contrôle de la compétence-litispendance .....	780
(b)	Ordre public et coordination des procédures concurrentes .....	787
(i)	La pertinence d'une condition déduite ses exigences d'une bonne administration de la justice .....	787
A.	La bonne administration de la justice comme limite à la coordination en droit comparé .....	788
B.	Légitimité d'une condition de bonne administration de la justice .....	791
(ii)	La portée de l'exception de justice .....	799
A.	Délimitation négative de l'exception de justice : le refus des comparaisons matérielles .....	800
B.	L'exception de justice, sanction du déni de justice .....	805
1.	Le déni de justice comme fondement de l'exception de justice .....	806
2.	Le problème du délai raisonnable .....	809
	Synthèse de la deuxième partie .....	835
	Conclusions .....	841
	Bibliographie .....	847
1.	Ouvrages généraux – traités .....	847
1.1.	Conflits de juridiction .....	847
1.1.1.	Histoire du droit .....	847
1.1.2.	Droit positif .....	848
1.2.	Droit international privé .....	852
1.2.1.	Histoire du droit .....	852
1.2.2.	Droit positif .....	854
2.	Monographies – thèses - cours .....	859
3.	Articles – communications – chroniques - rapports .....	867
3.1.	Généralités sur les conflits de procédures .....	867
3.2.	Théorie et pratique des conflits de juridictions .....	868
3.3.	Le rôle du for dans le contentieux international privé .....	870
3.4.	Conflits de procédures et Conventions de Bruxelles et de Lugano .....	871
3.5.	Litispendance et connexité internationale .....	874
3.6.	Doctrine du forum non conveniens .....	878
3.7.	Les injonctions portant interdiction de procéder .....	881
3.8.	Actions déclaratoires .....	884
3.9.	Conflits de procédures et conventions de juridictions .....	884
3.10.	Projet de Convention de La Haye .....	885
4.	Documents officiels : Conférence de La Haye pour le droit international privé .....	886



## INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. **Définition** – Cette étude porte sur les conflits de procédure. Cette expression doit s’entendre de la concurrence de procédures qui mettent en jeu des litiges identiques ou similaires<sup>1</sup> et qui sont portées devant les tribunaux de deux ou plusieurs pays.<sup>2</sup> Comme on l’a fait remarquer,<sup>3</sup> l’expression ‘conflit de procédures’ retenue pour cette étude ne fait pas encore partie du répertoire traditionnel des internationalistes. Outre qu’elle s’accorde avec un vocabulaire devenu classique en droit international privé,<sup>4</sup> cette expression nous semble préférable à d’autres parfois utilisées dans ce contexte, comme celle de procédures *parallèles* ou *concurrentes*, parce qu’elle permet d’embrasser une plus grande variété de situations.<sup>5</sup>

Comme l’indique la définition retenue, c’est la concurrence de *procédures judiciaires* qui retiendra notre attention. L’expérience a montré qu’un conflit pouvait également opposer une procédure *arbitrale* à une autre dont est saisi un tribunal national. La nature spécifique de l’arbitrage, et en particulier l’importance de l’élément *contractuel*, appelle à notre sens un traitement particulier de ce type de conflit, que nous n’aborderons pas.<sup>6</sup> Pour la même raison nous ferons l’impasse sur les conflits qui peuvent opposer des procédures portées

<sup>1</sup> Le conflit de procédures suppose une certaine *identité*, tant entre les parties intéressées qu’à l’égard des questions dont les tribunaux sont saisis. A ce stade, il semble prématuré de préciser quel est le degré d’identité nécessaire pour que naisse un conflit entre deux procédures. On abordera *infra*, n° 458 la difficile question de savoir comment concilier les solutions nationales sur ce point.

<sup>2</sup> *Comp.* avec les définitions proposées par A. N. VOLLMER, “U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection”, *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1996, (237), 238 (“litigation in two countries involving the same parties and the same issues or facts”); W. HAU, 1 (“*zweihedlichen Streitigkeiten die vor Gerichten verschiedener Staaten ausgetragen werden [...]*”); M. SCHNEIDER, “Multi-*fora* Disputes”, *Arbitration Int’l*, 1990, (101), 101 (“all those disputes where the same or related facts or issues are tried before several different fora”) et par Y. FURUTA, “International Parallel Litigation. Disposition of Duplicative Civil Proceedings in Japan and the U.S.”, *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, (1), 2 (“International parallel litigation consists of virtually the same dispute being litigated simultaneously in courts of multiple jurisdictions, one in a domestic court and the other in a foreign court”).

<sup>3</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, “Les conflits de procédures”, *Travaux comité français DIP*, 1995-96, 71 (étude citée ci-après par le seul nom de l’auteur).

<sup>4</sup> On pense aux expressions consacrées de ‘conflit de lois’ et de ‘conflit de juridiction’, dont le conflit de procédures constituerait une variante. La référence au concept de ‘conflit’ n’est pas la plus heureuse pour désigner les deux grandes questions du droit international privé, puisque les ‘conflits’ de lois et de juridictions ne sont que virtuels (en ce sens p. ex. E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 285, n° 121). Il n’y a pas en effet véritablement de conflit entre les lois nationales en présence, mais plutôt matière à choix pour le for, d’où l’expression parfois utilisée de ‘choice of law’. Pour le sujet qui nous occupe, l’opposition entre les procédures est au contraire bien réelle et justifie la référence au ‘conflit de procédure’.

<sup>5</sup> Sur cette question de terminologie, cf. également W. HAU (p. 2), qui retient le néologisme anglais de “multi-*fora* disputes”, imaginé par M. SCHNEIDER (*loc. cit.*, *Arb. Int’l*, 1990, (10), 101) après avoir recensé les expressions “konkurrierenden Verfahren”, “Doppelprozessen”, “parallel proceedings”, “concurrent or simultaneous proceedings” et enfin “multiple state litigation”. Les expressions de ‘conflits de procédures’ et ‘conflits de décisions’ sont par exemple acceptées et utilisées par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1998, 443-450.

Les tribunaux anglais font parfois référence au “conflict of jurisdiction” pour désigner le conflit de procédures, (p. ex. *Messier Douty Ltd. and another v Sabena, S.A. and others*, [2000] 1 Lloyd’s Rep. 428, n° 45). Dans la dernière édition du Dicey et Morris (13<sup>ème</sup> éd., sous la direction de L. COLLINS, Londres, Sweet et Maxwell, 2000, 1622 p.), l’expression ‘conflicts over jurisdiction’ désigne l’ensemble des questions relatives à la compétence internationale.

<sup>6</sup> V. toutefois *infra*, n° 111 le conflit qui met en jeu une clause d’élection de for. Parmi les études récentes sur la question, on consultera M. LIATOWITSCH, *Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland*, Helbing et Lichtenhahn, Bâsel/Munich, 2002, 166 p. ainsi que les contributions rassemblées par P. KARRER (éd.), *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, ASA Spécial Series n° 15, Zürich, ASA-IBA, 2001.

devant des tribunaux internationaux, dont on sait qu'ils se sont multipliés lors de la dernière décennie.<sup>7</sup> Si on ne peut exclure des rapprochements ponctuels sur certaines questions, ces conflits, qui relèvent en réalité du droit international général, nous paraissent appeler une étude particulière. Enfin, et pour en terminer avec cette délimitation préliminaire du sujet, la définition proposée permet d'exclure du champ des investigations les conflits opposant des autorités administratives qui dépendent de souverains différents,<sup>8</sup> ainsi que ceux qui naissent des prétentions extra-territoriales de certains tribunaux et législateurs, prétentions qui provoquent parfois à leur tour une réponse courroucée des tribunaux étrangers visés.<sup>9</sup>

2. Le conflit de procédures au centre d'un *continuum* - Le conflit de procédures constitue une des étapes dans un *continuum* qui va du conflit de compétence<sup>10</sup> au conflit de décisions. Le premier peut être considéré comme l'état *latent* du phénomène étudié, à savoir la circonstance que deux ou plusieurs ordres juridiques sont prêts à ouvrir

<sup>7</sup> M. Charney a étudié les risques que fait peser la multiplication des tribunaux internationaux sur la cohérence de l'ordre juridique international : J. I. CHARNEY, "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals ?", *Recueil des cours*, 1998, vol. 271, 105-382 (en particulier pp. 132-138). On notera que selon cet auteur, "the coherence of international law does not appear to be significantly threatened by the increasing numbers of international tribunals" (p. 373), ce qu'il explique par l'énorme influence et le prestige de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice. Cf. également T. J. H. ELSSEN, *Litispence between the International Court of Justice and the Security Council*, T.M.C. Asser Instituut, 1986, Den Haag, 125 p.

V. également le site internet du "Project on International Courts and Tribunals (PICT)", qui se fixe comme mission "to address the legal, institutional and financial issues arising from the multiplication of international courts and tribunals" (<[www.pict-ict.org](http://www.pict-ict.org)>). Sur ce thème, v. le numéro spécial du *New York University Journal of International Law and Politics* à l'occasion du congrès dédié au thème "The Proliferation of International Tribunal : Piecing Together the Puzzle", (vol. 31, 1999, numéro 4) avec inter alia, B. KINGSBURY, "Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Specific Problem?", *N.Y.U. Journal of Int'l Law and Politics*, 1999, 679-696 ; J. I. CHARNEY, "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", 697-708 ; C. P. R. ROMANO, "The Proliferation of International Judicial Bodies : the Pieces of the Puzzle", 709-751 ainsi que l'étude de V. LOWE, "Overlapping Jurisdiction in International Tribunals", *Australian Yearb. Int'l L.*, 1999, 191-204.

Pour le droit européen, v. par exemple M. DAUSES et B. HENKEL, "Verfahrenskonkurrenzen bei gleichzeitiger Anhängigkeit verwandter Rechtssachen vor dem EuGH und dem EuG", *Eu.Z.W.*, 1999, 325-331.

<sup>8</sup> Le droit de la concurrence est un terrain fertile pour les conflits de cette nature, les exemples de revendication simultanée de compétence par différentes autorités sont légions. Cf. par exemple l'affaire de la fusion Boeing/Mc Donnell Douglas (sur cette affaire v. E. TICHADOU, "Internationalrechtliche Aspekte des Wettbewerbsrechts am Beispiel des Boeing-Falles", *ZEuS*, 2000, 61-77, spéc. 70-77 ainsi que A. F. BAVASSO, "Boeing/Mc Donnell Douglas - Did the Commission Fly Too High?", *Eur. Competition L.R.*, 1998, 243-248).

La tendance actuelle semble être pour les autorités concernées de conclure des accords de coopération pour éviter les conflits, v. p. ex. l'accord de coopération entre les autorités américaines et européennes : Accord 95/145/CE du 10 avril 1995, *J.O.C.E.*, 27 avril 1995 L-95/45 (sur cet accord, S. VON WALLWITZ, "Das Kooperationsabkommen zwischen der EU und den USA. Eine Bestandsaufnahme der transatlantischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Kartellsrechts", *Eu.Z.W.*, 1997, 525-529 ; F. ROMANO, "The Boeing/MDD Merger and the EC/US Agreement on the Application of their Antitrust Rules", *R.D.A.I.*, 1998, 509-520 ; S. KINES, "Confidentiality, Conflicts and Comity : Problems and Solutions in the new Era of International Co-Operation for the Purposes of Enhancing Competing Law Enforcement", *N.I.L.R.*, 1996, 19-32 ; A. D. HAMM, "International Cooperation in Anti-Trust Field and in Particular, the Agreement between the USA and the Commission of the EC", *Common Market L. Rev.*, 1993, 571-597) ainsi que le deuxième accord 98/386/CE du 29 mai 1998, *J.O.C.E.*, 18 juin 1998, L-173/26. En général sur ces accords, C. PLAIDY, *L'internationalisation du droit de la concurrence*, Thèse Toulouse I, 2000, 388 p., spéc. pp. 322-347.

<sup>9</sup> On pense au contentieux relatif à l'administration de la preuve et aux législations particulières qui interdisent la divulgation de certaines informations, pour une étude d'ensemble, v. p. ex. K. P. MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationale Wirtschaftsrecht. Eine vergleichende Untersuchung unter besondere Berücksichtigung des US-amerikanischen und deutschen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, 533 p., spéc. pp. 168-195 et 374-427 sur les procédures parallèles.

<sup>10</sup> Par 'compétence' nous entendons dans cette étude, à la suite de Holleaux, l'aptitude d'une instance judiciaire à être saisie directement d'un litige : D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, 1.

les portes de leurs tribunaux pour un litige donné.<sup>11</sup> Le second constitue l'exacerbation d'un conflit de procédures qui n'a pu être résolu, les deux tribunaux se prononçant effectivement sur le litige.<sup>12</sup>

L'enchaînement entre ces différents stades apparaît clairement lorsque l'on aborde le phénomène sous l'angle de la *prévention* : pour prévenir un conflit de décisions, il faut s'attaquer à la concurrence de procédures et tenter de mettre fin à l'une d'elles ; lorsqu'il s'agit de prévenir le conflit de procédures, c'est au contraire sur la possibilité même de saisir concurremment deux tribunaux que doit porter la recherche.

Si le conflit de procédures a retenu plus particulièrement notre attention, c'est qu'il nous apparaissait constituer un terrain plus fertile pour la recherche que les deux autres états du phénomène. Lorsque le conflit s'envenime au point de donner naissance à des décisions contradictoires, la tâche de l'internationaliste se limite à privilégier l'une ou l'autre décision.<sup>13</sup> Quant au 'simple' conflit de compétences, il ne devient préoccupant que dès lors que, pour des raisons sur lesquelles nous reviendrons, les parties le mettent à profit pour engager des procédures concurrentes. En outre, l'existence de compétences concurrentes représente l'état *quasi naturel* du conflit de juridictions, tant les règles de compétence exclusive sont peu fréquentes. Le conflit de compétence est toutefois digne d'attention en ce qu'une réflexion sur les règles de compétence peut contribuer à *prévenir* les conflits de procédures (*infra*, n° 29 e.s.). Les conflits en amont et en aval de la concurrence de procédures proprement dite joueront dès lors un rôle d'appoint dans cette étude.

**3. Les causes du phénomène** – Le conflit de compétence constitue une condition nécessaire, sans être pour autant suffisante, à l'apparition d'une concurrence de procédures. Celle-ci ne se conçoit en effet pas en l'absence d'une pluralité de fors disponibles pour un seul et même litige. Dans l'affaire *Airbus* par exemple, qui a opposé les tribunaux anglais, américains et indiens,<sup>14</sup> un avion en partance de Bombay et affrété par une compagnie aérienne indienne s'était écrasé près de Bangalore, sa destination finale. Les descendants de certaines victimes assignèrent la compagnie aérienne et les autorités aéroportuaires devant les tribunaux indiens, dont la compétence internationale

<sup>11</sup> Comp. P. MAYER, 1998, 281, n° 434 (selon qui le "simple" conflit de procédures n'est que l'état latent du conflit de décisions).

<sup>12</sup> Comp. la distinction qu'opère LEMAIRE entre deux types de 'jurisdiction-conflicten' : le premier conflit, purement théorique, est un conflit de répartition lors de la définition des règles de compétence, le second type de conflit oppose deux ordres juridiques dont les règles attribuent pour un litige donné compétence à leurs tribunaux : W. G. L. LEMAIRE, *Nederlands Internationaal Privaatrecht - Hooflijnen*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1968, 296-297.

<sup>13</sup> Les principes de solution du conflit de décisions peuvent varier selon qu'une décision du for soit ou non en jeu, v. *infra* n° 362.

<sup>14</sup> Et donné lieu à une décision de principe de la Chambre des Lords : *Airbus Industrie GIE v Jaisukh Arjun Bhai Patel and others* [1999] A.C. 119, [1998] 2 All.E.R. 257, [1998] 2 W.L.R. 686, [1998] 1 Lloyd's Rep 631, (1998) 37 I.L.M. 1076 (H.L.) (v. aussi dans la même affaire : *Airbus Industrie GIE v Patel and others*, [1997] 2 Lloyd's Rep 8, [1997] I.L.Pr. 230 (C.A.) et en première instance, *Airbus Industries GIE v Patel*, [1996] I.L.Pr 465 (QB)).

Parmi la pléthore de commentaires qu'a suscitée cette affaire, on lira avec profit les contributions de A. BRIGGS, "The Unrestricted Reach of an Anti-Suit Injunction. A Pause for Thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 90-102 et la note du même auteur parue in *British Yearb. Int'l. L.*, 1999, 332-336 ainsi que J. HARRIS, "Anti-suit Injunctions - A Home Comfort?", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 413-422; K. ANDERSON, "What Can the US Learn from English Antisuit Injunctions? An American Perspective on Airbus industries GIE v. Patel", *Yale J. Int'l L.*, 2000, 195-232; R. FENTIMAN, "Anti-suit Injunctions and the Appropriate Forum", *Cambridge L. J.*, 1997, 46-48 et P. SCHLOSSER, "Airbus Industries GIE v. Patel and others - eine Urteilsanmerkung", *IPRax*, 1999, 115-117.

V. également dans cette affaire les décisions des tribunaux américains : *Laura Howell Linton v Airbus Industries*, 30 F.3d 592 (5th Cir. 1994); *Linton v Airbus Industries*, 794 F. Supp. 650 (S.D. Tex. 1992); *Linton v Airbus Industries*, 934 S.W. 2d 754 (Tex. App. 1996).

ne faisait pas de doute, ne fut-ce qu'au titre de lieu de l'accident. Les victimes n'en restèrent toutefois pas là. Sur les conseils d'avocats américains, elles tentèrent également leur chance auprès du tribunal du comté de Brazoria au Texas, dont la générosité envers les victimes d'accidents et autres catastrophes est quasi légendaire.<sup>15</sup> Les demandeurs, dont aucun n'avait de lien particulier avec le Texas,<sup>16</sup> alléguaient qu'Airbus, et deux de ses filiales américaines elles aussi assignées, étaient soumises à la compétence du tribunal texan parce que l'entreprise établie en France avait dans le passé vendu des avions au Texas, et y avait entraîné des pilotes. Ce faisant elle répondait à la condition des 'contacts minimum' posée pour l'exercice de la compétence des tribunaux américains.<sup>17</sup>

Voilà une illustration on ne peut plus claire du lien entre conflit de procédures et pluralité de fors : ces conflits ne peuvent se comprendre que lorsque l'on sait que les règles de compétence des différents Etats permettent aux justiciables de saisir pour un seul et même litige plusieurs tribunaux. Or, que les parties puissent choisir entre plusieurs fors concurrents sera plus souvent la règle que l'exception dans le contentieux international privé. Comme le faisait en effet observer M. Batiffol, "il n'est pas rare que les tribunaux de plusieurs Etats différents soient compétents dans une situation qui, par définition, présente des liens avec plusieurs Etats".<sup>18</sup> Pour un litige donné, les parties pourront par exemple solliciter les tribunaux du domicile ou de l'établissement d'un des adversaires, le

<sup>15</sup> Le comté de Brazoria exerce sur les demandeurs potentiels, et particulièrement les victimes d'accidents spectaculaires, un pouvoir d'attraction inversement proportionnel à sa taille et à sa population. Cette fascination laisse les tribunaux locaux perplexes, comme le prouve le dictum suivant tiré d'un jugement d'un tribunal local dans une affaire engagée par la République de Bolivie contre Philip Morris : "[G]iven the tremendous number of U.S. jurisdictions encompassing fascinating and exotic places, the Court can hardly imagine why the Republic of Bolivia elected to file suit in the veritable hinterlands of Brazoria County, Texas. The court seriously doubts whether Brazoria County has ever seen a live Bolivian [...] even on the Discovery Channel [...]. This humble court by the sea is certainly flattered by what must be the worldwide renown of rural Texas courts for dispensing justice with unparalleled fairness and alacrity, apparently in common discussion even on the mountain peaks of Bolivia!" (*Republic of Bolivia v Philip Morris*, 39 F. Supp. 2d 1008, 1009 (S.D. Tex. 1999) ; *IPRax*, 2000, 159). V. également *Delgado v Shell Oil*, 890 F. Supp. 1324 (S.D. Tex. 1995) (pas moins de 10 pays africains et sud-américains choisissent les tribunaux de Brazoria pour attaquer l'entreprise pétrolière) et *Shell UK Exploration and Production Ltd. v Innes*, 1995 STL 807, 826 (1994 Outer House) (accident d'hélicoptère en Mer du Nord donne lieu à une série de procédures au Texas, dont plusieurs dans le comté de Brazoria, qui feront d'ailleurs l'objet d'une interdiction par le juge écossais). Il semble que certains comtés du Mississippi exercent la même attraction sur les demandeurs, v. R. PEAR, "Mississippi Gaining as Lawsuit Mecca", *New York Times*, 20 août 2001. Sur les risques particuliers que soulèvent les relations commerciales avec les Etats-Unis, v. déjà H. BERNSTEIN, « Prozessuale Risiken im Handel mit den USA. Konflikt und Ordnung », in *Festschrift für Münad Ferid am 80. Geburtstag*, A. HELDRICH (éd.), Frankfurt, Verlag für Standesamtswesen, 1978, 75 e.s.

<sup>16</sup> Ce qui fait dire à M. Briggs que la saisine du tribunal texan constituait une expression de "naked and unashamed forum shopping" : *Id.*, *British Yeam Int'l L.*, 1999, 332. Pour une autre espèce où un accident au Népal d'un avion parti du Pakistan a fait l'objet d'une procédure au Texas, où était établi un sous-traitant du constructeur de l'avion, v. Toulouse, 20 juin 1995 et les commentaires de F. AGOSTINI, "Compétence des juridictions françaises et notamment du juge des référés pour l'indemnisation des victimes d'un accident d'avion alors que le constructeur de l'avion est français et le transporteur est étranger", *D.*, 1995, Jurispr., 628. En l'espèce, il semble que la juridiction américaine ait décidé qu'elle n'était pas le tribunal le plus approprié pour trancher le litige. Sur cette exception, v. *infra*, n° 405.

<sup>17</sup> Pour plus de détails sur la jurisprudence américaine, *infra*, n° 53. A l'époque les tribunaux texans ne pouvaient refuser d'exercer leur compétence en application de la doctrine du *forum non conveniens*, v. *Dow Chemical Corp. v Castro Alfaro*, 786 S.W. 2d 674 (Supreme Court Texas, 1990) et les commentaires de J. P. TRACHMAN, "Dow Chemical Co. v. Alfaro", *Am J. Int'l L.*, 1990, 760-765. En général sur le forum non conveniens dans le droit des Etats américains, G. B. BORN, 1996, 289-299. Depuis lors, le législateur texan est intervenu pour réintroduire par voie législative le forum non conveniens : Tex. Civ. Proc. & Rem. Code, § 71.051 et les commentaires de C. C. SCHERZ, "Section 71.051 of Texas Civil Practice and Remedies Code - The Texas Legislature's Answer to Alfaro : Forum Non Conveniens in Personal Injury and Wrongful Death Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1994, 99 e.s. Il semble qu'en l'espèce, Airbus ait, après un véritable marathon procédural, finalement consenti à la compétence du tribunal texan, v. pour plus de détails, K. ANDERSON, *Id.*, *Yale J. Int'l L.*, 2000, 199-202.

<sup>18</sup> H. BATIFFOL, "L'état du droit international privé en France et dans les pays de l'Europe continentale de l'Ouest", *J.D.I.*, 1973, 22 e.s. reproduit dans H. BATIFFOL, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, LGDJ, 1976, (11), 15.

tribunal du lieu de l'exécution de l'obligation litigieuse ou encore leur propre tribunal national.

Pour continuer sur l'exemple du transport aérien, la Convention de Varsovie du 12 août 1929, qui est en vigueur dans plus de 140 Etats,<sup>19</sup> offre à la victime depuis une récente modification le choix entre pas moins de 5 fors différents.<sup>20</sup> Outre le juge du lieu de destination du voyage, la victime peut ainsi saisir le juge du domicile du transporteur ou du siège principal de son exploitation ou encore celui de l'Etat dans lequel se trouve l'établissement par les soins duquel le contrat de transport a été conclu.<sup>21</sup> Lorsque la Convention de Montréal entrera en vigueur, la victime pourra également agir devant les tribunaux de l'Etat dans lequel elle est domiciliée pour autant que le transporteur y possède un établissement. Le moins que l'on puisse dire, c'est que le passager a l'embarras du choix !<sup>22</sup>

En réalité, ce n'est pas tant la *diversité* des règles de compétence retenues par les différents ordres juridiques que leur *concurrence* qui explique le choix offert aux justiciables et permet la naissance des conflits de procédure. Même si chaque Etat adoptait comme seule et unique règle de compétence le traditionnel *actor sequitur forum rei*, des parties aux intérêts opposés pourraient encore chacune saisir le for du domicile de l'autre.<sup>23</sup>

**4. Le for, enjeu de la bataille entre les parties** – L'existence de compétences concurrentes est une donnée nécessairement présente dans tout conflit de procédures. Elle ne suffit toutefois pas à expliquer l'apparition de tels conflits. Chaque conflit de compétence contient en germes les fondements d'une concurrence de procédures. Le passage du conflit latent au conflit ouvert, de l'état statique à l'état dynamique ne se produira toutefois que si les parties au litige sont prêtes à investir le temps et les ressources nécessaires pour se battre sur plusieurs fronts. Il faut en d'autres termes que le jeu en vaille la chandelle.

<sup>19</sup> Convention de Varsovie du 12 août 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, telle qu'amendée notamment par la Convention de La Haye du 28 septembre 1955.

<sup>20</sup> La modification a pris la forme d'une nouvelle convention, signée à Montréal le 28 mai 1999, qui porte le même titre que le texte original de 1929. Sur le débat qui a précédé l'adoption du 5<sup>ème</sup> for, v. B. CHENG, "A Fifth Jurisdiction Without Montreal Additional Protocol N° 3 and Full Compensation Without the Supplemental Compensation Plan", *Air & Space Law*, 1995, 118 e.s. L'idée d'un 5<sup>ème</sup> for avait déjà été adoptée dans le Protocole de Guatemala City du 8 mars 1971, qui n'est jamais entré en vigueur faute des ratifications nécessaires. Sur les modifications apportées en 1999, v. J.-C. BATRA, "Modernization of the Warsaw System - Montreal 1999", *Journal of Air Law & Commerce*, 2000, 429-444.

<sup>21</sup> Sur les difficultés posées par ce dernier chef de compétence à l'ère digitale, v. J. HEINONEN, "The Warsaw Convention, Jurisdiction and the Internet", *Journal of Air Law & Commerce*, 2000, 453-496.

<sup>22</sup> Il faut sans doute nuancer le propos. Le choix offert au justiciable par la Convention de Varsovie se double d'une importante limitation de la compensation qu'il peut espérer obtenir. On peut toutefois faire confiance au génie créatif des avocats, particulièrement des avocats américains, pour formuler la demande de manière à échapper au carcan de la Convention de Varsovie, par exemple en invoquant la responsabilité du fait des produits, v. F. K. JUENGER, "Forum shopping, Domestic and International", *Tulane L. Rev.*, 1989, (553), 561 et en général, P. S. DEMPSEY, "Pennies From Heaven : Breaking Through the Liability Cealings of Warsaw", *Annals of Air & Space Law*, 1997, 267 e.s.

<sup>23</sup> C'est ce que constatait déjà CH. FRAGISTAS, "Problèmes résultant du conflit des règles sur la compétence judiciaire internationale", in *Aktuelle Probleme des internationalen Rechts*, Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA, Band I, Berlin, 1957, (102), 119, note 41. Et puisqu'il n'existe pas de définition universellement acceptée du 'domicile' ou de la 'résidence habituelle', une même partie pourrait attirer une autre devant les tribunaux de plusieurs Etats si elle démontre que son adversaire est réputé y être domicilié selon la loi de ces Etats. Le règlement n° 44/2001 qui remplace la Convention de Bruxelles ne prévoit pas de définition uniforme du domicile pour les personnes physiques (art. 59) et celle qu'il donne pour les personnes morales (art. 60) n'empêche pas les conflits positifs de compétence.



S'il en est souvent ainsi, c'est que le for n'est pas une donnée neutre du contentieux international privé. Qu'un litige soit porté à la connaissance d'un tribunal belge, américain ou suisse, ne sera pas sans exercer une certaine influence sur la façon dont est dit le droit. Comme le note M. Vollmer, "forum matters, or at least is perceived to matter".<sup>24</sup> On ne compte d'ailleurs plus les études consacrées aux différences qui séparent les ordres juridiques et font du for une donnée essentielle du contentieux international.<sup>25</sup> On a en outre vu ces dernières années apparaître des ouvrages<sup>26</sup> destinés à éclairer les praticiens sur les avantages et les inconvénients des différentes juridictions et les assister ainsi dans la quête d'un tribunal bienveillant, entreprise réputée appartenir à leur obligation de conseil.<sup>27</sup>

L'importance du for explique qu'il constitue, tout autant que le fond du litige, un enjeu de la bataille entre les parties. Cette bataille, le 'Kampf ums Forum' selon la terminologie allemande,<sup>28</sup> a donné lieu à la naissance de ce qu'il est convenu d'appeler le 'forum shopping' ou 'tourisme judiciaire'. Ce phénomène, que l'on a été jusqu'à comparer à un 'sport en salle' pour avocats internationaux,<sup>29</sup> a déjà été largement étudié.<sup>30</sup> En bref, il s'agit pour les conseils des parties de procéder à une analyse des fors potentiels afin de déterminer lequel est le plus avantageux pour présenter le point de vue de leurs clients.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> N. VOLLMER, *l.c.*, in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1996, (237), 238. V. aussi S. C. SYMEONIDES, W. PERDUE et A. T. VON MEHREN, *Conflict of Laws: American, Comparative, International, Cases and Materials*, St. Paul, West, 1999, 3 ("Obviously the choice of a forum may have a decisive impact on the outcome of a case").

<sup>25</sup> P. ex. R. GEIMER, 1997, 24-30; R. J. WEINTRAUB, "The United States as a Magnet Forum and What, If Anything, To Do About It", in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, (213), 216-219.

<sup>26</sup> V. p. ex. l'ouvrage édité par C. J. H. VAN LYNDEN (éd.), *Forum Shopping*, Londres, LLP, 1998, 303 p., dont le but avoué est selon la préface de l'éditeur d'être "helpful in deciding where possible measures or proceedings could be started". L'analyse porte sur les litiges en matière maritime. V. également l'ouvrage de S. CROMIE, *International Commercial Litigation*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Butterworths, 1997, 639 p. Dans sa préface, l'auteur reconnaît qu'un des buts poursuivis par son ouvrage est d'être "a guide to forum shopping" (p. vi). Il précise que les informations rassemblées doivent permettre à l'avocat "to make an informed choice as to whether to litigate in that country and to know what he and his client will be in for if they decide to do so".

<sup>27</sup> D'aucuns estiment, à bon droit selon nous, que le conseil d'une partie a l'obligation de rechercher le for le plus favorable aux intérêts de son client: R. J. WEINTRAUB, "International Litigation and Forum Non Conveniens", *Texas Int'l L. J.*, 1994, (321), 322 ("Forum-shopping is not a disparaging term; it is part of a litigator's job"); K. SIEHR, "Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr", *Z. f. Rvgl.*, 1984, (124), 141-142 (1984); F. K. JUENGER, "Forum shopping", *RabelsZ.*, 1982, (708), 716 (l'auteur note que "der Anwalt hat die Pflicht, da für den Mandanten günstigste Gericht zu wählen").

<sup>28</sup> P. ex. F. DASSER, "Der Kampf ums Gericht", *Reu Dr. Suisse*, 2000, 253-272.

<sup>29</sup> A. LOWENFELD, "Editorial Comment: Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am. J. Int'l. L.*, 1997, 314 ("Forum shopping, which used to be a favorite indoor sport of international lawyers, has developed into a fine art").

<sup>30</sup> P. ex. A. S. BELL, "The Why and Wherefore of Transnational Forum Shopping", *Australian Law Journal*, 1995, 124-142; H. VAN HOUTTE, "International forumshopping bij onrechtmatige daad", *Mélanges Roger O. Daleq. Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, 575-590; X. "Forum Shopping Reconsidered", *Harv. L. Rev.*, 1990, 1677-1696; M. C. MARTINEZ, "Fundamentos y límites del forum shopping: modelos europeo y angloamericano", *R.D.I.P.P.*, 1998, 521-556; F. K. JUENGER, "Forum Shopping, Domestic and International", *Tulane L. Rev.*, 1989, 553-574; ID., "Forum Shopping", *RabelsZ.*, 1982, 708-716; J. KROPHOLLER, "Das Unbehagen am forum shopping", in *Festschrift für Karl Fuschling zum 70. Geburtstag*, D. HEINRICH et B. VON HOFFMANN (éds.), München, C.H. Beck, 1985, 165-173; K. SIEHR, "Forum Shopping' im internationalen Rechtsverkehr", *Z. f. Rvgl.*, 1984, 124-144. V. également la controverse entre F. K. JUENGER, "What's Wrong with Forum Shopping?", *Sydney Law Review*, 1994, 5-13 et B. R. OPESKIN, "The Price of Forum Shopping: A Reply to Professor Juenger", 14-27 avec la réponse de F. K. JUENGER, "Forum Shopping: A Rejoinder", 28-31.

<sup>31</sup> Bien souvent la bataille pour le for n'a d'ailleurs pas pour véritable enjeu d'obtenir que le litige soit effectivement tranché par tel ou tel for. Une fois qu'un juge se déclare prêt à connaître de la cause, cette décision est utilisée par les deux parties dans les négociations qui mettent le plus souvent fin au litige, les prétentions respectives des parties étant réduites selon qu'elles ont ou non obtenu le for désiré. Les tribunaux sont pleinement conscients de ce phénomène, comme en témoigne le dictum suivant du juge Staughton dans l'affaire *Spliada*: "I suspect that what I am in fact deciding is not where the *Spliada* action will ultimately be tried, but whether a settlement will be reached against the background of litigation pending in England or of litigation pending in Canada" (cité par

L'influence qu'exerce le for sur la solution des litiges internationaux et, par conséquent, le pouvoir d'attraction de certaines juridictions, constitue au même titre que les règles de compétence un des principes explicatifs des conflits de procédures. Si les parties attachent tant d'importance à la saisine d'un for donné, au point d'engager une procédure devant ce for malgré la saisine antérieure d'un autre, c'est bien parce que l'identité du for est loin d'être neutre pour la solution du litige.

**5. Le for, enjeu de la bataille entre les parties (suite)** – L'importance du for justifie que chaque partie procède, à l'entame du litige, à une analyse des avantages et inconvénients des fors en présence. Lorsque les résultats de l'analyse, aussi sommaire soit-elle, se révèlent contradictoires, les parties peuvent être tentées de saisir chacune de leur côté le for à leurs yeux le plus avantageux, dans l'espoir de forcer l'adversaire à s'y défendre dans des conditions jugées plus défavorables pour lui.

L'affaire *de Dampierre*, tranchée par la Chambre des Lords, illustre fort à propos ce phénomène : en l'espèce un couple de français vivait à Londres où le mari représentait les intérêts de l'entreprise familiale de cognac installée en France.<sup>32</sup> Quelques temps après la naissance de leur enfant, l'épouse se lança dans le commerce d'antiquités. Son activité la mena à New York, où elle décida de s'installer avec l'enfant. Piqué au vif, le mari demanda le divorce devant le tribunal de Grande Instance de Paris, en alléguant l'abandon du domicile conjugal. Deux mois plus tard l'épouse saisit les tribunaux londoniens, en sollicitant le divorce aux torts de son époux qu'elle accusait d'adultère et de traitement cruel. L'enjeu du litige n'était pas tant de savoir si les époux allaient obtenir le divorce, l'issue de cette question ne faisant aucun doute. Il s'agissait plutôt de savoir qui allait supporter les dépens de la dissolution du mariage.

C'est ici que le choix de l'épouse pour les tribunaux anglais prend tout son relief : elle aurait pu se contenter de solliciter reconventionnellement le divorce devant les tribunaux français déjà saisis.<sup>33</sup> S'agissant d'un couple de citoyens français, ceux-ci auraient toutefois fait application du droit français. L'épouse risquait alors de se voir privée de toute compensation financière si d'aventure elle était déclarée seule responsable de la rupture du lien conjugal.<sup>34</sup> Les tribunaux anglais par contre se réfèrent traditionnellement à la *lex fori* pour apprécier le fondement d'une demande de divorce, même engagée entre époux

---

Lord Goff dans *Spiliada Maritime v Cansulex, Ltd* [1987] AC 411, 468-469 (H.L.). V. aussi ce qu'expliquait le juge Sheen dans l'affaire *Al Battani* [1993] 2 Lloyd's Rep. 219, 221 : "Cases of this class seldom come to trial. I cannot help thinking that the reality of the matter is that my decision as to the venue for trial will put one party or the other into a stronger position when negotiating any possible settlement of this claim".

Dans la pratique internationale, on a même été jusqu'à créer une expression pour désigner l'influence qu'exerce la probabilité qu'un tribunal américain se déclare compétent, sur le montant de la transaction avec laquelle les parties mettront fin au litige : on parle alors de la 'mid-atlantic settlement formula', v. E. J. SILVA, "Practical Views on Stemming the Tide of Foreign Plaintiffs and Concluding Mid-Atlantic Settlements", *Texas Int'l L. J.*, 1993, 479-500.

<sup>32</sup> V. *De Dampierre v De Dampierre* [1988] 1 A.C. 92 (H.L.). Sur le pan français du litige, v. TGI Paris, 29 juin 1988, *R.C.D.I.P.*, 1990, 339, note B. ANCEL.

<sup>33</sup> On constatera en effet que dans la majorité des cas, la procédure engagée en second aurait pu simplement être formulée à titre de demande reconventionnelle devant le tribunal premier saisi, v. p. ex. l'observation en ce sens de la Cour de Justice dans l'arrêt *Gubisch*, selon laquelle l'action visant à obtenir l'annulation du contrat pouvait en l'espèce être considérée comme une forme de défense au fond qui avait pris la forme d'une procédure indépendante devant un juge étranger (C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik AG c Giulio Palmiro*, affaire 144/86, *Recueil*, 1987, 4861, n° 16). Sur la compétence pour connaître de telles demandes, *infra*, n° 86.

<sup>34</sup> V. l'article 280-1 C. civ. Français, qui dispose que "l'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire".

étrangers.<sup>35</sup> Or le droit anglais se montre plus généreux envers l'époux 'fautif' puisqu'il fait abstraction de la question de la faute lors de la détermination des conséquences financières du divorce. A ce premier élément s'ajoutait le fait qu'une éventuelle condamnation du mari par les tribunaux anglais aurait pu facilement être exécutée dans ce pays, l'époux ayant été contraint de laisser en Angleterre le produit de la vente de la maison familiale. On comprend dès lors que l'épouse ait décliné l'invitation de son mari de débattre de leur séparation devant les tribunaux français, pour ouvrir un second front en Angleterre.

La perspective de voir le tribunal faire application d'un droit jugé plus favorable ou de bénéficier de meilleures possibilités d'exécution d'une éventuelle décision explique déjà l'apparition de bien des conflits de procédures. A ces premiers éléments on peut encore ajouter le souhait de profiter de règles de procédure jugées plus avantageuses ou, de manière plus générale, d'un 'climat juridique' plus propice. C'est alors souvent sur les tribunaux américains que se reporteront les espoirs d'une partie.

Il n'est plus besoin d'expliquer pourquoi la comparaison tournera souvent à l'avantage de la justice américaine, qui exerce une irrésistible attraction – que Lord Denning a comparé à la séduction d'une lampe sur les mites !<sup>36</sup> – sur les plaideurs. La générosité des jurys, l'esprit d'entreprise qui anime les avocats américains, qui n'hésitent pas à prendre sur eux une part du risque de la procédure, la généralisation du régime de la responsabilité objective, une propension certaine à appliquer la *lex fori*, l'absence de risque financier pour le perdant qui, en règle générale, n'est pas tenu responsable des frais encourus par la partie adverse et, enfin, la possibilité de forcer l'adversaire à coopérer à l'administration de la preuve, tous ces éléments font des tribunaux américains, et en particulier des tribunaux des Etats fédérés, une véritable 'mecque' pour les demandeurs en mal de justice.

On ne s'étonnera dès lors pas qu'un grand nombre des procédures concurrentes qui illustreront cette étude ont eu notamment pour scène les tribunaux américains.<sup>37</sup> Le pouvoir d'attraction de la justice américaine,<sup>38</sup> explique pourquoi bien des plaideurs mettent à profit la concurrence des règles de compétence pour saisir un tribunal américain.

<sup>35</sup> P. ex. CHESHIRE et NORTH, 1999, 773-776.

<sup>36</sup> *Smith Kline & French Laboratories Ltd. v Bloch* [1983] 1 W.L.R. 730, 733-734 (C.A.). V. l'étude de P. D. CARRINGTON, "Moths to the Light : The Dubious Attraction of American Law", *Kansas L. Rev.*, 1998, 673 e.s.

<sup>37</sup> Sans aucune prétention à l'exhaustivité, on relevera les affaires suivantes : *Laker Airways v Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909 ( D.C. Cir. 1984) ; *Castanho v Brown & Root (U.K.) Ltd.*, [1981] 1 AC 557 (H.L.); *Airbus Industries*, précité et *Ambem Products, Inc et al. v Workers' Compensation Board et al.* [1993] 102 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 96, où ce sont les mêmes tribunaux texans qui ont attiré les justiciables canadiens.

<sup>38</sup> Qu'il faut sans doute nuancer, v. p. ex. les observations de K. ANDERSON, *l.c.*, *Yale J. Int'l L.*, 2000, 195-232 qui montre que parmi les caractéristiques de la justice américaine, et texane en particulier, qui expliquent aux yeux des tribunaux anglais l'attraction qu'elle exerce sur les justiciables, certaines relèvent du mythe et d'autre de l'incompréhension. Dans le même sens, H. W. BAADE, *l.c.*, *Rev Litigation*, 1981, 194-195. On sait par exemple qu'en matière de diffamation, il est de loin préférable de faire appel à la justice anglaise qu'à la justice américaine, celle-ci se montrant, au nom de la sacro-sainte liberté d'expression – 'freedom of speech' – très exigeante envers la partie qui se plaint de diffamation, à tel point que les décisions anglaises se voient dans cette matière refusées tout effet aux Etats-Unis, p. ex. *Badban v Indian Abroad Publications, Inc.*, 585 N.Y.S.2d 661 (N.Y.S Ct. 1992) et *Telnikoff v Matusевич*, 347 Md. 561, 702 A.2d 230 (Md. Ct. App. 1997) et les commentaires de D. W. VICK et L. MACPHERSON, « Anglicizing Defamation Law in the European Union », *Virginia J. Int'l L.*, 1996, 933 e.s. et surtout K. HO YOU, « The Interaction Between American and Foreign Libel Law : US Courts Refuse to Enforce English Libel Judgments », *I.C.L.Q.*, 2000, 131-165. Ce n'est pas par hasard que Mme Shevill a choisi les tribunaux anglais pour s'en prendre à France Soir !

6. Le for, enjeu de la bataille entre les parties (suite) – L'influence qu'exerce le for sur la solution du litige explique également pourquoi dans certains cas, une seule et même partie prendra l'initiative d'engager deux, voire plusieurs procédures différentes. L'affaire *Castanho* illustre bien cette volonté dans le chef d'un justiciable de profiter des avantages qu'offre un tribunal autre que celui qu'il a déjà saisi.<sup>39</sup> En l'espèce un marin portugais, embarqué à bord d'un navire battant pavillon panaméen, avait été sérieusement blessé lors d'une manœuvre dans un port anglais. Il s'adressa d'abord aux tribunaux locaux pour obtenir réparation. Sur les conseils d'un avocat américain, il tenta ensuite sa chance devant les tribunaux texans, pour d'évidentes raisons liées à la hauteur de la compensation espérée.<sup>40</sup>

Dans l'hypothèse particulière où les procédures concurrentes<sup>41</sup> sont l'œuvre d'une seule et même partie,<sup>42</sup> il faudra même que l'espoir d'obtenir un meilleur résultat devant un autre tribunal soit très fort pour justifier qu'une partie consente à financer, de sa propre initiative, deux procédures parallèles. C'est sans doute un espoir de cette nature qui animait l'entreprise canadienne dans l'affaire *Brinco Mining*.<sup>43</sup> En l'espèce, l'entreprise avait assigné ses assureurs au Canada pour obtenir qu'ils remboursent les condamnations prononcées à son encontre ainsi que les frais de justice qu'elle avait déboursés lors d'une procédure de grande ampleur qui l'avait opposée à plus de 2000 personnes réclamant compensation pour les dommages causés par l'amiante extraite des mines dont elle avait l'exploitation. La procédure canadienne suivait son cours depuis pas moins de 3 ans lorsque la société canadienne se tourna vers les tribunaux américains auxquels elle soumit une demande similaire à celle dont étaient saisis les tribunaux canadiens. Ce dédoublement de procédures ne traduisait pas une méfiance du demandeur à l'égard des tribunaux de son pays, mais le désir de profiter d'un assouplissement de la jurisprudence américaine : deux mois auparavant, cette jurisprudence avait en effet pris une nouvelle orientation pour le moins favorable à l'assuré en adoptant une interprétation plus souple de la notion de causalité.<sup>44</sup> La tentative de l'entreprise canadienne de dévier le débat vers

<sup>39</sup> *Castanho v Brown & Root (U.K.) Ltd.*, [1981] 1 A.C. 557, [1980] 3 W.L.R. 991, [1981] 1 All E.R. 143, [1981] Lloyd's Rep. 113 (H.L.).

<sup>40</sup> Au Texas : *Castanho v Jackson Marines, Inc.*, 484 F. Supp. 201 (E.D. Texas 1980), *aff'd*, 650 F.2d 546 (5<sup>th</sup> Cir 1981). Sur cette affaire, v. A. BRIGGS, "No Interference with Foreign Court", *I.C.L.Q.*, 1982, 189-198; D. G. MORGAN, "Discretion to Stay Jurisdiction", *I.C.L.Q.*, 1982, 582-587 et J. KURTH, *Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten*, Berlin, Duncker et Humblot, 1989, 18-22.

<sup>41</sup> On pourrait alors parler de procédures 'répétitives' ou 'parallèles' pour désigner les procédures qui sont l'œuvre d'une seule et même partie, et réserver l'expression de procédures 'concurrentes' pour l'hypothèse dans laquelle chaque partie est à l'origine d'une action. Il nous semble toutefois préférable de donner à cette dernière expression une signification plus large qui englobe tous les conflits de procédures. Dans la littérature anglaise, on utilise parfois les expressions de 'common plaintiff cases' d'une part et de 'reversed parties cases' d'autre part, pour distinguer les deux situations – p. ex. J. D. McCLEAN, "Jurisdiction and Judicial Discretion", *I.C.L.Q.*, 1969, (931), 934, terminologie adoptée par Y. FURUTA, *l.c.*, *Pacific Rim L. & Pol. J.*, 1995, (1), 5-8. D'autres expressions sont utilisées, par exemple celle de 'repetitive suits' pour les procédures parallèles (A. D. VESTAL, "Repetitive Litigation", *Iowa Law Rev.*, 1960, 525 e.s. ; M. T. GIBSON, "Private Concurrent Litigation in Light of Younger, Pennzoil and Colorado River", *Oklahoma C. U. L. Rev.*, 1989, (185), 202-203) et de 'reactive litigation' pour l'autre hypothèse (A. D. VESTAL, "Reactive Litigation", *Iowa Law Rev.*, 1961, 11-28, terminologie adoptée entre autre par M. A. REDISH, "Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem", *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), 1353).

<sup>42</sup> La jurisprudence nous apprend qu'il s'agit d'une hypothèse moins fréquente que celle des procédures engagées par chacun des adversaires. Des six affaires dans lesquelles la Cour de Justice a dû se prononcer à ce jour sur l'article 21 de la Convention de Bruxelles, seule une mettait en jeu deux procédures initiées par la même partie : C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik KG c Giulio Palumbo*, affaire 144/86, *Rec.*, 1987, 4871. Cet aperçu n'a bien entendu aucune prétention à une quelconque représentativité.

<sup>43</sup> *Brinco Mining Ltd. v Federal Insurance Comp.*, 552 F. Supp. 1233 (D.D.C.1982).

<sup>44</sup> *Keene Corp. v Insurance Co. of North America*, 215 U.S. App. D.C. 156, 667 F. 2d 1034 (D.C. Cir. 1981), *cert. denied* 455 U.S. 1007 (1982).

le for américain constituait sans nul doute un cas d'école de *forum shopping* dicté par la volonté de profiter d'une règle étrangère plus favorable. En l'espèce, le tribunal accueillit la requête de dessaisissement des assureurs en notant son aversion pour la manœuvre du demandeur.<sup>45</sup>

Tout comme les procédures concurrentes en général, les procédures parallèles engagées par la même partie s'expliquent par l'attraction qu'exerce un for particulier.<sup>46</sup> Cette attraction peut également s'exercer de façon *négative*, lorsqu'une partie doute de l'utilité ou des chances de succès d'une première procédure dont elle a pris l'initiative. On pense par exemple à la situation dans laquelle il apparaît en cours de procédure qu'un jugement éventuel ne sera pas reconnu dans le pays où est localisé le patrimoine du débiteur en raison d'une erreur lors de la signification de la citation introductive d'instance. Il se peut également que la première procédure s'enlise dans de longs débats ou qu'il apparaisse qu'elle ne produira pas le résultat escompté. Dans une telle situation, le justiciable peut être atteint du syndrome de 'l'herbe qui est plus verte dans le pré voisin' et ouvrir ainsi un second front.

Au-delà du pouvoir d'attraction du for, l'introduction d'une action concurrente peut également s'expliquer par une stratégie procédurale bien pensée.<sup>47</sup>

**7. Conflits de procédures et stratégie procédurale** – L'exemple des procédures parallèles permet d'apercevoir que l'existence de fors concurrents et l'influence du for sur le litige ne suffisent pas à rendre compte de tous les conflits de procédures. Si ces éléments ne sont jamais indifférents, ils font souvent partie d'une stratégie globale dont la concurrence de procédures est l'enjeu même.

Ainsi dans le cas des procédures parallèles, cette stratégie peut viser à épuiser les ressources de l'adversaire en multipliant les occasions de dépense. De même, lorsqu'une partie engage une procédure après avoir été assignée par son adversaire dans un autre pays, elle peut viser à obtenir une décision à son avantage, qui paralysera l'exécution d'une future décision étrangère.<sup>48</sup> Le tout peut viser à amener la partie adverse à mettre fin au litige par un règlement à l'amiable dont la teneur sera elle-même influencée par les avancées enregistrées dans chacune des procédures.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> 552 F. Supp. 1233, 1242. La Cour ajouta qu'on pouvait douter que "the Keene court intended its decision to be a beacon for asbestosis litigants to divert pending litigation from other forums by offering a more attractive theory of liability[...]" (552 F. Supp. 1233, 1237).

<sup>46</sup> Une question particulière se pose à l'égard des procédures parallèles, celle de savoir si on peut véritablement parler de 'conflit'. Puisque le *dominus litis* est le même dans les deux cas, il n'est pas exclu que celui-ci décide en cours de route, pour une raison ou une autre, de mettre fin à une des deux procédures. Ceci sera notamment le cas lorsqu'une des procédures a été intentée par mesure de précaution, pour éviter par exemple l'expiration d'un délai de prescription. L'hypothèse d'un désistement pèse alors sur les deux procédures dont l'une pourrait être amenée à disparaître. Faut-il pour autant considérer qu'il n'y a de conflit que dès lors que le délai prévu pour le désistement, qui peut varier selon les législations nationales (en Belgique, v. l'article 825 C. Jud.), est écoulé ? Nous ne le pensons pas : aux yeux du défendeur, la circonstance qu'une procédure donnée puisse prendre fin de façon anticipative, ne change rien à la charge qu'elle représente.

<sup>47</sup> A première vue, la répétition de procédures par le même plaideur invite à plus de sévérité que l'hypothèse des procédures véritablement concurrentes. On ne peut en effet s'empêcher d'entretenir une certaine méfiance, voire un soupçon d'abus à l'égard d'une dualité de procédures qui est l'œuvre de la même partie. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de voir que les tribunaux sont en général moins réticents à intervenir lorsqu'un seul plaideur se trouve à l'origine du conflit de procédures. On ne peut cependant exclure d'emblée que ce plaideur possède une raison légitime de tenter sa chance devant un second tribunal. Ceci sera par exemple le cas lorsqu'il est manifeste que la décision du premier juge ne pourra être mise à exécution dans le for du patrimoine du débiteur.

<sup>48</sup> V. *infra*, n° 354 sur le conflit entre une décision et une procédure.

<sup>49</sup> Sur cette stratégie, v. p. ex. M.-L. NIBOYET-HOEGY, 72; L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 235 et de la même, *l.c.*, *Ira'l. Lawyer*, 1992, 27; S. CROMIE, *ac.*, 1997, 473-474; W.

Le recours aux procédures concurrentes n'aura que rarement comme but exclusif d'épuiser les ressources de l'adversaire.<sup>50</sup> Le plus souvent, cet objectif se combinera à d'autres. Une seconde procédure peut par exemple se justifier comme un simple auxiliaire de la première, pour obtenir des éléments de preuve que l'on pourra invoquer devant le juge saisi de cette dernière.

Ces quelques observations ont permis, on l'espère, de lever un coin du voile sur les raisons qui poussent les justiciables à s'adresser simultanément à plusieurs tribunaux ainsi que sur les règles qui leur permettent de le faire. A la base, la pluralité de procédures se ramène toujours à une concurrence de fors disponibles. A cette donnée fondamentale s'ajoute l'influence qu'exerce le for sur la solution du litige, et en particulier le pouvoir d'attraction de certaines juridictions. Enfin, on retiendra que la concurrence de procédures peut faire l'objet d'une véritable stratégie, à tel point que l'on trouve dans la littérature de véritables manuels dont l'ambition est d'assister le praticien dans la planification et la conduite de procédures simultanée dans plusieurs pays.<sup>51</sup> Au total on ne peut que constater la complexité du phénomène, point de rencontre de multiples éléments. C'est ce que confirme M. Born, qui résume dans le passage suivant les origines plurielles des conflits de procédures :

“Les principes actuels de la compétence internationale sont en extension et permettent souvent aux tribunaux de pays différents de connaître de la même cause [...] Les différences qu'elles soient juridiques ou autres, entre les fors, constituent autant d'encouragements pour les parties à croiser le fer dans un pays plutôt que dans un autre. Dans certains cas, ces facteurs conduiront les parties en litige à saisir simultanément les tribunaux de deux ou plusieurs pays – chaque partie essayant d'obtenir justice du for qui lui paraît le plus favorable à sa cause”.<sup>52</sup>

---

HAU, 29-46. Pour les procédures internes, v. A. D. VESTAL, *l.c.*, *Iowa Law Review*, 1961, (11), 13-17. Si le for demeure alors encore l'enjeu du litige, son importance relève toutefois plus du symbole, les parties n'ayant pas l'intention de mener la procédure à son terme.

<sup>50</sup> La doctrine s'accorde pour reconnaître la complexité des motivations qui peuvent sous-tendre l'introduction de procédures concurrentes, v. les raisons avancées par L. E. TEITZ, *op. cit.*, 1996, 235 (“Lawsuit 2 may be designed primarily to avoid subsequent problems of enforcement of judgments where asset are located. Lawsuit 2 may also be motivated by valid tactical decisions including the usual components of any forum shopping. Finally, Lawsuit 2 may be purely vexatious, intended to increase the burdens on the opponent and the cost of litigating”), et Y. FURUTA, *l.c.*, *Pacific Rim L. & Pol. J.*, 1995, 5-7 ainsi que, pour les procédures internes, par E. CHERMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, 1994, Boston, Little, Brown & Co., 759, § 14.1 (“to harass the defendant, because of impatience with the delay in getting a resolution in court, or in reaction to an adverse ruling that foreshadows a decision on the merits [...]”) et A. D. VESTAL, *l.c.*, *Iowa L. Rev.*, 1960, 526-528.

<sup>51</sup> V. en particulier S. CROMIE *e.a.*, *International Commercial Litigation*, Londres, Butterworths, 1997, spéc. pp. 473-511 ainsi que H. W. BAADE, *l.c.*, *Rev. Lit.*, 1981, (191), 203-207. Pour l'arbitrage international, cf. M. SCHNEIDER, “Multi-*fora* Disputes”, *Arbitration Int'l*, 1990, (109), 117 *e.s.*

<sup>52</sup> G. B. BORN, 1996, 459 : “Expansive contemporary principles of jurisdiction often make it possible for the courts of more than one nation to adjudicate the same international dispute. [...] [L]egal and other differences between available forums give private parties strong incentives to litigate in one country rather than another. In some cases, these incentives will lead parties to an international civil litigation to go forward simultaneously in the courts of two or more countries – with each party seeking resolution of the dispute in what it perceives to be the most favorable forum”.

V. également les explications que donnent P. HERZOG, “Brussels and Lugano Conventions, Should you Race to the Courthouse or Race for a Judgment?”, *Am J. Comp. L.*, 1995, (379), 379 (“In international disputes it is not unusual that jurisdiction for suits concerning the dispute may exist in several places, such as the home countries of the two (or more) antagonists. In that case, for both substantive and procedural reasons, each party may be tempted to start litigation in the forum most favorable to it. What happens in such a case ?”) et A. N. VOLLMER, *l.c.*, in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Soel Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1996, (237), 238-239 (“Because of the breadth of modern venue provisions and modern concepts of judicial and legislative jurisdiction, the court of several countries often have the power to hear an international commercial dispute. Litigants often seek to take advantage of the existence of

8. **Les conflits de procédure comme sujet d'étude** – Les observations qui précèdent ont permis d'apercevoir que le concours d'actions en droit international privé recouvre des réalités multiples.<sup>53</sup> Le conflit de procédures s'entend généralement de *deux* procédures mettant aux prises *deux* parties. Il se peut cependant qu'une même affaire voit s'opposer trois ou mêmes plus de trois tribunaux.<sup>54</sup> Il arrive également que des litiges opposent plus de deux parties, ce qui est souvent le cas en matière maritime, par exemple en cas de collision de navires ou de perte de la marchandise.<sup>55</sup>

La concurrence de procédures peut naître à l'occasion d'un litige commercial, par exemple une relation de distribution exclusive ou une vente internationale, aussi bien que dans un contexte familial.<sup>56</sup> Les litiges relatifs à la désunion du couple<sup>57</sup> sont ainsi propices à l'apparition de procédures concurrentes.<sup>58</sup> Si l'on devait établir une typologie des litiges qui sont le plus fréquemment à l'origine de procédures concurrentes, il faudrait mentionner, outre les divorces internationaux déjà évoqués,<sup>59</sup> les suites d'accidents d'avion, d'hélicoptères ainsi que les collisions de navires.<sup>60</sup> Pour rester au niveau de

---

this concurrent jurisdiction by shopping for the most attractive forum. Countries have different procedures, rules of liability, and remedies, and parties frequently perceive a substantive or procedural advantage or disadvantage with a particular forum. Forum matters, or at least is perceived to matter. [...] It is also why adverse parties sometimes commence litigation in the courts of different countries, leading to parallel proceedings [... ]”).

<sup>53</sup> Pour un aperçu exemplatif de ces réalités, v. W. HAU, 4. En général sur la diversité et la richesse du contentieux international privé, v. D. F. VAGTS, “Dispute-Resolution Mechanisms in International Business”, *Recueil des cours*, 1987-III, t. 203, (9-94), 22-30.

<sup>54</sup> P. ex. l'affaire *Airbus* précitée, dans laquelle les tribunaux indiens, texans et anglais ont été appelés à se prononcer. M. Vestal citait une affaire américaine de diffamation à la suite d'une émission radiophonique, dans laquelle une demanderesse avait poursuivi l'auteur des déclarations diffamatoires devant pas moins de 12 tribunaux différents (A. D. VESTAL, *l.c.*, *Iowa L. Review*, 1960, 525, note 3 avec référence à l'affaire *Wanamaker v Lewis*, 173 F. Supp. 126 (D.D.C. 1959)). V. également l'affaire *Yowell*, issue d'une collision entre deux navires sur l'Atlantique, qui a conduit à des procédures aux Etats-Unis, en Inde, en Angleterre et à Hong Kong (*Yowell v Kara Mara Shipping* [2000] 2 Lloyd's Rep. 102 (QB)). Le juge AITKENS parle à ce propos de “worldwide litigation” ([2000] 2 Lloyd's Rep. 102, 105).

<sup>55</sup> P. ex. l'affaire *Tatry* (C.J.C.E., 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship "Tatry" c. The owners of the Ship "Maciej Rataj"*, affaire C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5439), qui a opposé le transporteur, l'armateur du navire et les différents propriétaires de la cargaison, sans parler des assureurs de celle-ci.

<sup>56</sup> *Brevitatis causae*, on n'abordera pas dans cette étude les questions liées à la dualité de procédures dans le contentieux des droits de la propriété intellectuelle, et notamment le contentieux des brevets. V. pour une étude d'ensemble, M. PERTEGÁS SENDER, *Cross-Border enforcement of patent rights : an analysis of the interface between intellectual property rights and private international law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 313 p.

<sup>57</sup> Expression que nous empruntons à H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en droit international privé”, *Recueil des cours*, 1991-I, t. 226, 9-280.

<sup>58</sup> On sait que les problèmes liés aux procédures concurrentes entre la France et l'Allemagne sont pour partie à l'origine des efforts de l'Union européenne en matière de reconnaissance des décisions de divorce, v. sur les origines de la Convention dite de Bruxelles II, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Marriage Dissolution in an Integrated Europe : The 1998 Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II)”, *Yearbook Private Int'l. L.*, 1999, (1), 3-4. Le Professeur Borrás notait d'ailleurs dans son rapport sur cette convention que l'introduction d'une règle de litispendance européenne constituait une “innovation importante qui justifierait à elle seule l'existence de la convention [...]” : Rapport Explicatif relatif à la Convention établie sur base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, *J.O.C.E.*, 16 juillet 1998, C-221/27, n° 5.

Dans l'affaire *Ignacolo-Zenide contre Roumanie*, dont a eu à connaître la Cour Européenne des Droits de l'Homme, un litige portant sur la garde d'enfants a successivement été porté à l'attention des tribunaux français, américains – de l'Etat du Texas et puis de Californie – et enfin roumains (Affaire no. 31679/96, décidée le 25 janvier 2000, – les commentaires de E. HEY et C. KESSEDJIAN, *Int'l. L. Forum*, 2000, 71-72.).

<sup>59</sup> *Supra*, n° 5 l'affaire de *Dampierre*, v. également *infra* sur l'affaire *Henry v Henry*, n° 563.

<sup>60</sup> P. ex. *The Atlantic Star*, [1974] A.C. 36, [1973] 2 All ER 175 (HL.); *The Abidin Daver*, [1984] A.C. 398 (HL.); *Airbus Industrie GIE v Jaisukh Arjun Bhai Patel and others*, [1999] AC 119 (HL); *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak and another*, [1987] A.C. 871 ainsi que l'affaire commentée par F. AGOSTINI, *l.c.*, *D.*, 1995, *Jurispr.*, 628.



l'observation anecdotique, on peut encore constater que les procédures concurrentes peuvent être quasi-concomitantes ou être au contraire engagées dans un intervalle de plusieurs mois, voire plusieurs années.<sup>61</sup> Les parties peuvent saisir les tribunaux de pays voisins ou au contraire de pays fort éloignés et à la culture juridique très différente, etc. Bref, comme le résume M. Bermann, "[...] tout litige est un candidat potentiel pour le conflit de procédures [...]"<sup>62</sup>.

Il reste encore à déterminer si le phénomène du concours de procédures, rarement étudié en droit interne,<sup>63</sup> mérite que l'on s'y intéresse. Il est devenu classique d'introduire une étude consacrée aux conflits de procédures en faisant état de leur multiplication,<sup>64</sup> tout comme il est classique d'évoquer l'intensification des relations internationales et leur incidence sur l'actualité croissante du droit international privé en général et des conflits de juridiction en particulier.<sup>65</sup> Si l'absence de données statistiques précises incite toutefois à une certaine prudence,<sup>66</sup> on ne peut nier que les conflits de procédures font partie du

<sup>61</sup> Il arrive même que des procédures concurrentes soient introduites le même jour ; le plus souvent elles sont alors engagées à l'initiative d'une même partie (p. ex. *The Ensign-Bridford Company v ICI Explosives USA, Inc., et al.*, 817 F. Supp. 1018 (D.C. Conn. 1993)) mais il se peut également qu'elles aient chacune été engagée par une partie (p. ex. *Cargill, Inc v Hartford Accident and Indemnity Comp.*, 531 F. Supp. 710 (D.C. Minn. 1982). Cf. également l'arbitrage qui a donné lieu à la sentence OCI n° 6401 dans l'affaire *Westinghouse c Philippines National Power Company* : Westinghouse mit en route la procédure d'arbitrage le jour même où l'entreprise philippine commença une procédure contre la société aux Etats-Unis - sentence du 19 novembre 1991, *International Arbitration Report*, 1992, vol. 7, no. 1, Annex B et devant les juges américains : *The Republic of the Philippines et al. c Westinghouse Electric Corp. et al.*, 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989)). Il n'est toutefois pas rare de voir s'écouler des mois, voire des années entre les deux procédures - p. ex. *Achuarage Int'l. Management, Inc v Conchita Martinez*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12535; 1994 U.S. WL 482114 (Sept. 2, 1994 SDNY) (procédure introduite en Espagne le 11 mai 1990 et aux Etats-Unis le 3 sept. 1993).

<sup>62</sup> G. BERMANN, "The Use of Anti-Suit Injunction in International Litigation", *Col. J. Trans.L.*, 1990, (589), 630 : "[...] virtually every international case is a candidate for parallel proceedings [...]"

<sup>63</sup> V. cependant F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, Bibliothèque de droit privé t. 201, L.G.D.J., Paris, 1988, 375 p.

<sup>64</sup> Comme le fait déjà remarquer L. PALSSON, "The Institute of Lis Pendens in International Civil Procedure", *Scand. St. L.*, 1970, (59), 64 ("Generally speaking, cases of concurrent (international) jurisdiction seem in later decades to have increased in number, owing to a tendency discernible in several countries [...] to extend the forum's jurisdiction in various areas of law"). V. les réflexions similaires de W. HAU, 1996, 3-4; C. MCLACHLAN, "Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation", *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137), n° 1; H. W. BAADÉ, *l.c.*, *Reu Litigation*, 1981, (191), 195 ("[...] parallel litigation as a defensive or counter-offensive tactic is becoming increasingly important economically as are dilatory defensive tactics in general"); M. TREVIÑO DE COALE, "Stay, Dismiss, Enjoin or Abstain? A Survey of Foreign Parallel Litigation in the Federal Courts of the United States", *Boston Univ Int'l L.J.*, 1999, (79), 80 ("Parallel litigation occurs increasingly often today as a result of an unprecedented expansion of transnational economic activities and a resulting increase in international business disputes") ainsi que de E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *o.c.*, 1998, 304, n° 130, qui font état d'une "[...] pratique internationale de plus en plus répandue aboutissant à multiplier les procès autour d'une même affaire").

<sup>65</sup> A titre d'exemple, on se rappellera les observations de A.-M. SLAUGHTER parues in "40<sup>th</sup> Anniversary Perspective : Judicial Globalization", *Virginia J. Int'l L.*, 2000, (1103), 1112 : "the global economy creates increasingly global litigation. When products can have their components manufactured in three different countries, be assembled in a fourth, and be marketed and distributed in five or six others, the number of potential fora for resolving disputes multiplies rapidly, leading litigants to battle as fiercely over jurisdiction and choice of forum as over the merits". La lecture de certains commentaires du siècle passé, qui font mention de la multiplication des litiges internationaux (p.ex. V. YSEUX, "La litispendance dans les relations internationales", *J.D.I.*, 1892, 862), incitent à la prudence, même en ces temps de 'mondialisation' et de 'globalisation', tant il est difficile, faute de données chiffrées, de procéder à des comparaisons en cette matière. Sur l'accroissement des relations internationales en général, v. les réflexions de H. BATIFFOL, *l.c.*, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, L.G.D.J., 1976, (11), 13-20.

<sup>66</sup> Pour une première étude du contentieux international privé sous l'angle sociologique, avec de nombreuses statistiques, v. les études rassemblées par V. GESSNER, (éd.), *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Legal Culture*, Oñati International Series in Law & Society n° 2, Aldershot, Dartmouth, 1996, 281 p. Avant de comparer d'éventuelles statistiques judiciaires nationales pour mesurer l'ampleur du contentieux international, il faudra d'abord s'interroger sur ce que les données statistiques peuvent nous apprendre. V. les réflexions de M. GALANTER, "Reading the Landscape of Disputes. What we Know, and Don't Know (and Think we Know) About our Allegedly Contentious and Litigious Society", *U. C. L. A. Law Rev* 1983, 4 e.s. et B. S. MARKESINIS,



contentieux international privé. On en veut pour preuve l'abondante jurisprudence, originaire de nombreux pays, dont l'analyse constituera la charpente de cette étude.<sup>67</sup> A l'instar de nombreuses questions débattues par les internationalistes, le conflit de procédures n'appartient certes pas aux préoccupations quotidiennes des praticiens du droit. Il n'en reste pas moins que l'existence de procédures concurrentes, et surtout la diversité des réponses apportées à cette question, démontre une certaine immaturité du contentieux international. A ce titre déjà, ce phénomène mérite une étude approfondie.<sup>68</sup> Si les conflits de procédures appellent une réflexion en profondeur, encore faut-il toutefois s'interroger sur le *but* à assigner à cette réflexion.

**9. Perspective choisie pour l'analyse** – La plupart des droits nationaux prévoient des règles particulières pour appréhender la coexistence de procédures qui pourraient opposer plusieurs de leurs tribunaux. Comme de nombreux autres droits de tradition romano germanique, le droit belge met ainsi à la disposition des parties une exception de litispendance ainsi que la possibilité d'invoquer l'autorité de chose jugée d'une décision.<sup>69</sup> Ces règles reposent sur un postulat d'évidence, à savoir la nécessité d'éviter les conflits de procédures.<sup>70</sup>

Avant d'entamer cette étude, il convient de se demander si l'on peut encore souscrire à ce postulat lorsque les procédures concurrentes sont engagées dans des ordres juridiques différents. Faut-il en d'autres termes avoir peur des conflits de procédure dans le contentieux international privé ? Les avis sont partagés sur cette question, décisive pour la suite de cette étude. Alors que les uns voient dans la concurrence de procédures un problème sérieux qui ne peut laisser indifférent, d'autres préfèrent considérer la question comme une pathologie exceptionnelle et somme toute assez inoffensive qui n'appellerait pas de réponse particulière.

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes illustre clairement le premier pôle de l'opposition. Lorsqu'elle a été appelée à se prononcer sur l'article 21 de la Convention de Bruxelles – devenu l'article 27 du Règlement qui remplace cette Convention -, qui prévoit une règle de litispendance sur laquelle nous reviendrons, la Cour a systématiquement souligné la nécessité de prévenir "dans toute la mesure du possible et dès le départ" les procédures parallèles instituées devant les tribunaux de

---

"Litigation Mania in England, Germany and the United States : Are we so Very Different ?", *Cambridge L. J.*, 1990, 233-276, reproduit dans *Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishing, 1997, 438-479, spéc. pp. 438-444. Pour une première étude statistique à grande échelle du phénomène du forum shopping à l'intérieur de l'espace judiciaire américain, v. K. M. CLERMONT et T. EISENBERG, « Exorcising the Evil of Forum Shopping », *Cornell L. Rev.*, 1995, 1507-1535.

<sup>67</sup> V. également l'observation de M. Fentiman, selon qui "[t]he possibility that parallel proceedings might occur in different jurisdictions is an inherent feature of transnational litigation [...]" (R. FENTIMAN, "Exclusive Jurisdiction and Article 17", in *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, (127), 129).

<sup>68</sup> La seule étude d'ensemble du phénomène est à notre connaissance celle de W. J. HAU, *Positive Kompetenzkonflikte im internationalen Zivilprozessrecht. Überlegungen zur Bewältigung von multi-foa disputes*, Frankfurt, P. Lang, 1996, 272 p. sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir. V. également l'étude, intéressante même si essentiellement limitée au cadre français, de M.-L. NIBOYET-HOEGY, "Les conflits de procédures", *Travaux du comité français de D.I.P.*, 1995-1996, 71-88 ainsi que, pour le droit américain, l'étude, exclusivement descriptive, de J. P. GEORGE, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, 769-986. Ajout du même auteur, "International Parallel Litigation – A Survey of Current Conventions and Model Laws", *Texas Int'l L. J.*, 2002, 499-540.

<sup>69</sup> Artt. 28-33 C. Jud. relatif à la chose jugée. L'article 1133-3 du même Code prévoit le recours extraordinaire de la requête civile lorsqu'entre les mêmes parties, agissant en mêmes qualités, il y a incompatibilité de décisions rendues sur le même objet et la même cause.

<sup>70</sup> V. toutefois *infra*, n° 341, sur la position du droit fédéral américain. Une distinction se fait entre l'ordre juridique fédéral américain et ceux des entités fédérées.

différents Etats.<sup>71</sup> Cet objectif assigné à l'article 21 explique l'interprétation *extensive* que les juges européens donnent de cette disposition. Selon la Cour, la litispendance européenne "doit faire l'objet d'une interprétation large, englobant, en principe, toutes les situations de litispendance devant des juridictions d'Etats contractants [...]".<sup>72</sup> La force et la généralité des termes employés à plusieurs reprises par la Cour traduisent l'hostilité dont le régime conventionnel fait preuve, selon la Cour, pour les conflits de procédures, à tel point que l'on a pu en déduire que cette aversion constituait un des principes généraux fondateurs de la jurisprudence de la Cour.<sup>73</sup>

A l'inverse, d'autres insistent sur le caractère inévitable des conflits de procédures dans l'état actuel des relations internationales privées. Lord Goff s'est fait le représentant de cette position dans l'arrêt *Airbus*, déjà évoqué.<sup>74</sup> Décrivant les principes applicables selon lui pour la "résolution des conflits entre juridictions",<sup>75</sup> le juge anglais distingue deux approches. La première est à ses yeux caractéristique des juridictions du continent, qui s'attachent à éviter autant que faire se peut de telles collisions, même si c'est au prix d'une certaine rigidité qui peut à ses yeux être source d'injustice. Par contraste, et toujours selon Lord Goff, coexistent au sein des juridictions de *common law* "une jungle de règles de compétence différentes et extrêmement larges".<sup>76</sup> Ces règles ne font l'objet d'aucune coordination, si ce n'est par le biais de la doctrine du *forum non conveniens*. Comme les ordres juridiques concernés sont libres d'adopter cette doctrine, que Lord Goff qualifie de "mesure d'autodiscipline",<sup>77</sup> la coordination éventuelle n'est pas imposée mais librement acceptée. Cette approche autorise selon le juge un traitement plus souple et pragmatique des conflits de procédures. Si elle ne permet pas de mettre fin à tous les conflits, elle garantit toutefois que chaque situation sera traitée selon ses propres mérites.

Non content de constater cette diversité d'approche des conflits de procédures, Lord Goff ajoute que dans la tradition de *common law*, "*les procédures concurrentes dont sont saisis plusieurs tribunaux ne sont pas inacceptables en tant que telles*".<sup>78</sup> C'est pourquoi la solution adoptée dans cette tradition "*ne peut et ne vise pas à éviter tous les conflits entre juridictions*".<sup>79</sup>

Avec cette dernière constatation, Lord Goff ouvre un débat important. Il ne se contente pas en effet de montrer que différentes voies peuvent être empruntées pour appréhender

<sup>71</sup> C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik KG c Giulio Palumbo*, affaire 144/86, Rec., 1987, I-3317, point 16; C.J.C.E., 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship 'Tatry' c The owners of the Ship 'Maciej Rataj'*, affaire C-406/92, Rec., 1994, I-5439, point 32; C.J.C.E., 19 mai 1998, *Drouot Assurances S.A. c C.M.I. Protea Assurances et Réunion européenne*, affaire C-351/96, Rec., 1998, I-3096, point 17.

<sup>72</sup> C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. c New Hampshire Insurance Co.*, affaire C-351/89, Rec., 1991, I-3317, point 16.

<sup>73</sup> Analyse proposée par A. BRIGGS et P. REES, 1997, 15, n° 2.06 et 141, n° 2.203. R. FENTIMAN, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1999, (127), 132-133 et surtout 141 explique également que "[...] the policy of avoiding parallel proceedings is not simply the basis of Article 21 [...]. Rather it is the very cornerstone of the approach to jurisdiction adopted in the Brussels and Lugano Conventions". Comp. avec les trois objectifs dégagés par MM. BORN, FALLON et VAN BOXSTAEL (18-23) pour structurer l'interprétation de la Convention.

<sup>74</sup> *Airbus Industrie GIE v Jaisukh Arjun Bhai Patel and others* [1999] AC 119, [1998] 2 ALL.E.R. 257, [1998] 2 W.L.R. 686, [1998] 1 Lloyd's Rep 631 (H.L.).

<sup>75</sup> [1998] 1 Lloyd's Rep. 631, 636 (H.L.).

<sup>76</sup> *Idem*.

<sup>77</sup> *Idem* : "self-denying ordinance".

<sup>78</sup> *Idem* : "*parallel proceedings in different jurisdictions are not of themselves regarded as unacceptable*".

<sup>79</sup> *Idem* : "*cannot and does not aim to, avoid all clashes between jurisdictions*" (nous soulignons). Et le juge d'ajouter plus loin que "*There is [...] no embargo on concurrent proceedings in the same matter in more than one jurisdiction*" (p. 637).

les conflits de procédures. Il suggère également qu'un ordre juridique peut très bien s'accommoder, dans un premier temps du moins,<sup>80</sup> de l'existence de ces conflits.

10. La nécessité de prévenir les conflits de procédures mise en doute - Que faut-il penser de cette déclaration de principe ? Outre que l'on pourrait questionner la pertinence de l'analyse qui est faite de l'attitude des juridictions de droit civil,<sup>81</sup> il est frappant de constater que Lord Goff semble accepter l'existence des conflits de procédures, qu'il se refuse à qualifier d'inacceptables. Bien sur, entre le constat de l'impuissance de la communauté internationale à empêcher de tels conflits et une appréciation positive de la concurrence de procédures, il y a une marge. Le Law Lord est sans doute loin de se réjouir de l'existence de conflits de procédures ; le constat qu'il pose, avec d'autres,<sup>82</sup> est plutôt qu'il n'y a rien de néfaste à déférer la solution de ces conflits au bon vouloir des Etats, quitte à ce que ceux-ci s'en accommodent. Même ainsi comprise, cette appréciation prend toutefois clairement le contre-pied de la position défendue par la Cour de Justice. Elle a le mérite d'ouvrir le débat en mettant en doute la pertinence d'une analyse fondée sur le souci de prévenir d'emblée les conflits de procédures. Même s'il faut avouer le caractère quelque peu artificiel de l'opposition ainsi évoquée entre juridictions de droit civil et de *common law*,<sup>83</sup> on est en droit de se demander quel doit être l'enjeu de l'étude des conflits de procédures. Peut-on légitimement partir de l'idée qu'il convient d'éviter ces conflits, et, si oui, comment justifier ce point de départ ? Ces questions dépassent la simple constatation, évidente, que dans l'état actuel du droit international, il n'est pas possible d'empêcher tous les conflits de procédures. Ce constat<sup>84</sup> n'emporte aucune conclusion sur la nécessité de remédier à ces conflits.

<sup>80</sup> A charge alors aux règles de reconnaissance des décisions étrangères d'apporter une solution au conflit lorsqu'un juge s'est prononcé, *infra* n° 330 e.s. sur cette hypothèse.

<sup>81</sup> Que Lord Goff réduit sans doute un peu vite aux dispositions de la Convention de Bruxelles. Ce faisant, il néglige la diversité des droits nationaux dont on verra qu'ils ne font pas tous preuve du même empressement pour coordonner les procédures dont leurs tribunaux sont saisis, avec une éventuelle procédure étrangère. L'opposition entre la Convention de Bruxelles, présentée comme une solution imposée, et le *forum non conveniens*, dont Lord Goff explique que chaque Etat est libre de l'adopter, n'est d'ailleurs pas sans dénoter une certaine méfiance à l'égard de l'œuvre des institutions européennes. V. sur cette question, A. BRIGGS, "Some points of friction between English law and the Brussels Convention on jurisdiction", in M. ANDENAR et F. JACOBS, *European Community Law in the English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 298-322. Nous aurons l'occasion de revenir au cours de cette étude sur le thème de la difficile adaptation des juristes anglais au système de la Convention de Bruxelles.

<sup>82</sup> V. p. ex. le dictum du juge Sopinka de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Amobem*, qui note qu'une concurrence de procédures n'est pas "désastreuse", parce que "if the parties chose to litigate in both places rather than settle on one jurisdiction, there would be parallel proceedings, but since it is unlikely that they could be tried concurrently, the judgment of the first court to resolve the matter would no doubt be accepted as binding by the other jurisdiction in most cases" (*Amobem Products Inc v British Columbia (Workers Compensation Board)*, 102 D.L.R. (4th), 96, 106). Sur la validité de cette constatation, v. *infra*, n° 354. V. également l'appréciation de Wolff, qui notait que "English law, unlike continental laws, does not object to the bringing of two actions on the same subject" (M. WOLFF, *Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1950, 246, n° 229) ainsi que le dictum du juge Langley dans l'affaire *Amoco*, selon qui "[...] the prospect of courts in different jurisdictions both addressing the same or related issues is also no longer viewed with quite the same distaste as it once was" (*Amoco v BAO Ltd.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. (772), 780).

<sup>83</sup> Le contexte dans lequel on a été émis les affirmations évoquées, contribue sans doute à expliquer quelque peu leur portée : d'un côté la Cour de Justice doit se placer dans le cadre d'un espace judiciaire européen qui fait l'objet de règles précises, visant à garantir l'objectif de libre circulation des décisions ; de l'autre la Chambre des Lords avait à connaître d'une affaire ne mettant en jeu aucune convention internationale, et qui opposait exclusivement des juridictions de *common law*. Les juristes de *common law* sont d'ailleurs nombreux à dénoncer de ce que M. Bermann appelle "the evil costs [...] of parallel proceedings" (G. BERMANN, *l.c.*, *Col. J. Trans.L.*, 1990, (589), 637). V. p. ex. *Du Pont v Agnew* [1987] 2 Lloyd's Rep 585 (selon Bingham LJ, "The policy of the law must [...] be to favour the litigation of issues only once") et *Medelmermedia v D.C. Congress* [1997] F.S.R. 627 (Jacob J. note que "It is submitted that it would be better if all questions were decided by a single court and that multiple litigation should be avoided. That as a generality is of course always true [...]").

<sup>84</sup> Que Lord Goff partage, v. ses observations dans l'affaire *de Danpierre*, déjà évoquée. Selon Lord Goff, "the possibility of a conflict between two jurisdictions cannot entirely be avoided, unless both are subject to the same

Les doutes qu'entretiennent certains sur la nécessité de prévenir les conflits de procédure ne convainquent pas. Notre conviction est en effet que la communauté internationale ne peut s'accommoder d'une indifférence absolue aux conflits de procédures. Nous nous emploierons à expliquer pourquoi dans les paragraphes qui suivent.

11. **Les conflits de procédures : « chiendent vigoureux »<sup>85</sup> des conflits de juridiction** - Le souci de prévenir les conflits de procédures trouve à notre sens sa source dans deux principes fondamentaux, à savoir l'économie de procédure d'une part et l'harmonie internationale des solutions d'autre part.<sup>86</sup> C'est ce qu'a récemment rappelé la Cour d'Appel de la Colombie britannique, qui explique que "*les procédures concurrentes font naître des considérations de politique législative de deux ordres. Il y a d'une part le souci d'éviter le gaspillage de ressources qu'entraîne la duplication de procédures portant sur le même litige. En outre, les procédures parallèles font naître le risque de voir apparaître des décisions contradictoires ou inconciliables*".<sup>87</sup> Il importe d'abord de montrer pourquoi la concurrence de procédures énerve ces principes, avant de nuancer l'analyse. Traditionnellement les ordres juridiques continentaux mettent l'accent sur l'harmonie des solutions. C'est donc avec ce principe que nous commencerons.

12. **L'harmonie internationale des solutions : un concept fondateur** - Dans la tradition Savignienne, l'harmonie internationale des solutions<sup>88</sup> est l'idéal vers lequel doit tendre le droit international privé.<sup>89</sup> Savigny enseignait que

"Lorsque plusieurs lois nationales entrent en concurrence, il importe que la relation de droit reçoive le même traitement quel que soit l'Etat qui se saisisse de la question"<sup>90</sup>

---

sovereign state where the system of law prevents any such conflict, or both are parties to an agreement which has the same effect", (*De Dampierre v De Dampierre* [1988] 1 A.C. 92, 107 (H.L.)) (et le juge de citer l'article 21 de la Convention de Bruxelles comme exemple de cette dernière possibilité).

<sup>85</sup> Expression que nous empruntons à P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, "La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe. Convention de Bruxelles II du 28 mai 1998 et proposition de règlement (C.E.) du Conseil", *Gaz. Pal.*, 17-18 déc. 1999, (15-28), 15, n° 6.

<sup>86</sup> Ces deux principes sont également invoqués à l'appui de l'objectif de prévention des conflits de procédures en droit interne, v. p. ex. l'analyse de J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Payot, 1991, 27-53.

<sup>87</sup> *Westac Aerospace Inc. v Raytheon Aircraft Co.*, 173 D.L.R. (4th) 498, point 28 (B.C.C.A. 1999) ("*[t]here are two policy concerns with parallel proceedings. Litigating the same dispute twice, in two sets of proceedings in different jurisdictions, creates obvious inefficiencies and waste. More importantly, parallel proceedings raise the possibility of inconsistent or conflicting judgments being given*"). Le Tribunal fédéral allemand n'a rien dit d'autre dans sa décision du 18 mars 1987, *N.J.W.*, 1987, 3083, note R. GEIMER; *FamRZ.*, 1987, 580, note P. GOTTWALD; *IPRax* 2989, 104, note K. SIEHR (le BGH note que le but de l'exception de litispendance internationale consiste à "die Partei vor der Belästigung durch einen zweiten Prozeß zu bewahren, und widersprechende Gerichtsentscheidungen zu vermeiden").

<sup>88</sup> 'Entscheidungsinklang', 'Gesetzesharmonie' ou 'Konfliktsminimierung' selon la terminologie allemande.

<sup>89</sup> Comme on l'a souvent fait remarquer, p. ex. D. J. EVRIGENIS, "Tendances doctrinales actuelles en droit international privé", *Recueil des cours*, 1966-II, t. 118, (313), 381 (l'auteur souligne que pour Savigny, "l'objectif du droit international privé est de réaliser une harmonie internationale des décisions [...]"). V. aussi G. VAN HECKE, "Principes et méthodes de solution des conflits de loi", *Recueil des cours*, 1969-I, t. 216, (399), 437; E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, I, 2ème éd. par U. DROBNIG, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1958, 94 ("Since Savigny it has been customary to regard the attainment of uniform solutions as the chief purpose of private international law") et F. K. JUENGER, "The Problem with Private International Law", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules. Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siehr*, J. BASEDOW et al. (éds.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2000, (289), 293-294.

<sup>90</sup> F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, Berlin, 1849, réimpression de Darmstadt, 1956, 27 : "die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurteilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde". L'auteur décrivait ainsi l'idéal vers lequel devait tendre le conflit de lois. La traduction de l'idéal d'harmonie pour les conflits de juridiction ne se

Pour atteindre cet idéal, les Etats se devaient d'adopter des règles de conflit identiques, que ce soit par le biais de conventions internationales ou encore en s'efforçant de créer des règles susceptibles d'être acceptées par le plus grand nombre. Selon Savigny, il serait facile à la communauté des Etats de s'accorder sur des solutions uniformes de conflit, puisque l'analyse de la *nature* des rapports de droit ferait apercevoir leur localisation essentielle.<sup>91</sup> Le but ultime assigné aux règles de conflit était de contredire l'adage de Pascal selon lequel "Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà".<sup>92</sup> L'harmonie des solutions participe de l'idéal universaliste d'une justice qui transcende les frontières nationales. Comme l'a montré Yntema, le souci d'harmonie n'est toutefois pas purement esthétique, il procède également de la nécessité de garantir un certain ordre dans les relations juridiques.<sup>93</sup>

L'expérience a montré ce que le modèle Savignien avait d'utopique. On ne peut aujourd'hui que constater l'absence d'unanimité, si ce n'est au sein d'ensembles régionaux limités, aux traditions proches et sur des sujets précis,<sup>94</sup> sur les règles de rattachement permettant de localiser les rapports de droit.<sup>95</sup> Bien plus, c'est le modèle même de la solution du conflit de lois par le biais du rattachement à l'ordre juridique du 'siège' du rapport de droit qui a été remis en question.<sup>96</sup> On peut d'ailleurs avoir des doutes sur la

---

laisse pas facilement saisir. La concurrence de procédures n'est en tout cas pas de nature à favoriser l'harmonie des solutions.

<sup>91</sup> Savigny décrivait cette méthode de la façon suivante : "dasjenige Rechtsgebiet [...], welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist" (ac, 28). Sur cette méthode, v. les très belles pages de H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, 163-171, n° 74-79.

<sup>92</sup> Cette pensée (n° 294 dans l'édition de Brunchsvieg de 1897 et n° 199 dans l'édition Delmas de 1952) est une des plus longues. Nous en reproduisons un passage : "Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent; le droit a ses époques, l'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice, qu'une rivière borne ! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà".

<sup>93</sup> Pour H. E. YNTEMA ("Les objectifs du droit international privé", *R.C.D.I.P.*, 1959, (1-29), 20-21), l'harmonie des solutions fait partie de l'objectif de sécurité qu'il assigne, à côté de celui de 'justice comparative', au droit des conflits. V. les autres justifications avancées par E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des cours*, 1995, t. 251, (9-268), 42-43 et 89-91 (et notamment l'aspiration au principe d'égalité ainsi que l'idée d'intégration européenne) ainsi que par E. RABEL, ac, 1958, 94 (l'harmonie sert les attentes légitimes des parties).

<sup>94</sup> On pense bien sûr à l'entreprise d'harmonisation de l'Union européenne, et en particulier à la Convention de Rome de 1980. Les règles uniformes de conflit que prévoit cette Convention n'éliminent pas tout risque de divergence, par exemple par le biais du jeu des lois de police. V. par exemple l'affaire *Irish Shipping Ltd. v Commercial Union Assurance Co plc*, [1991] 2 QB 206 ; [1989] 3 All ER 853 ; [1990] 2 W.L.R. 117 ; [1989] 2 Lloyd's Rep. 144 (C.A.), qui opposait une procédure anglaise et une procédure belge, les juges anglais ayant retenu l'application du *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* de 1930 au titre de loi de police, alors que le juge belge n'en aurait pas fait application. Comme la Cour d'Appel l'a relevé en l'espèce, "In an ideal world, there would be no difference between the conflict rules applied by all nations. A measure of harmonisation has already been undertaken in the EEC[...] But unfortunately, uniformity is far from achieved".

<sup>95</sup> BATIFFOL décrivait cette faillite en ces termes : "[...] en fait la plupart des législateurs ont travaillé dans l'indifférence et l'ignorance complète à l'égard des solutions étrangères, quand ils ne posaient pas des règles parfaitement contraires à toute harmonie internationale" (H. BATIFFOL, ac, 1956, 216, n° 97).

Sur cette question, v. les réflexions de P. HAY, "Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law - Reflections on Current European and United States Conflict of Law", *Recueil des cours*, 1991-I, t. 226, (281), 338 (l'harmonie est une "romantic utopia") ; E. RABEL, ac, 1958, 95 (l'auteur note à propos de l'harmonie des solutions que "the obstacles barring the way to the goal have increased since the world order envisaged by Savigny has been dissolved into more than a hundred national legal systems") et A. T. VON MEHREN, "The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse - A Diagnosis and Guidelines for a Cure", *IPRax*, 2000, (465), 466 (l'auteur note que "when assessed realistically and globally, 'decisional harmony' is today a will-o'-the-wisp").

<sup>96</sup> Comme le constate p. ex. P. LAGARDE, ac, *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, (9), 25-28.

possibilité d'atteindre une quelconque harmonie par le simple biais des règles de conflit. Ce serait faire l'impasse sur quantité d'autres éléments qui sont tout aussi déterminant pour la solution d'un litige.<sup>97</sup>

La déconstruction progressive du modèle savignien n'a cependant pas privé de sa pertinence l'idéal d'harmonie internationale.<sup>98</sup> Au contraire ce principe continue à figurer en bonne place au palmarès des objectifs assignés au droit international privé,<sup>99</sup> même si ce consensus disparaît lorsqu'il s'agit de définir les *méthodes* permettant de garantir l'harmonie des solutions.<sup>100</sup>

**13. Un principe qui se laisse difficilement concilier avec les conflits de procédures** - Les conflits de procédures constituent sans doute l'anti-thèse de l'idéal d'harmonie des solutions. Lorsque deux tribunaux se penchent sur le même litige, le risque est grand que leurs décisions se contredisent.<sup>101</sup> Ce risque est même quasiment

<sup>97</sup> Il faut à ce titre saluer la tentative de M. Picone de dépasser la vision *abstraite* de l'harmonie, limitée à l'uniformité de la réglementation matérielle, pour arriver à une approche plus *concrète* de cet idéal, dans laquelle l'ordre juridique est appréhendé dans sa totalité. L'ambitieuse méthode de "référence à l'ordre juridique compétent" qu'il développe, s'efforce de garantir non plus qu'une situation juridique sera partout soumise à la même loi, mais qu'elle pourra se développer effectivement dans les différents ordres juridiques auxquels elles se rattache : v. P. PICONE, "La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", *Recueil des cours*, 1986-II, t. 197, 229-420. V. aussi du même, "Die 'Anwendung' einer ausländischen 'Rechtsordnung' in Forumstaat : ... perseverare est diabolicum", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siebr, J. BASEDOW et al.* (éds.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2000, 569-589.

<sup>98</sup> Cons. toutefois les réflexions de M. REIMANN, *Conflict of Laws in Western Europe. A Guide Through the Jungle*, New York, Transnational Publishers, 1995, 66-67, qui observe que "European legislators and courts strive for uniformity of results more consciously and more consistently than do their American counterparts [...]"

<sup>99</sup> On se rappellera surtout la résolution de l'Institut de Droit International sur l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère, adoptée à la session de St. Jacques de Compostelle de 1989 (*Annuaire Institut Dr. Int'l*, t. 63-II, 332-337), dont le préambule rappelle que "l'harmonie des solutions constitue l'un des objectifs que les Etats doivent poursuivre dans l'établissement et l'application des règles de conflit de lois". V. p. ex. dans la littérature W. WENGLER, "The General Principles of Private International Law", *Recueil des cours*, 1961-III, t. 104, pp. 273-469, spéc. p. 364 et du même, "Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits", *R.C.D.I.P.*, 1952, 595-622 et 1953, 37-60 (Wengler fait référence à une maxime selon laquelle "le droit applicable doit être déterminé de manière telle que la solution soit, autant que possible, identique à celle donnée dans d'autres Etats, et en particulier dans ceux qui, à l'égard du même litige, affirment la compétence de leurs propres tribunaux", pp. 610-611); P. LAGARDE, *ac*, *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, 29 (selon cet auteur, l'uniformité des solutions et l'élimination des situations boiteuses constitue un des "objectifs largement admis du droit international privé"); G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 8<sup>ème</sup> éd., München, Beck, 2000, 122-123; E. JAYME, *ac*, *Recueil des cours*, 1995, t. 251, (9), 89 ("l'harmonie des décisions constitue l'objectif central du droit international privé, par la recherche de la garantie qu'une situation de droit privé sera jugée de la même façon quel que soit le lieu où siège a juridiction chargée du litige"); J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1997, 35-36. A dde l'étude de L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 21, n° 9 et p. 62, qui voit dans l'harmonie des solutions l'*ultima finis* du droit international privé.

Pour une vision du droit international privé quasiment dictée par l'objectif d'harmonie internationale, v. M. PAGENSTECHE, *Der Grundsatz des Entscheidungserkelangs im internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Renvoi*, Mainz, Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1951, vol. 5, 68 p.

On peut rapprocher l'idéal d'harmonie internationale de l'impératif de la 'possibilité d'internationalisation des règles de droit international privé' dégagé par P.-G. VALLINDAS, "Le droit international privé dans le code civil hellénique", *Reu Int'l. Dr. Comp.*, 1949, 95-104, spéc. 97-99.

<sup>100</sup> Sur ces méthodes, v. J. KROPHOLLER, *ac*, 1997, 35 e.s. et E. JAYME, *ac*, *Recueil des cours*, 1995, t. 251, 91-104 (cet auteur mentionne aux pp. 101-102 le *forum non conveniens* et la litispendance internationale comme techniques permettant d'avancer l'objectif d'harmonie internationale).

<sup>101</sup> Comme l'ont constaté de nombreux tribunaux, p. ex. BGH, 26 oct. 1961, *N.J.W.*, 1961, 124 (la Cour rappelle que l'exception de litispendance a pour but d'éviter l'apparition de décisions contradictoires) et *The Abidin Daver* [1984] A.C. 398, 423 (H.L.) (selon Lord Brandon, en cas de conflit de procédures, "One or the other of two undesirable consequences may follow : first, there may be two conflicting judgements [...]" ); T. SAWAKI, "Battle of Lawsuits - Lis Pendens in International Relations", *Japanese Annual Int'l. L.*, 1980, (17), 20 ("the double institution of actions might result in a conflict of judgments, which we should endeavor to avoid").

inévitables, tant les différences entre les ordres juridiques sont nombreuses. Au delà de la diversité des règles de conflit, des règles de procédure, etc., les divergences, sources de contradiction, peuvent provenir de l'appréciation par les juges des faits qui leur sont soumis ou encore de la formulation des demandes par les parties.

On conviendra aisément que l'existence de décisions contradictoires est difficilement conciliable avec l'idéal d'harmonie.<sup>102</sup> La contradiction entre des décisions de justice ne met pas seulement en péril '*das Ansehen des Rechts*', c'est-à-dire le crédit dû à la justice, et la confiance des justiciables dans l'immuabilité des décisions judiciaires. Dans les faits, elle peut conduire à des difficultés inextricables obligeant les parties à choisir l'une des décisions au détriment de l'autre.<sup>103</sup> Que doit faire l'armateur d'un navire qui a été exonéré de toute faute par un tribunal néerlandais lorsqu'un tribunal anglais le condamne à compenser le propriétaire de la cargaison endommagée pendant le transport ?<sup>104</sup> Dans le domaine des relations familiales, la contradiction de jugements s'apparente aux 'mariages boiteux' dont on s'accorde à dire qu'ils doivent être évités.<sup>105</sup> Bref elle met en péril la sécurité juridique et l'efficacité de la protection que le droit est censé apporter.<sup>106</sup>

**14. Contradiction concrète et abstraite de jugements** - On répondra à juste titre que la concurrence de procédures ne signifie pas nécessairement que les parties seront confrontées à des décisions contradictoires.<sup>107</sup> Les tribunaux concurremment saisis peuvent, par extraordinaire, aboutir aux mêmes conclusions. La contradiction peut également se résoudre lorsque l'une des parties renonce en cours de route à la procédure qu'elle avait engagée. Il se peut enfin que la décision de l'un des tribunaux soit invoquée pour mettre fin à l'autre procédure.<sup>108</sup> Il faut donc admettre que le risque d'aboutir à des décisions contradictoires n'est pas une conséquence *nécessaire* du conflit de procédures.<sup>109</sup> Elle n'en reste pas moins une possibilité pour le moins peu attrayante.

<sup>102</sup> Pour une analyse du concept de 'contradiction' entre décisions, v. *infra* n° 491 e.s.

<sup>103</sup> Ce que les auteurs allemands appellent des "Pflichtenkollisionen", J. KROPHOLLER, *op. cit.*, 1997, 37 ; M. WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, Berlin, Springer, 1954, 89.

<sup>104</sup> V. l'affaire *Tatry* : C.J.C.E., 6 décembre 1994, affaire C-406/92, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship 'Tatry' c. The Owners of the Ship 'Maciej Rataj'*, *Rec.*, 1994, I-5460; *R.C.D.I.P.*, 1995, 601, note E. TICHADOU.

<sup>105</sup> En général sur ces *matrimonium claudicans* ou 'hinkende Rechtsverhältnisse', J. KROPHOLLER, *op. cit.*, 1997, 220-223. *Comp. G. HOLLEAUX*, « Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts. Ein Bericht zu dem gleichnamigen Buch von P. H. Neuhaus », *FamRZ.*, 1963, 635-638, 637 (qui relativise fortement l'importance pratique de l'idéal d'harmonie des solutions. Ces observations méritent d'être citées. Le magistrat français écrit que : "Daß sie (les relations boiteuses) ein Übel sind, gibt jedermann zu, aber ein unvermeidbares und letzten Endes gar kein praktisch so fatales wie man manchmal zu meinen geneigt ist. Der bisweilen herrschende panische Schrecken vor hinkenden Verhältnissen ist eigentlich unberechtigt. Es leben tatsächlich unzählige Leute ganz gemütlich in hinkende Familienrechtsverhältnissen. Katastrophale Fälle [...] sind wunderseltene Ausnahmen. Jedenfalls ist es bei vielen Gelegenheiten – besonders auf den Gebiet des Familienrechts – häufig eine weit bessere, menschlich gerechtere und auch sachgemäßere Lösung, ein hinkendes Verhältnis freimütig in Kauf zu nehmen, als aus abergläubiger Achtung vor einem theoretischen Entscheidungsgleichheitsideal zu einer vielleicht rechtstechnisch vertretbaren [...] aber nichtsdestoweniger faktisch ungerechten Lösung Zuflucht zu nehmen").

<sup>106</sup> Dans son rapport sur la Convention de Bruxelles, Jenard notait par exemple qu'il est "incontestable que l'ordre social d'un État serait troublé si on pouvait s'y prévaloir de deux jugements contradictoires" (Rapport Jenard, C-59/45).

<sup>107</sup> Ce que la Cour d'Appel du District de Columbia a souligné dans l'affaire *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airways*, 731 F.2d (909), 928 (D.C. Cir. 1984) ("Concurrent jurisdiction does not necessarily entail conflicting jurisdiction").

<sup>108</sup> Une hypothèse sur laquelle nous reviendrons dans le chapitre consacré à l'exception de chose jugée, *infra*, n° 330.

<sup>109</sup> En ce sens, P. NYGH, « Lis Alibi Pendens / Litispendance : Issues and Proposals. A Further Discussion Paper », étude réalisée pour le comité 'O' de l'International Law Association, s.l., s.d., 1 : "[...] parallel litigation need not always result in inconsistent judgments : it may result in no judgment at all, in consistent judgments or in judgments which will not dash because one will not be recognised in the forum".



On a également objecté que le risque de voir plusieurs décisions se contredire n'existe que dans la mesure où un ordre juridique accepte de reconnaître certains effets aux décisions émanant d'autres Etats. La collision de jugements ne serait ainsi qu'un épouvantail imaginaire, dès lors qu'un Etat est libre de refuser de reconnaître une décision qui contredirait un de ses propres jugements ou un jugement étranger déjà reconnu par ses tribunaux. M. Schütze, un des spécialistes allemands du procès civil international, a invoqué cet argument pour justifier son refus d'accepter la litispendance internationale. Il observait que :

“Les décisions contradictoires ne deviennent un problème que lorsqu'elles développent leurs effets simultanément. Une décision de justice n'a toutefois d'effet que sur le territoire de l'Etat au nom duquel elle a été prononcée. Toute collision de décisions est donc impossible, même lorsque des décisions contradictoires sont prononcées dans des pays différents, puisqu'un Etat n'acceptera pas de reconnaître une décision étrangère qui contredit une décision du for”.<sup>110</sup>

Il faut reconnaître avec cet auteur que l'on imagine difficilement une coexistence immédiate entre deux décisions contradictoires d'égale valeur au sein d'un même ordre juridique. Lorsqu'une décision étrangère se heurte à une décision du for, on peut logiquement s'attendre à ce que celui-ci refuse tout effet à la décision étrangère. En cas de conflit entre deux décisions étrangères, il suffira pour le for tiers de ne reconnaître qu'un des deux jugements (*infra*, n° 364). De cette manière le conflit potentiel entre les deux décisions ne donnera pas lieu à une contradiction effective, l'un des jugements étant privé d'effet dans l'ordre juridique concerné. En ce sens, le danger d'une réelle collision entre décisions n'est sans doute qu'une illusion. Les procédures et les conditions posées pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères font qu'une telle collision n'est pas à l'ordre du jour – sauf peut être dans l'espace judiciaire européen, si se développe l'idée d'un véritable ‘titre exécutoire européen’.<sup>111</sup>

Si la collision est évitée, c'est parce qu'il existe entre les ordres juridiques des barrières qui empêchent les décisions étrangères d'acquérir instantanément force juridique à l'étranger. Or ces barrières sont de plus en plus mises à mal. Rares sont en effet les ordres juridiques totalement imperméables aux décisions étrangères.<sup>112</sup> Un Etat qui opte pour la

<sup>110</sup> R. A. SCHÜTZE, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 178 (“*Divergierende Entscheidungen sind nur dann problematisch, wenn sich ihre Wirkung überschneiden. Die Wirkungen gerichtlicher Entscheidungen sind aber auf das Territorium des Staates begrenzt, dessen Gerichte sie erlassen haben. Da kein Staat widersprechende ausländische Entscheidungen zur Anerkennung zulässt, kann es zu einer Kollision von Urteilswirkungen nie kommen, selbst wenn in verschiedenen Staaten in Parallelprozessen sich widersprechende Urteile ergeben*”). Depuis 1967, cet auteur s'est lancé dans une véritable croisade pour dénoncer, en vain, l'extension par les tribunaux allemands de l'exception de litispendance aux espèces internationales, v. “Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens”, *RabelsZ.*, 1967, (233), 245 e.s. et les autres études du même auteur citées en bibliographie *Corr.* également E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und Prozessuales Fremdenrecht*, Berlin/Tübingen, de Gruyter/J.C.B. Mohr, 1949, 453 (l'auteur souligne que le “Gefahr divergierender Entscheidungen” n'existe pas lorsqu'on adopte le point de vue d'un seul Etat, qui ne reconnaît pas les jugements étrangers).

<sup>111</sup> On doit dès lors faire une distinction entre le souci de l'harmonie d'une part et celui de cohérence de l'ordre juridique de l'autre. Les deux ne se rejoignent pas nécessairement. Ainsi, lorsqu'une décision étrangère contredit manifestement un jugement prononcé par un tribunal du for, l'harmonie des solutions n'est pas réalisée, mais le for refusera le plus souvent d'accorder un quelconque effet à la décision étrangère, préservant ainsi sa propre cohérence.

<sup>112</sup> V. l'aperçu donné par F. K. JUENGER, “The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters”, *Am J. Comp. L.*, 1988, 1-39 et, pour les pays européens, les rapports rassemblés par G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 580 p.



reconnaissance *de plein droit* de certaines ou de toutes les décisions étrangères sera bien embarrassé de constater qu'un jugement étranger, à qui il a par une mesure générale accordé plein et immédiat effet sur son territoire, remet en question la décision d'un de ses propres juges ! En ce sens, la libéralisation progressive du régime des jugements étrangers s'accommode mal de l'existence de décisions contradictoires.<sup>113</sup>

En outre, pour n'être que potentielle, la collision entre décisions judiciaires n'en choque pas moins sur le plan des principes. Comment concilier en effet l'existence de jugements contradictoires avec l'idée de justice, sinon en nationalisant ce dernier concept ? L'argument développé par M. Schütze s'appuie en effet sur une perspective purement *nationale* : cet auteur parvient à 'escamoter' les inconvénients du conflit de procédure en ne considérant que la réaction isolée d'un ordre juridique donné. Comme l'indique M. Palsson, "[b]ien que le conflit entre deux jugements soit résolu à l'intérieur de chaque ordre juridique concerné, il n'en subsiste pas moins lorsque l'on considère l'ensemble des pays concernés".<sup>114</sup> La coexistence de deux procédures pouvant mener à des décisions contradictoires est à notre sens nocive même en l'absence de contradiction avérée, faute d'exécution simultanée des décisions sur le territoire d'un même Etat. Elle met en effet en péril l'*idéal de justice internationale*. Au-delà de cet idéal c'est le souci de *sécurité juridique* que met à mal la contradiction entre deux décisions. Les destinataires des règles contradictoires posées par les juges devront modifier leur comportement selon le pays dans lequel ils se trouvent, sans pouvoir espérer qu'une instance supérieure vienne résoudre le conflit. On voit combien cette contradiction constitue une entrave aux échanges internationaux. Bref, le conflit de procédures s'oppose, même si c'est simplement de manière *abstraite*, à l'harmonie des solutions.

**15. L'harmonie internationale, un principe à nuancer - L'harmonie des solutions n'est pas conciliable avec l'existence de procédures concurrentes pouvant déboucher sur des décisions contradictoires.**<sup>115</sup> Il faut pourtant se garder d'adopter des conclusions trop générales. Tout d'abord, l'idéal d'harmonie ne constitue qu'un *objectif* et non une méthode. A l'instar de l'impératif kantien de la *Vernunftgemässheit*,<sup>116</sup> il se contente de poser certaines exigences de qualité pour la solution de droit positif, sans en dessiner les contours de façon précise.<sup>117</sup> S'il justifie l'hostilité aux conflits de procédures, l'idéal savignien d'harmonie reste muet sur la méthode à adopter pour les résoudre.

<sup>113</sup> Cette constatation permet de mettre le doigt sur l'un des grands thèmes de cette étude, à savoir l'influence décisive qu'exerce le régime des jugements étrangers sur le règlement des conflits de procédures. Si les règles de compétence internationale permettent d'expliquer l'apparition de ces conflits, on sera vite tenté d'en appeler, ne fut-ce que par analogie, aux règles de reconnaissance des décisions étrangères pour y puiser l'inspiration nécessaire pour développer solutions et remèdes aux conflits qui nous occupent.

<sup>114</sup> L. PALSSON, *loc. cit.*, *Scand. St. L.*, 1970, (59), 87, n° 15 : "Though the conflict between two judgments is thus solved within each of the countries concerned, it remains unsolved from a point of view encompassing both countries". V. YSEUX, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 1892, 869-870, notait déjà que même en l'absence de contradiction matérielle entre deux décisions, la contradiction entre les deux prononcés suffit pour énerver l'idée de justice.

<sup>115</sup> Selon M. Riezler, le danger de contradiction entre décisions constitue même « l'inconvénient majeur » des conflits de procédures ("der schlimmste Uebelstand") : E. RIEZLER, *op. cit.*, Berlin/Tübingen, de Gruyter/J.C.B. Mohr, 1949, 453, § 46. Dans le même sens, W. HAU, 48 (qui y voit "der entscheidende Nachteil" des conflits de procédures). *Comp. O. VOGEL*, "Auf dem Wege zur Rechtseinheit bei Rechtshängigkeit und materiellen Rechtskracht", *Recht - Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*, 1989, (129-138), 134 (selon M. Vogel, la prévention des conflits de décisions n'est pas le but, mais une simple conséquence de l'exception de litispendance).

<sup>116</sup> Exposé dans la *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, § 7 : "Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne".

<sup>117</sup> Sur cet aspect de l'harmonie internationale, v. H. BATIFFOL, *op. cit.*, 1956, 214, n° 96 ; J. KROPHOLLER, *op. cit.*, 1997, 37-38 ; W. WENGLER, *loc. cit.*, *R.C.D.I.P.*, 1952, 611 (l'harmonie des décisions n'est qu'une "proposition auxiliaire, qui ne peut subsister par elle-même [...]") ainsi que G. VANHECKE, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1969, t. 126, 443.

L'harmonie internationale n'est donc qu'un *objectif* qui doit guider le législateur et le juge, et non la clé de solutions positives. Plus fondamentalement, il semble difficile d'ériger le souci d'harmonie des solutions en objectif *exclusif* du droit international privé, à moins de retomber dans la douce utopie qui animait les universalistes internationalistes – ou 'a-prioristes' comme les appelait *Rabel*<sup>118</sup> - de la première heure. L'harmonie des solutions est liée à la vision savignienne des relations internationales, dans laquelle il n'est d'autre justice que celle des solutions uniformes. On ne peut ignorer les nombreuses lacunes de cette approche, même si cette étude n'est pas le lieu de retracer l'évolution des idées en droit international privé.<sup>119</sup> On reconnaît aujourd'hui généralement que le droit international privé se caractérise par une pluralité de méthodes.<sup>120</sup> Le primat de la règle de conflit bilatérale,<sup>121</sup> privilégiée par *von Savigny*, ne doit pas faire oublier la légitimité d'autres méthodes comme la règle de conflit unilatérale ou les règles de conflit à finalité matérielle.<sup>122</sup> La règle de conflit bilatérale, paradigme savignien par excellence, a elle-même été remise en question. Il suffit par exemple de mentionner la proposition de M.

---

L'indifférence de l'harmonie internationale pour la solution concrète adoptée par le législateur national se reflète dans la résolution adoptée par l'Institut de Droit International lors de sa session de Sienna consacrée à l'influence des conditions démographiques sur le règlement des conflits de lois (*Ann. Inst. Dr. Int.*, 1952, II, vol. 44, 473) : sans exprimer une quelconque préférence pour un facteur de rattachement ou un autre, l'Institut observa à cette occasion que "[l]es règles de droit international privé doivent, en général, utiliser des critères susceptibles d'internationalisation, c'est-à-dire, notamment, susceptibles d'être adoptées dans des conventions internationales de manière à éviter des solutions discordantes d'un même cas concret dans des pays différents". Remarquons que les débats de l'Institut ne portaient pas expressément sur l'harmonie internationale.

<sup>118</sup> E. RABEL, *op. cit.*, 1958, 11.

<sup>119</sup> Il n'est plus besoin de rappeler les critiques 'sociales' du modèle savignien. Parmi les études classiques, on retiendra K. ZWIGERT, "Zur Armut des Internationalen Privatrechts an sozialer Werten", *RabelsZ.*, 1973, 435-452; J. E. J. TH. DEELEN, *De Blinddoek van von Savigny*, Amsterdam, Scheltema & Holkema, 1967, 28 p.; C.W. DUBBINK, "Het rechtvaardigheidsgehalte van het internationaal privaatrecht", *Speculum Langemijer. 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1973, 63-72 et sur l'ensemble de la problématique, TH. DE BOER, "Een 'zoo doeltreffend en rechtvaardig mogelijke ordening'. Vragen rond de bestaansgrond van het internationaal privaatrecht", Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks 59/1, Amsterdam, Noord-Hollandsche, 1996, 58 p., spéc. 19-37.

Sur l'histoire des idées en droit international privé, v. P. MAYER, "Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois", *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1985, 129-143. *Cors.* plus récemment, J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999, 203 p., spéc. pp. 47-66 ainsi que N. HATZIMIHAIL, « On Mapping the Conceptual Battlefield of Private International Law », *Ann. Anciens Académie de La Haye*, 2000, 57-64.

La question de « l'héritage » savignien et de la validité du modèle de la règle de conflit bilatérale, abstraite et neutre, est une source inépuisable d'inspiration pour la littérature internationaliste. Parmi les réflexions qui m'ont le plus éclairé, v. P. H. NEUHAUS, "Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache", *RabelsZ.*, 1949, 364-381 et L. STRIKWERDA, *Naar een gereduceerd conflictenrecht? Iets over bescherming, begunstiging en beter law in het ipr*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1986, 27 p.

<sup>120</sup> Le *locus classicus* en la matière est le cours professé par H. BATIFFOL, "Réflexion sur la coordination des systèmes nationaux", *Recueil des cours*, 1967-I, 165-190.

<sup>121</sup> Ces réflexions concernent au premier chef le conflit de lois, qui figurait d'ailleurs au premier rang des préoccupations de Savigny. L'antinomie règle 'bilatérale' et 'unilatérale' est difficilement transposable au conflit de juridictions, à moins d'évoquer la possibilité d'un véritable *transfert* d'une juridiction à une autre, hypothèse sur laquelle nous reviendrons *infra*, n° 691 e.s.

<sup>122</sup> V. récemment l'aperçu que donne P. PICONE dans son cours, "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1999, t. 276, 9-296 - où il distingue la méthode bilatérale traditionnelle (pp. 35-83), la méthode matérielle (pp. 84-118), la méthode de référence à l'ordre étranger (pp. 119-142), le *lex forisme* (pp. 143-182) ainsi que l'autonomie de la volonté (pp. 183-208) et examine les méthodes de coordination possibles. V. également TH. M. DE BOER, "Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century", in *International Conflict of Laws for the Third Millennium Essays in Honor of F. K. Juenger*, P. BORCHERS et J. ZEKOLL, (éds.), NY, Transnational Publishers, 2001, (193), 193-198.

*Lagarde* d'adopter une méthode de rattachement non pas abstraite, fondée sur la nature du rapport de droit, mais bien concrète, basée sur le principe de proximité.<sup>123</sup>

Cette pluralité de méthodes traduit une pluralité d'*objectifs*. L'harmonie internationale des solutions, objectif fondateur chez *Savigny*, entre en concurrence avec d'autres intérêts, comme par exemple le souci de rétablir au profit d'une partie un équilibre rompu par la supériorité de fait de l'autre ou encore celui de faire triompher les intérêts du for souverain.<sup>124</sup> Pour reprendre la distinction proposée par M. *Kegel* et devenue classique, l'harmonie des décisions ressortit à la 'justice de droit international privé'. Elle ne doit pas faire oublier l'importance de la 'justice de droit matériel'.<sup>125</sup> A l'intérieur même de la justice de droit international privé, l'harmonie des décisions le dispute au souci de répondre aux attentes des parties ou encore de favoriser les échanges internationaux en assurant par exemple en matière de forme des actes juridiques un régime de certitude et de facilité.<sup>126</sup> Bref l'harmonie des solutions n'est pas la clé de voûte des relations internationales privées.<sup>127</sup>

<sup>123</sup> P. LAGARDE, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, spéc. 29-31 et 194. En général sur la 'crise' du conflit de lois, v. G. KEGEL, "The Crisis of Conflict of Laws", *Recueil des cours*, 1964-II, t. 112, 91-268 et B. AUDIT, "Flux et reflux de la crise des conflits de lois", *Travaux comité fr. DIP. Journée du cinquantenaire*, 1988, 59-75. Il est significatif que personne n'ait à notre connaissance évoqué une 'crise' du conflit de juridictions... Sans doute la réflexion sur ces question est-elle trop récente, v. nos observations à ce sujet *infra*, n° 108 e.s.

<sup>124</sup> V. p. ex. G. VAN HECKE, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1969, t. 126, 443-445 (cet auteur reconnaît que l'harmonie internationale des décisions est l'objectif ultime du droit international privé, mais note, à la suite de Kegel, que la justice du droit international privé devra parfois s'effacer devant la justice de droit matériel) ; W. WENGLER, *l.c.*, *R.C.D.I.P.*, 1953, (37), 46-55 (cet auteur tente d'établir une hiérarchie entre les différents principes généraux qu'il a dégagé et constate que l'harmonie des décisions se trouve "relégué au bas de l'échelle", p. 50, no. 48) ainsi que H. E. YNTEMA, *l.c.*, *R.C.D.I.P.*, 1959, (1), 21 (qui note que la "réalisation de la sécurité dans le droit des conflits ne saurait être que relative"). V. également F. MOSCONI, "A Few Questions on the Matter of International Uniformity and Nationality as a Connecting Factor", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siebr*, J. BASEDOW et al. (éds.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2000, 465-480, spéc. 470-473 (M. Mosconi observe que bien souvent la recherche de l'uniformité des solutions va à l'encontre de la prévisibilité des solutions pour les justiciables; il est d'avis qu'il ne faut pas nécessairement donner priorité à la première au détriment de la seconde. Il conclut en ce sens que "[...] the search for international uniformity of solutions cannot be considered an absolute value", p. 472).

*Adde* le §6 (2) (f) du *Restatement of the law (Second) Conflict of Laws*, St. Paul, American Law Institute, 1971 : dans la détermination du droit applicable, le § 6 érige l'uniformité des décisions au rang de facteur à prendre en compte. Le commentaire précise cependant que cet objectif "can, however, be purchased at too great a price. In a rapidly developing area, such as choice of law, it is often more important that good rules are developed than that predictability and uniformity of result should be assumed through continued adherence to existing rules".

<sup>125</sup> Concepts avancés par G. KEGEL, dans un article fondateur : "Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht", in *Festschrift Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor*, Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 1953, 259-288. Sur cet article, v. le compte-rendu de PH. FRANCESCakis, *R.C.D.I.P.*, 1954, 238-243 ainsi que l'analyse de H. BATIFFOL, "Les intérêts de droit international privé", in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bezeichnung oder Wandel? Festschrift für G. Kegel*, A. LÜDERTZ et J. SCHRÖDER (éds.), Frankfurt aM, Alfred Metzner Verlag, 1977, 11-21. V. également G. KEGEL et K. SCHURIG, *o.c.*, 2000, 114-132 sur la distinction entre les deux concepts.

<sup>126</sup> *Comp.* avec la distinction opérée par Batiffol entre trois grandes préoccupations auxquelles doit répondre le droit international privé, à savoir le respect de l'intérêt privé, le respect des intérêts généraux de la collectivité et enfin celui des intérêts propres à la société internationale (H. BATIFFOL, *o.c.*, 1956, 229).

<sup>127</sup> Pour un exemple classique où le souci de l'harmonie internationale des solutions le dispute à la *favor matrimonialis*, on se référera à la décision de la Cour Constitutionnelle allemande dans l'affaire dite du mariage espagnol (4 mai 1971, *BverfGE.*, vol. 31, 58; *FamRZ.*, 1971, 414 ; *N.J.W.*, 1971, 1509 et les observations de C. LABRUSSE, "Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décisions du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)", *R.C.D.I.P.*, 1974, 1-46). Avec cette décision, la Cour constitutionnelle a mis fin au refus des juridictions inférieures qui, au nom de l'harmonie internationale et pour tenter de prévenir la constitution de mariages boiteux, prétendaient appliquer la loi espagnole à la question de l'aptitude au mariage d'un Espagnol désireux de s'unir à une allemande auparavant divorcée. La loi espagnole interdisant à cette époque le remariage, les tribunaux allemands voyaient dans cette interdiction un empêchement bilatéral. La Cour rappelle les limites de l'harmonie dans les termes suivants : "Le principe de l'harmonie internationale des décisions est en droit international privé un idéal qui est loin d'être atteint, tant que tous les Etats n'appliquent pas les mêmes règles en droit international privé au moins [...]. Des rapports juridiques boiteux sont fréquents

Est-ce à dire qu'il faut jeter aux orties l'harmonie des solutions qui ne constituerait qu'un idéal vieilli, témoin d'une conception dépassée du droit international privé? Ce serait pêcher par excès, même s'il faut sans doute nuancer l'importance de cet objectif et reconnaître que dans certaines circonstances, il devra céder la priorité à d'autres. La coexistence de plusieurs objectifs confirme le caractère ouvert et pluraliste du droit international privé. La difficulté consiste à réconcilier ces objectifs et, lorsqu'ils sont contradictoires, à déterminer lequel privilégier.<sup>128</sup>

L'harmonie des décisions doit partager le devant de la scène avec d'autres impératifs. Plus fondamentalement, on peut mettre en doute la possibilité même d'atteindre un monde sans conflit. Comme l'a relevé M. Batiffol, le souci d'harmonie des solutions constitue en effet à la fois l'objectif et la limite du droit international privé : pour aboutir à l'harmonie absolue, il faudrait sans doute abolir la spécificité des systèmes juridiques nationaux et imaginer un droit universel uniforme.<sup>129</sup> C'est pourquoi cet auteur propose de substituer à l'harmonie l'objectif plus modeste de *coordination* des systèmes juridiques.<sup>130</sup> La coordination constitue en quelque sorte une version 'allégée' de l'harmonie internationale, utopie inatteignable sinon au prix de l'effacement complet des spécificités nationales. Il ne s'agit plus alors "de s'entendre pour adopter des solutions ou obtenir des résultats identiques, quelles que soient leurs teneurs, mais de poser des règles qui évitent le plus possible les incohérences dans les rapports privés internationaux".<sup>131</sup> Comme le fait remarquer M. Bucher, la coordination n'est pas moins pertinente pour le conflit de juridictions.<sup>132</sup>

---

dans les situations à caractère international [...]. Le principe de l'harmonie internationale des décisions contredit ici de façon insurmontable le principe de l'harmonie interne des décisions [...] C'est aux futurs époux qu'il appartient de prendre le risque d'une union boiteuse, le devoir des autorités compétentes étant seulement de les en avertir". V. aussi l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 21 avril 1983, ATF 109 II 81 (dans un litige portant sur le changement de nom d'une citoyenne française, alors que la France n'allait pas reconnaître ce changement). Comp. avec l'avis de la section législation du Conseil d'Etat belge du 12 novembre 2001 relatif à l'avant-projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe (avis n° 32.008/2), qui prétend tirer argument de la non-reconnaissance à l'étranger des unions homosexuelles et des situations boiteuses qui en résulteraient pour donner, au nom de « l'insécurité juridique de droit international privé » un avis négatif sur le projet.

<sup>128</sup> V. la tentative de M. Wengler d'établir une hiérarchie entre les principes généraux qu'il a dégagé (*l.c.*, R.C.D.I.P., 1953, (37), 46-55). Comp. avec le primat reconnu par M. Batiffol à l'intérêt des parties (*ac.*, 1956, 333-334 et "Les intérêts de droit international privé", *l.c.*, 15-16). En général sur cette question, J. A. PONTIER, *Conflictenrecht : grondslagen, methoden, beginselen en belangen. Een politieke liberaal perspectief*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1997, 225.

<sup>129</sup> H. BATIFFOL, *ac.*, 1956, 213, n° 96.

<sup>130</sup> *Idem*, 213, n° 96 (selon l'auteur, il s'agit de "faire vivre ensemble des systèmes juridiques différents", 16, n° 5).

Sur cet ouvrage en général et l'objectif de coordination en particulier, v. J. MAURY, "Observations sur 'Les aspects philosophiques du droit international privé'", R.C.D.I.P., 1957, 229-272, spéc. 266-271 et PH. FRANCESCOAKIS, "Philosophie du droit et droit international privé. A propos du livre de M. Batiffol 'Aspects philosophiques du droit international privé'", *Archivus Philos. Droit*, 1958, 205-219. Plus récemment J. A. PONTIER, *ac.*, 1997, 219-225.

<sup>131</sup> H. BATIFFOL, *ac.*, 1956, 220, n° 99.

Rabel adoptait également une position nuancée. Dans la préface de son ouvrage, il note l'état déplorable du conflit des lois, handicapé selon lui par un "staggering provincialism" (E. RABEL, *ac.*, 1958, xxi-xxiii). Son entreprise comparative avait pour but d'améliorer la compréhension mutuelle et la tolérance pour atteindre l'harmonie, objectif auquel devait être consacré "une plus grande énergie" (p. 94). Il nuancait cependant son propos en soulignant que "In view of the difficulties of reaching uniformity, a more modest aspiration has been correctly proposed by Cook, namely, to attain as much certainty as may be reasonably hoped for in a changing world and is compatible with needed flexibility" (95-96).

<sup>132</sup> A. BUCHER observe dans l'avant-propos de son : *Droit international privé suisse. I/1 Partie générale - Conflits de juridictions*, 1998, p. 5, que "La coordination des systèmes est l'objectif principal de la résolution des conflits de juridictions".

Il est sans doute sage de substituer à l'harmonie internationale un impératif plus réaliste de coordination, un souci de cohérence. Même dans cette acceptation plus moderne, on ne peut toutefois rester indifférent aux conflits de procédures. La concurrence de procédures, et le risque potentiel de décisions contradictoires qui en découle, n'est pas plus conciliable avec l'objectif de coordination qu'avec celui d'harmonie des résultats. Le passage de l'un à l'autre met cependant en lumière le danger de poser des objectifs trop absolus.

**16. L'économie de procédure, un second principe fondateur** - Les conflits de procédure ne mettent pas seulement en péril l'idéal, tout relatif qu'il soit, d'harmonie des solutions. Ils provoquent également une multiplication inutile des dépenses. Comme l'écrivait M. Palsson, lorsqu'un juge a été saisi d'un litige, "permettre qu'une nouvelle action soit engagée constituerait du point de vue de l'économie de procédures un gaspillage de temps et d'argent".<sup>133</sup> Les conflits de procédures provoquent un dédoublement de travail pour les instances judiciaires concernées ainsi qu'une augmentation des coûts pour les parties.<sup>134</sup> Comme le soulignait déjà le *Reichsgericht* en 1892 à propos de l'exception de litispendance internationale, éviter la concurrence de procédures, c'est d'abord "réaliser une économie de temps et d'argent en évitant deux procédures parallèles ou successives".<sup>135</sup> Permettre que le même litige soit débattu simultanément en deux endroits distincts ne contribuera certainement pas à résorber l'arriéré judiciaire dont souffrent de nombreuses juridictions.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> L. PALSSON, *loc. cit.*, *Scand. S. Law*, 1970, (61), 86, n° 15 : "from the point of view of procedural economy, to entertain the new action would involve a meaningless waste of time and money". Cette observation est sans surprise partagée par de nombreux auteurs, comme par exemple E. RIEZLER, *ac.*, 1949, 453, § 46 (les procédures concurrentes conduisent à "einem doppelten Aufwand der Arbeitskraft der Gerichte und der sonstigen Justizorgane und zu einer Vermehrung der Kosten [...] und damit zu einem verstoß gegen das Prinzip der Prozessökonomie") ; P. NYGH, *loc. cit.*, papier inédit pour l'ILA, 3 ; Y. FURUTA, *loc. cit.*, *Pacific Rim Pol. & L.J.*, 1995, 3-4 ("the parties are forced to bear more costs in prosecuting multiple proceedings in different courts [...] parallel litigation results in duplicated expenses for discovery, attorney's fees and other costs. Parallel litigation also consumes judicial resources in duplicate in multiple jurisdictions. In general, judicial resources are scarce, and docket congestion and resulting delay are already major problem. It would be a waste of scarce judicial resources to litigate identical issues in multiple forums").

Dans une décision de 1941 qui concernait une concurrence de procédures entre tribunaux américains, la Cour d'Appel du 3<sup>ème</sup> Circuit a exprimé dans les termes suivant sa préoccupation face au gaspillage de ressources judiciaires qu'entraîne la concurrence de procédures : "The economic waste involved in duplicating litigation is obvious. Equally important is its adverse effect upon the prompt and efficient administration of justice. In view of the constant increase in judicial business in the federal courts and the continual necessity of adding to the number of judges, at the expense of taxpayers, public policy requires us to seek actively to avoid the waste of judicial time and energy. Courts already heavily burdened with litigation with which they must of necessity deal, should therefore not be called upon to duplicate each other's work in cases involving the same issues and the same parties" (*Crosley Corp. v Hazeltine Corp.*, 122 F. 2d (925), 930 (3d. Cir. 1941)).

<sup>134</sup> L'économie de procédure rejoint ici le précepte classique qui commande que tous les procès prennent fin – *rei publicae interest ut sit finis litium*. Sur le concept en général, v. les réflexions d'un procéduraliste suisse : O. VOGEL, "Prozess-Ökonomie", *Bäskler Juristische Mitteilungen*, 1988, 1-16.

<sup>135</sup> RG, 26 janvier 1892, traduction parue au *J.D.I.*, 1893, 905-906.

<sup>136</sup> Pour un riche aperçu des retards et de l'encombrement qui affectent la justice civile dans de nombreux pays, v. les études rassemblées par CH. PLATTO (éd.), *Economic Consequences of Litigation Worldwide*, La Haye, IBA/Kluwer Law International, 1999, 445 p., et en particulier les conclusions du rapporteur européen M. P. BANOCAS, pp. 137-142. Le rapporteur note que "Length of court proceedings is probably the most common cause of concern for all courts nowadays. Even though the delays have a different nature and intensity from country to country, they exist in practically all of them" (p. 137). Pour l'Allemagne, v. également M. ROTH, "Towards Procedural Economy: Reduction of Duration and Costs of Civil Litigation in Germany", *Civil Justice Q.*, 2001, 102-149. *Adde* les études rassemblées in B. COTTIER et A. BONOMI (éds.), *Juguler la surcharge des instances supérieures: étude comparative des procédures de recours et des mesures destinées à réduire l'engorgement des tribunaux*, Publications de l'Institut Suisse de Droit comparé t. 27, Zürich, Schulthess, 1995, 502 p.

On ne peut en effet ignorer le besoin toujours croissant de justice<sup>137</sup> de nos sociétés modernes : le recours au juge s'est banalisé et en même temps les justiciables sont de plus en plus sensibles à la rapidité du service rendu par la justice, ce qui explique d'ailleurs en partie le succès grandissant des modes alternatifs de résolution des litiges.<sup>138</sup> Cette évolution, qui n'a pas toujours été suivie d'un accroissement des moyens mis à la disposition de la justice, rend d'autant plus intolérable la dilapidation injustifiée de ressources qu'entraîne la concurrence de procédures.<sup>139</sup>

**17. L'économie de procédure, un principe strictement territorial ?** - La crainte et le rejet du gaspillage qu'entraîne la concurrence de procédures ne font pas l'unanimité. A l'argument de l'économie de procédures, *Rolf Schütze* répond par exemple que "le juge du for ne doit pas se préoccuper de savoir quelle est la charge de travail des juges étrangers. La justice est territoriale et l'économie de procédures n'est pertinente qu'à l'intérieur des frontières nationales".<sup>140</sup> Il est vrai que lorsque l'on considère chaque ordre juridique séparément, la tentation est grande de ne prendre en compte que les seules ressources qu'il consacre à la solution du litige, à l'exclusion des dépenses encourues dans le for concurrent. Cette vision est toutefois loin de convaincre. Il faut tout d'abord noter que l'économie de procédure et le souci de concentration du contentieux sont des principes largement acceptés en droit interne et régulièrement invoqués pour justifier de nombreux mécanismes – notamment à l'égard des conflits de procédures.<sup>141</sup> Or, comme on l'a remarqué, l'économie judiciaire ne perd rien de sa force sur le plan international.<sup>142</sup>

<sup>137</sup> On parle parfois dans ce contexte de la « demande sociale de justice », p. ex. G. CANIVET, « Economie de la justice et procès équitable », *J.C.P.*, éd. G., 2001, Doctrine, n° 361, 1084, n° 1.

<sup>138</sup> En réalité la célérité de la justice constitue, au même titre que le droit d'accès au juge, un des principes essentiels du procès équitable. On se rappellera à cet égard l'adage anglais selon lequel *'justice delayed is justice denied'*. L'analyse économique du procès ne dit pas autre chose, qui fait de la procédure nécessaire pour obtenir la réalisation d'un droit un coût de transaction susceptible de décourager la conclusion du contrat, vecteur principal de l'efficacité économique. V. notamment M. J. WHINCOP et M. KEYES, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Ashgate, Aldershot, 2001, 27-28 et 127-130 et pour une approche critique de l'analyse économique du droit international privé, H. MUIR WATT, « Law and Economics : quel apport pour le droit international privé ? », in *Etudes offertes à J. Ghestin. Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2001, 685-702.

<sup>139</sup> Il n'en va toutefois pas nécessairement de même lorsque le conflit oppose une procédure judiciaire à une procédure *arbitrale*, dès lors que dans cette hypothèse ce sont principalement les ressources des parties qui sont en jeu. Il reste qu'une telle concurrence ne peut pas non plus laisser indifférent un principe de l'économie bien compris.

<sup>140</sup> R. SCHÜTZE, *l.c.*, *RabelsZ.*, 1967, (233), 248 ("[d]er inländische Richter braucht sich nicht darum zu kümmern, ob und in welcher Weiser ausländische Gerichte belastet sind. Die Gerichtsbarkeit ist territorial begrenzt, und die Prozessökonomie hat ihren Platz nur innerhalb dieser Grenzen").

<sup>141</sup> Pour le droit américain, v. les explications de M. Redish, qui détaille les nombreuses règles qui traduisent le souci de conservation des ressources judiciaires (M. A. REDISH, "Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem", *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), 1351-1355). L'argument de l'économie de procédure est souvent invoqué par la doctrine américaine pour condamner la concurrence de procédures au sein du système américain, p. ex. R. D. FREER, "Avoiding Duplicative Litigation : Rethinking Plaintiff Autonomy and the Court's Role in Defining the Legislative Unit", *U. Pitt. L. Rev.*, 1989, (809), 832 (avec une franchise souvent absente de la littérature européenne, Freer note que "courts are a public resource, providing publicly financed resolution of private disputes. We pay for them, and we have a right to insist that their services not be squandered [...] multiplicity is a harm to society's legitimate interest in judicial efficiency [...]"). V. les autres références citées par Redish aux pages 1352-1353. Sur ce qu'il est possible de prendre en compte les contraintes de l'économie judiciaire sans pour autant sacrifier les impératifs d'une justice de qualité, v. l'étude précitée de G. CANIVET, *l.c.*, *J.C.P.*, éd. G., 2001, Doctrine, n° 361.

<sup>142</sup> H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands. Etude comparative*, Paris, Dalloz, 1965, 184, n° 202 selon qui l'économie de procédures et la nécessité d'éviter les conflits de décisions "ne perdent rien de leur force sur le plan international". Dans le même sens, W. HAU, 61. Notons que la "procedural economy and efficiency" est un des principes à la base des Transnational Rules of Civil Procedure de M.M. Hazard et Tanuffo, ce qui confirme le rayonnement international du principe. V. aussi le préambule de la résolution adoptée le 14 juin 1997 par l'International Bar Association, qui indique "the concerns that all civilized nations have for a properly functioning court system". La résolution souligne que tous les Etats ont la responsabilité de fournir aux justiciables un accès à une justice équitable, effective et économique. Le résolution est reproduite en introduction

Refuser de souscrire à l'objectif de conservation des ressources sur le plan international témoigne en vérité d'une vision étroite des relations interétatiques et d'une conscience trop aiguë du cloisonnement des appareils judiciaires, qui n'a plus lieu d'être. Il est loin en effet le temps où l'on pouvait sans risque parler de la société internationale comme d'une simple juxtaposition des ordres juridiques nationaux indépendants les uns des autres. Si à défaut d'autorité supérieure s'imposant naturellement, les Etats restent les premiers 'gérants' des relations privées internationales, leurs nombreuses interactions ont contribué à jeter les fondements d'une véritable communauté internationale qui ne saurait rester indifférente face à la perte de ressources qu'entraîne le dédoublement de procédures. Il s'impose dès lors d'adopter une perspective proprement internationale, qui révèle immédiatement le gaspillage qu'entraîne la concurrence de procédures. On peut dès lors évoquer – même si certains y verront une pétition de principe – l'existence d'un principe *international* d'économie de procédure, qui s'oppose au dédoublement de travail et à l'augmentation des coûts qu'entraînent les conflits de procédures.<sup>143</sup>

On répondra sans doute qu'un Etat ne peut se plaindre du gaspillage qu'entraîne la conduite de procédures concurrentes, puisqu'il a lui-même ouvert les portes de ses tribunaux aux plaideurs.<sup>144</sup> Il n'y a toutefois à notre sens aucune contradiction entre les deux attitudes. Lorsqu'il définit les limites de la compétence de ses tribunaux, un Etat ne considère pas, et ne doit pas en principe considérer, que le litige qu'il a en vue pourra également être soumis à un for étranger (sur cette question, *infra*, n° 79). La seule question qui doit le guider est de savoir s'il entend permettre la saisine de ses tribunaux.<sup>145</sup>

18. L'économie de procédures, un objectif à mettre en balance avec d'autres - On a encore invoqué un autre argument pour 'démontrer' que l'économie judiciaire ne constituerait pas une préoccupation fondamentale des Etats, et ne s'opposerait en tout cas pas aux conflits de procédures. Dans sa croisade contre la litispendance internationale, M. Schütze a ainsi invoqué le fait que la plupart des Etats ne reconnaissent d'effet aux jugements étrangers qu'au prix d'une procédure d'*exequatur*, obligeant donc les plaideurs à multiplier les procédures pour obtenir satisfaction.<sup>146</sup> Après avoir obtenu gain de cause dans l'Etat A, le plaideur sera ainsi souvent contraint de demander l'*exequatur* auprès d'un juge de l'Etat B s'il veut y mettre la décision à exécution. Il serait dès lors contre-productif d'obliger ce dernier à se dessaisir une fois le litige portée devant le juge A. Ce raisonnement est loin de convaincre. L'*exequatur* n'est en effet qu'une éventualité et non une fatalité. On peut espérer que le demandeur aura pris soin d'élire un for qui offre la possibilité d'une exécution directe – au moins partielle - de la future décision. En outre il est pour le moins réducteur d'assimiler la procédure d'*exequatur* à une véritable

---

à l'ouvrage édité par CH. PLATTO (éd.), *Economic Consequences of Litigation Worldwide*, La Haye, IBA/Kluwer Law International, 1999, 5.

<sup>143</sup> On a également fait appel à l'importance de l'économie de procédures dans le contentieux international privé pour expliquer la nécessité de se pencher sur la chose jugée s'attachant aux décisions étrangères. Ainsi Peter Barnett écrit-il dans la préface de son étude consacrée à la 'res judicata' que « as courts struggle with heavy caseloads, it is well to consider the extent to which foreign judgments generate preclusive effects sufficient to prevent repetitive litigation » (P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments. The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. ix).

<sup>144</sup> E. RIEZLER, *ac*, 1949, 452, n° 46 pose cette question.

<sup>145</sup> Il en va de même lorsque plusieurs Etats s'entendent pour rédiger des règles de compétence communes. Il ne paraît pas de bonne politique législative de limiter l'accès des justiciables aux tribunaux dans le seul but d'éviter d'éventuels conflits de procédures. Ce souci, légitime, ne doit pas être complètement ignoré, mais il peut y être donné suite par le biais d'autres techniques qu'une réduction drastique des fors disponibles.

<sup>146</sup> R. SCHÜTZE, *ac*, 1985, 178 ; du même, *lc*, *RebelsZ.*, 1967, (233), 248-249.



procédure au fond. En principe, la première ne vise qu'à un contrôle de la décision déjà rendue et non pas à permettre un nouveau procès sur le fond. La tendance générale à la simplification des conditions posées pour l'exécution des décisions étrangères, particulièrement dans le cadre de l'espace judiciaire européen,<sup>147</sup> vient également contredire l'image que donne M. Schütze d'une procédure onéreuse et exorbitante.

Au vrai, il ne fait pas de doute à notre sens que l'économie de procédure ne saurait s'accommoder d'une multiplication des instances portant sur le même litige.<sup>148</sup> On peut par contre accepter l'invitation de ce même auteur à mettre en balance l'impératif d'économie procédurale avec d'autres intérêts tout aussi légitimes. M. Schütze donne l'exemple d'une procédure étrangère dont la durée dépasse de loin le délai raisonnable. Dans une telle situation il est légitime de se demander si le souci d'éviter le gaspillage de ressources judiciaires ne doit pas s'incliner devant la nécessité de garantir à chacun une prompte et équitable justice (*infra*, n° 759 e.s.). La même question se pose à l'égard de l'autonomie de la volonté, qu'une condamnation de toute procédure concurrente peut mettre en péril (*infra*, n° 154 e.s.). En somme, on ne peut élever l'argument d'économie procédurale au rang d'obstacle absolu aux conflits de procédures. Tout comme l'harmonie de solutions, ce principe ne doit pas exclure la prise en considération d'autres impératifs. Nous aurons l'occasion au cours de cette étude d'évoquer à plusieurs reprises le difficile équilibre à établir entre le souci de prévenir les conflits de procédure et d'autres objectifs tout aussi légitimes.

**19. Les relations entre l'économie de procédures et l'harmonie des solutions** - L'harmonie des solutions et le souci de conservation des ressources judiciaires plaident contre les conflits de procédures. Ces deux principes ne se rejoignent toutefois pas complètement. Prenons l'exemple de la concurrence de procédures impliquant deux fors qui ne reconnaissent aucun effet aux jugements étrangers en l'absence de traité. Si ces pays ne sont liés par aucun traité, le risque de collision directe entre les décisions futures est exclu, et l'harmonie internationale n'est pas mise en péril.<sup>149</sup>

Il reste qu'une telle concurrence de procédures demeure regrettable parce qu'elle entraîne un gaspillage de ressources, même en l'absence de contradiction immédiate. L'impératif d'économie de procédure peut donc conduire à s'opposer aux procédures concurrentes même lorsque celles-ci laissent indifférente l'harmonie des solutions. On voit bien que les deux principes ne coïncident pas exactement. Selon les circonstances, un ordre juridique

<sup>147</sup> Sur la grande simplification de la procédure d'exequatur dans le Règlement 44/2001 et le caractère quasi-automatique de ce qui est devenu une simple formalité, v. G. A. L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *R.C.D.I.P.*, 2001, (601), 644-646. V. également le projet de règlement relatif au titre exécutoire européen et les remarques de M. ZILINSKY, "Grensoverschrijdende tenuitvoerlegging van vonnissen zonder hindernissen?", *W.P.N.R.*, 2002, n° 6497, 505-506.

<sup>148</sup> Parallèlement à l'économie de procédures, on a également invoqué l'argument d'*utilité* à l'encontre des conflits de procédures : ainsi, selon M. EKELMANS, le maintien de deux procédures concurrentes, n'est pas souhaitable parce que "l'une de ces procédures va se révéler inutile" : M. EKELMANS, "Note sur la litispendance internationale", *R.D.C.B.*, 1993, (1089), 1089. V. également Trib. Cantonal Vaudois, 12 mars 1983, *J. des T.*, 1983, III, 100 (le juge suspend l'instance engagée en second lieu en Suisse en notant que si la procédure française engagée antérieurement se termine par un jugement sur le fond, "le procès en suisse serait inutile" puisque le jugement français aura autorité de chose jugée en Suisse). Ce raisonnement participe de l'idée que les procédures concurrentes constituent un inutile gaspillage. Il suppose cependant que le fruit d'une procédure soit reconnu dans l'autre Etat, ce qui ne sera pas toujours le cas. L'utilité peut par ailleurs se révéler relative. Il est aisé pour une partie de dénoncer une procédure étrangère lorsqu'elle sait que seul son adversaire peut en bénéficier..

<sup>149</sup> Sauf bien entendu si l'on accepte que la coexistence de deux décisions contradictoires met en péril, ne fut-ce qu'abstraitement, l'idéal de sécurité juridique, *supra*, n° 12.



insistera plus sur l'une ou l'autre de ces considérations. La Cour de Justice fait par exemple du risque de contrariété de décisions le principe directeur de son interprétation de l'exception de litispendance européenne. La Cour a clairement dévoilé ses intentions en décidant que l'article 21 "vise à exclure, dans toute la mesure du possible, dès le départ, une situation telle que celle visée à l'article 27, alinéa 3, à savoir la non reconnaissance d'une décision en raison de son incompatibilité avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis".<sup>150</sup> Ce faisant la litispendance est élevée au rang d'instrument destiné à réaliser un espace judiciaire commun où aucune contrariété ne vient empêcher la libre circulation des jugements.

Cette attention quasi-exclusive pour l'harmonie (européenne) des décisions, qui se traduit par une interprétation extensive de la litispendance (*infra*, n° 480), cadre parfaitement avec l'esprit et la finalité de la Convention de Bruxelles. Le régime simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions mis en place par cette Convention ne saurait s'accommoder d'une quelconque contrariété de jugements. Même si la différence est difficile à cerner, il semble que les tribunaux anglais et américains mettent plutôt l'accent sur la nécessité d'éviter le gaspillage qu'entraîne la concurrence de procédures.<sup>151</sup> Dans un récent plaidoyer qu'il a livré contre la tolérance, au sein de l'espace judiciaire américain, des procédures concurrentes, *Martin Redish* semble ainsi se préoccuper principalement des considérations liées à l'économie de procédures, n'accordant qu'une attention subsidiaire à la contrariété de décisions.<sup>152</sup> Dans la majorité des cas, cette sensibilité différente n'aura aucune influence sur la solution apportée aux conflits de procédures. Retenons à ce stade que les deux principes, celui de l'économie de procédure et celui d'harmonie des solutions, ne coïncident pas nécessairement. Il faudra dès lors s'interroger sur les relations qu'ils entretiennent ainsi que sur leur éventuelle hiérarchie.

**20. Quelques arguments subsidiaires – l'abus de droit** - L'économie de procédures et l'idéal d'harmonie des solutions justifient que l'on se préoccupe des conflits de procédures. A ces deux justifications principales s'ajoutent quelques arguments subsidiaires, qui visent pour la plupart des situations spécifiques. A propos du plaideur qui tente simultanément sa chance devant les juridictions de plusieurs pays on a par exemple invoqué l'argument de l'*abus de droit*. Le comparatiste allemand *Riezler* dénonçait déjà comme étant "une chicane contraire à l'impératif de la procédure équitable" le fait pour une partie de saisir un juge d'un litige qu'il a déjà porté à la connaissance d'un autre juge.<sup>153</sup> Il est vrai que dans certains cas, la saisine du second juge peut s'apparenter à un abus caractérisé, par exemple lorsqu'une partie tente sa chance devant un deuxième tribunal parce qu'elle pressent que la première procédure n'aboutira pas au résultat

<sup>150</sup> C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik KG c. Giulio Palumbo*, affaire 144/86, *Rec.*, 1987, 4871, point 8 ; C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. c. New Hampshire Insurance Co.*, affaire C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3342, point 16 ; C.J.C.E., 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship 'Tatry' c. The owners of the Ship 'Maciej Rataj'*, affaire C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5460, point 32.

<sup>151</sup> En ce sens P. NYGH, *l.c.*, étude inédite pour le compte de l'ILA, 1-2.

<sup>152</sup> M. A. REDISH, *l.c.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), 1352-1355. Cette différence s'explique sans doute par l'existence de la *Full Faith and Credit Clause*, qui rend quasi impossible la naissance de décisions contradictoires au sein de l'espace judiciaire américain, puisque lorsqu'une procédure aboutit à une décision, celle-ci sera reconnue dans l'autre for et mettra fin à la procédure. L'évolution du droit européen vers une telle perméabilité similaire aux décisions étrangères (v. notamment l'allègement considérable de la procédure d'exequatur auquel procède le Règlement 44/2001) amènera peut être la Cour de Justice à modifier son interprétation.

<sup>153</sup> E. RIEZLER, *o.c.*, 1949, 452, § 46 ("eines mit dem Gebot ehrlicher Prozeßführung unvereinbaren schickens Verhalten, wenn der Kläger, der den Rechtsstreit schon bei einem Gericht des Staates Anhängig gemacht hat, denselben Streit auch vor ein Gericht des Staates B bringt"). V. également B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 1998, 446 (ces auteurs relèvent que "[...] l'indifférence à la litispendance internationale [...] favorise, au détriment du plaideur le moins fortuné, le plaideur le plus puissant et le plus chicanier [...]).

escompté. D'aucuns y voient une raison supplémentaire de condamner les procédures concurrentes.<sup>154</sup> On verra par la suite que l'argument de l'abus de droit - dans ses multiples variantes<sup>155</sup> - a souvent été utilisé, en l'absence d'autres instruments, pour dénoncer la concurrence de procédures (*infra*, n° 437).

On ne peut qu'approuver la condamnation de principe de l'abus de droit. Encore faut-il s'entendre sur une définition de ce concept pour le moins vague. Doit-on considérer toute procédure répétitive comme un abus ? Ou faut-il, comme le faisait déjà M. Riezler,<sup>156</sup> reconnaître qu'une partie peut avoir un intérêt légitime à saisir plusieurs juges ? Il est difficile de trancher de façon absolue, sans avoir égard aux circonstances particulières de chaque cause. La frontière entre le 'forum shopping', qui n'est au fond que la simple mise à profit par les justiciables du manque de coordination entre les ordres juridiques, et dont ceux-ci doivent s'accommoder, et l'abus caractérisé, ne se laisse pas facilement tracer. Il en est d'autant plus ainsi que la question de la coordination des procédures concurrentes sera souvent soulevée à un stade préliminaire, alors que bien des questions, et notamment celle de la compétence des juges ou d'une éventuelle prescription de l'action, seront encore en suspens. Il paraît alors difficile d'établir avec certitude qu'il y a bien abus dans le chef du double demandeur. On peut conclure provisoirement que dans certains cas exceptionnels, l'existence d'un abus avéré dans le chef d'une partie, viendra renforcer la présomption à l'encontre des procédures concurrentes, sans pouvoir toutefois la justifier à elle seule.<sup>157</sup>

21. **Argument subsidiaire (suite) - le bon voisinage interétatique** - Enfin les conflits de procédures pourraient selon M. HAU menacer les bonnes relations entre Etats.<sup>158</sup> Poussée à son paroxysme, l'opposition entre deux procédures a en effet dans des circonstances exceptionnelles donné lieu à de véritables confrontations entre tribunaux. L'affaire *Laker*, avec ses tribunaux qui se sont affrontés à coup d'injonctions et de contre injonctions et la nécessité de recourir au politique pour trancher le conflit, vient naturellement à l'esprit. Il semble que les années 1970 et 1980 aient été propices à ce type de conflits ouverts. C'est en tout cas à cette période que des juristes allemands ont forgé l'expression de 'conflit de justice' (*Justizkonflikt*), pour désigner la confrontation entre deux justices nationales.<sup>159</sup> Il faut cependant reconnaître que les conflits ouverts

<sup>154</sup> W. HAU, 54 (parle de "Schikaneverbot"). On peut rapprocher cet argument de la théorie de Vogel, qui en appelle pour justifier l'exception de litispendance internationale à l'absence d'intérêt ("Rechtsschutzbedürfnis") dans le chef du demandeur à la seconde action, v. O. VOGEL, "Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Rechtsverhältnis", *S.J.Z.*, 1990, (77), 77-78 et du même, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, Bern, Stämpfli Verlag, 1997, 210-211. V. les commentaires critiques de I. SCHWANDER, "Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al (éds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, (395), 398-403 ainsi que de J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 42-53.

<sup>155</sup> Ainsi dans la tradition de *common law* n'existe-t-il pas à notre connaissance de théorie générale de l'abus de droit. Il n'empêche que les tribunaux pourront sanctionner un justiciable dont ils estiment qu'il porte lui-même une part de responsabilité dans la situation qu'il dénonce (théorie des '*unclean hands*').

<sup>156</sup> E. RIEZLER, *ac*, 1949, 452, § 46. V. également la discussion par M. Reymond (J.-M. REYMOND, *ac*, 1991, 46-53) de l'existence ou non d'un intérêt à renouveler une procédure.

<sup>157</sup> En ce sens, W. HAU, 54, qui suggère une certaine réserve.

<sup>158</sup> W. HAU, 52-53. V. également en ce sens, A. L. STRAUSS, "Beyond National Law : The Neglected Role of The International Law of Personal Jurisdiction in Domestic Courts", *Harvard Int'l. L. J.*, 1995, (373), 419-420.

<sup>159</sup> V. par exemple P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin n° 97, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 47 p et R. STÜRNER, D. LANGER et Y. TANIGUCHI, *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, W. J. HABSCHIED (éd.), Bielefeld, Giesecking Verlag, 1986, 177 p. Mme. Maack fait très justement remarquer que les années 1990 ont vu l'apparition d'un nouveau type de 'Justizkonflikt', cette fois au sein de l'espace judiciaire européen. L'harmonisation des règles de compétence n'a pas

demeurent l'exception. Il est rare de voir des procédures concurrentes dégénérer au point d'appeler l'intervention du politique.<sup>160</sup> Au contraire, comme le constate M. Kegel, les Etats ne manifestent que peu d'intérêt pour les relations privées internationales.<sup>161</sup> Les frictions entre Etats provoquées par les conflits de procédures demeurent en réalité exceptionnelles et ne sont pas déterminantes pour se prononcer sur ces conflits.

**22. Premiers enseignements – rejet des conflits de procédures** - Au total, l'analyse de ces différents arguments nous apprend que les conflits de procédures sont "nocifs".<sup>162</sup> Cette analyse est d'ailleurs partagée par la majorité des auteurs – toutes juridictions confondues –, même si c'est bien souvent sans autre motivation.<sup>163</sup> On ne peut que souscrire au cri du cœur de M. Juenger qui s'exclamait – à propos de la reconnaissance des décisions étrangères – en 1988 que "If one lawsuit is bad, two are worse".<sup>164</sup> Les conflits de procédures sont néfastes pour les justiciables, pour les ordres juridiques nationaux considérés séparément ainsi que pour la communauté internationale dans son ensemble. Un juriste grec résumait ce constat en observant que

*"On ne saurait trop dire les inconvénients qui résultent de l'introduction parallèle de l'instance devant les tribunaux de plusieurs pays. Elle harcèle les parties en les obligeant à venir défendre leurs intérêts dans différents pays, elle surcharge sans raison les tribunaux de plusieurs Etats et elle peut, finalement, conduire à des jugements contradictoires".*<sup>165</sup>

Ce constat est universel. Il est difficile d'apercevoir pourquoi il en irait autrement dans les pays de *common law* – même si pour diverses raisons la sensibilité aux conflits de

---

en effet été sans provoquer de nombreuses frictions, en particulier du fait de l'existence de doctrines particulières en droit anglais, comme par exemple l'injonction *anti-suit* (M. MAACK, *Englische anti-suit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 25-33).

<sup>160</sup> Comp. avec la rareté des réclamations entre Etats à propos de la solution donnée par un Etat à une question de conflit de lois ou de juridiction. Sur cette question, *cons.* F. RIGAUD, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, 328-329 ainsi que BATHIFOL-LAGARDE, I, 1993, 3, note 2 et 36, n° 21. Adde C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993, 142-143.

<sup>161</sup> G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, München, Beck, 1995, 12 ("Privatrecht interessiert die Staaten wenig und deswegen hat sich hier auch kein faßbares Völkerrecht ausgebildet"). Dans le même sens, H. BATHIFOL et P. LAGARDE, I, 1993, 33, n° 21 ("Les Etats ont considéré depuis des siècles la plupart des questions de droit international privé comme ne mettant pas leurs intérêts en cause assez directement pour appeler leur intervention").

<sup>162</sup> Expression empruntée à B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 1998, 445.

<sup>163</sup> P. ex. C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu Legum Bunde opstellen aangeboden aan R.D. Kollwijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, (502), 505-506; G. BERMAN, *loc. cit.*, *Col. J. Trans.L.*, 1990, (589), 637 (selon qui "[...] the costs of parallel proceedings [...] are evil [...]"); M. EKELMANS, *loc. cit.*, *R.D.C.B.*, 1993, (1089), 1089; J. J. FAWCETT, "General Report", in *Determining Jurisdiction*, 1995, 67 ("Parallel proceedings at home and abroad are undesirable and should not be allowed to continue" et p. 27 : "It is widely accepted that it is undesirable to have a situation in which parallel proceedings, involving the same parties and the same cause of action, are continuing in two different States at the same time"); P. LAGARDE, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 155, n° 157 (selon qui "cette dualité d'instances ne peut qu'être défavorable à une bonne administration de la justice"); R. H. KREINDLER, *Transnational Litigation. A Basic Primer*, New York, Oceana Publications, 1994, 4 ("From the viewpoint of the judicial system [parallel proceedings] are highly inefficient and also bring about the danger of conflicting judgments"). V. également le préambule des Principes de Leuven/Londres de l'ILA déjà évoqués, qui souligne "les conséquences fâcheuses de la compétence concurrente de différentes juridictions et le risque de jugements inconciliables"; P. NYGH, « The Preliminary Draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters », in *International Conflict of Law for the Third Millennium Essays in Honor of F. K. Juenger*, P. BORCHERS et J. ZEKOLL, (éds.), NY, Transnational Publishers, 2001, (261), 287 ("[...] parallel litigation is clearly undesirable. Apart from the unseemly race to judgment, it also imposes unnecessary burdens and costs on the parties").

<sup>164</sup> F. K. JUENGER, *loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 1988, (1), 3.

<sup>165</sup> CH. FRAGISTAS, *loc. cit.*, in *Aktuelle Probleme des internationalen Rechts*, Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA, Band I, Berlin, 1957, (102), 120.

procédures est peut être moins développée en droit anglais ou américain.<sup>166</sup> A cette différence de sensibilité s'ajoute l'existence d'autres objectifs de politique législative, tout aussi légitimes, dont la réalisation peut aller à l'encontre d'un règlement des conflits de procédures. Dans certaines circonstances, un Etat pourra ainsi estimer nécessaire de passer outre les inconvénients liés aux conflits de procédure parce qu'il juge impératif que ses tribunaux prennent connaissance du litige nonobstant la saisine concurrente d'un juge étranger.

Il se peut également que le 'prix' à payer pour régler les conflits de procédures soit trop élevé.<sup>167</sup> Certaines solutions peuvent par leur généralité ou leur automatisme, entraîner à leur tour des conséquences peu souhaitables. On pense par exemple à la véritable course au for qu'entraîne la règle de litispendance quasi-automatique des Conventions de Bruxelles et de Lugano (*infra*, n° 636 e.s.).

Au total, il faut donc nuancer l'objectif ultime assigné à cette étude. L'harmonie des solutions et le souci d'économie de procédure justifient l'angle d'approche primaire, qui vise à prévenir ou du moins à régler dans la mesure du possible les conflits de procédures. Une élimination systématique de ces conflits semble cependant utopique. D'autres considérations, qui tiennent à la fois aux objectifs pluriels assignés aux règles de procédure internationale et aux inconvénients liés à certains mécanismes de solution imposent une certaine modération de l'ambition. L'objectif de coordination internationale ne saurait être absolu. Il devra parfois s'effacer devant d'autres considérations. Entre le noir et le blanc, ce sont dès lors les teintes grises qui vont dominer.

Il en est d'autant plus ainsi que la disparition des conflits de procédures n'est pas un objectif à la portée du seul législateur national. La réalisation de cet objectif suppose en effet une coordination de l'activité des Etats, et donc, dans une certaine mesure, une perte de leur indépendance. C'est ce qu'on va apercevoir en abordant la question de la *méthode*.

**23. Réflexions sur la méthode – (1) Nécessité d'une coordination internationale** – Le constat de la 'nocivité' des conflits de procédure ne nous éclaire pas sur la méthode à suivre pour les appréhender. Cette méthode sera d'abord dictée par la dimension proprement *internationale* du sujet. Dans l'ordre juridique interne, la concurrence de procédures, que les règles de compétence n'excluent nullement, peut être appréhendée dans sa totalité par l'œuvre du seul législateur national. Lorsqu'il acquiert une dimension internationale, le conflit de procédures échappe à l'emprise exclusive de

<sup>166</sup> Pour le droit américain, on pense par exemple aux considérations liées aux nécessités du fédéralisme, *infra*, n° 341. Dans certains domaines particuliers, le droit américain a toutefois expressément manifesté son intention d'enrayer les conflits de procédures. On pense par exemple au contentieux familial, avec le *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* proposé par la NCCUSL en 1968 et adopté par les 50 Etats. L'article 1 dispose que le but de la législation modèle est de "avoid jurisdictional competition and conflict with courts of other states" en matière de mesure de protection des enfants. L'acte contient d'ailleurs une règle de litispendance basée sur la priorité temporelle de saisine, art. 6 – le commentaire mentionne expressément la "policy against simultaneous custody proceedings". V. dernièrement la prise de position radicale de M. A. REDISH (*loc. cit.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, 1347-1375) qui suggère de mettre fin à la politique de tolérance, à l'intérieur du système fédéral américain, des procédures concurrentes. Les arguments qu'il invoque à l'encontre des conflits de procédures peuvent, *mutatis mutandis*, être extrapolés à la sphère internationale.

<sup>167</sup> On peut comprendre en ce sens la remarque de M. Weintraub, qui explique que "[p]arallel proceedings in different countries not in the same union or community should be permitted to proceed, absent some indication of vexatiousness or harassment. Attempts to prevent such litigation [...] are likely to create more problem than they solve" (*loc. cit.*, in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sacred Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, (213), 234).

ce dernier. Tout au plus un Etat peut-il en effet dicter à ses propres tribunaux quelle attitude adopter pour la seule procédure dont ils sont saisi. Pour méritoires qu'ils soient, les efforts des ordres juridiques nationaux ne parviendront pas à appréhender la totalité du phénomène. Bref, le constat de la nocivité de la concurrence de procédures se heurte, comme bien d'autres questions du droit international privé,<sup>168</sup> à l'indépendance des ordres juridiques nationaux.

A défaut d'autorité supranationale,<sup>169</sup> le règlement des conflits de procédures repose d'abord et avant tout sur la *conjugaison* des efforts des ordres juridiques nationaux. La simple juxtaposition de règles nationales n'est toutefois qu'une solution d'appoint. Un règlement efficace des conflits de procédures ne saurait se passer d'une action concertée des Etats. Se dessine ainsi un deuxième thème de cette étude, qui est celui de la *coordination*, comprise non plus comme l'entreprise de règlement des conflits de procédures, mais bien comme visant la concertation de l'action des différents Etats à cette fin. Au vrai, on peut distinguer deux variantes de la coordination, qui offriront chacune une part du matériau brut qui formera la trame de cette étude.

La coordination 'idéale' est celle qui consiste pour plusieurs Etats à se mettre d'accord sur une méthode de règlement des conflits de procédures. Le droit comparé offre de nombreux exemples d'accords, de conventions ou autres traités prévoyant une solution à la concurrence de procédures se déployant dans plusieurs Etats. Les Conventions de La Haye viennent immédiatement à l'esprit, qui prévoient généralement un mécanisme de solution à ce sujet. Parmi les conventions les plus récentes, on citera les conventions 'jumelles' de 1996 sur la protection des enfants et de 1999 sur la protection des adultes, qui prévoient toutes deux un mécanisme original alliant une mesure de *forum non conveniens* à une tentative de coopération directe entre tribunaux. Les travaux en cours portant sur une convention à vocation mondiale relative à la compétence et à l'effet des jugements étrangers en matière civile et commerciale prévoient également des dispositions particulières visant spécifiquement les conflits de procédures.

A côté des efforts entrepris à La Haye, on doit également signaler l'importante contribution de l'Union Européenne à la matière des conflits de procédures. Les Conventions dites de Bruxelles<sup>170</sup> et de Bruxelles II, ainsi que les règlements qui les remplacent – sans oublier la Convention de Lugano<sup>171</sup> – tentent d'appréhender les conflits de procédure intra européens en accordant systématiquement la priorité au juge premier saisi. L'espace judiciaire européen constitue ainsi un terrain d'expérimentation fertile pour la résolution des conflits de procédures.<sup>172</sup>

<sup>168</sup> Comme on l'a expliqué, les limitations inhérentes à toute solution nationale justifie les tentatives d'adopter une perspective « externe » pour résoudre les questions de droit international privé, que ce soit, comme on l'envisageait à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, en déduisant les solutions du droit international ou des principes généraux communs aux nations 'civilisées', ou, plus modestement, en s'efforçant de favoriser la conclusion de traités internationaux, méthode qui s'est imposée au 20<sup>ème</sup> siècle, v. les réflexions de N. HATZIMIHAIL, *l.c.*, *Ann. Anciens Académie La Haye*, 2000, (57), 63-63.

<sup>169</sup> Sur l'inexistence d'une juridiction internationale de droit privé, cf. *infra* n° 662 e.s.

<sup>170</sup> Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968, telle qu'amendée, *J.O.C.E.* 1998, C-27/1 (version consolidée après la Convention d'Accession de 1996).

<sup>171</sup> Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de Lugano, 16 septembre 1988, *J.O.C.E.* 1988, L-319/9.

<sup>172</sup> Ce qui ne va pas sans poser des problèmes d'adaptation pour certains Etats membres, en particulier le Royaume-Uni dont les tribunaux se montrent parfois réticents à appliquer les solutions européennes dans toute leur rigueur. Il faut dire que le fossé entre les règles traditionnellement retenues en droit anglais pour résoudre les conflits de procédures, toutes en souplesse et en nuances, et la règle européenne est important, à tel point qu'on

Au total, on ne peut que constater l'ampleur de l'effort entrepris par la communauté des Etats pour faire avancer l'idéal d'une solution coordonnée des procédures concurrentes.<sup>173</sup> La convention internationale, le règlement européen ou tout autre mécanisme réunissant plusieurs Etats constitue bien entendu la solution *privilegiée* des conflits de procédures. Cette méthode emporte notre préférence, en ce qu'elle est mieux à même d'appréhender ces conflits, phénomène qui intéresse directement et nécessairement plusieurs Etats. C'est donc logiquement vers une solution *concertée* que s'orienteront nos recherches.

**24. Réflexions sur la méthode – (2) La coordination nationale, solution subsidiaire inévitable et nécessité d'une approche comparée** – Il faut cependant constater avec *M. Miaja de la Muela* que les Etats hésitent souvent à s'engager sur la voie conventionnelle pour régler les conflits de juridiction, sauf lorsqu'ils possèdent une tradition juridique commune.<sup>174</sup> Les accords diplomatiques sont généralement laborieux à négocier – ce que montre l'incertitude qui pèse sur les travaux en cours à La Haye. Ils sont d'autant plus difficiles à conclure lorsque les pays concernés ne possèdent pas de culture juridique commune.<sup>175</sup> Un grand nombre de conflits de procédure échappent ainsi et échapperont sans doute dans le futur à toute solution internationale. Le caractère fragmentaire des règlements véritablement internationaux visant les conflits de procédure oblige à considérer également les solutions dégagées par les différents Etats. Dans l'état actuel des relations internationales, il revient en effet encore souvent aux juridictions nationales d'organiser eux-mêmes l'articulation des systèmes. C'est ce que reconnaît en substance *M. Mayer*, qui écrit que

“Comme aucune autorité supra-nationale n'est compétente pour répartir les litiges entre les divers ordres juridictionnels, chaque Etat doit tenter pour son propre compte de pallier cette carence”.<sup>176</sup>

A défaut d'une solution conventionnelle, chaque Etat devra décider lui-même quelle solution il entend apporter aux conflits de procédures auxquels ses tribunaux sont confrontés.<sup>177</sup> On comprend dès lors que nos investigations ne se limiteront pas aux règles prévues dans les conventions et traités, mais aborderont également le droit

---

a vu des plaideurs engager des poursuites en Angleterre quelques jours à peine avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles dans ce pays pour échapper à son application, v. *Irish Shipping Ltd. v Commercial Union Assurance Co Plc*, [1991] 2 QB 206, [1989] 3 All ER 853, [1990] 2 W.L.R. 117, [1989] 2 Lloyd's Rep. 144 (C.A.) (procédure engagée en Angleterre le 29 décembre 1986, soit deux jours avant l'entrée en vigueur du Civil Jurisdiction and Judgments Act de 1982!).

<sup>173</sup> Ces efforts sont d'ailleurs appuyés par la meilleure doctrine. Ainsi l'International Law Association a-t-elle récemment suggéré l'adoption de principes nouveaux pour régler la question des procédures concurrentes, v. les Principes sur le dessaisissement des tribunaux et le renvoi des instances à des juridictions étrangères en matière civile et commerciale, adopté par l'association lors de sa réunion de Londres en juillet 2000, paru in *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, 167 e.s., avec le rapport explicatif établi par C. MCLACHLAN, “Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation”, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, 137-166.

<sup>174</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, “Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international”, *Recueil des cours*, 1972-I, t. 135, (1), 28-29.

<sup>175</sup> Même lorsqu'il s'agit de pays aux traditions apparentées, les négociations peuvent buter sur d'autres obstacles comme le prouve l'échec de la tentative anglo-américaine de conclure une convention portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. Sur cette tentative, v. *infra* n° 104 et la note.

<sup>176</sup> P. MAYER, 1998, 282, n° 434.

<sup>177</sup> Sur l'importance des sources internes en droit international privé et les raisons qui expliquent leur développement, v. BATIFFOL-LAGARDE, I, 1993, 31-36, n° 20-24.

commun des Etats. La coordination est alors envisagée sous son aspect 'unilatéral', à savoir comme l'effort entrepris par chaque Etat isolément pour apporter une réponse au pan du conflit de procédures qui le concerne directement.<sup>178</sup> Cette coordination est bien entendu beaucoup plus aléatoire puisqu'on ne pourra parler de réussite que lorsque la juxtaposition de solutions nationales aboutit à résoudre le conflit de procédures.<sup>179</sup>

C'est ici que la méthode comparative, dont M. *Batiffol* écrivait qu'elle est "postulée au fond par le caractère international des relations étudiées",<sup>180</sup> révèle son utilité - et que se justifie le sous-titre de cette étude. Cette méthode, qui est en quelque sorte la seule forme de recherche expérimentale accessible au juriste, permettra de confronter les solutions adoptées par différents Etats pour en évaluer l'efficacité et la légitimité. Pour reprendre le programme, ambitieux, de MM. *Batiffol* et *Lagarde*, cette étude cherchera « à démêler les causes de la diversité des solutions, à apprécier l'adaptation de celles-ci aux problèmes à résoudre et à étudier dans quelle mesure l'identité des problèmes permet d'envisager une unification, ou au moins un rapprochement, des règles et dans quel sens ».<sup>181</sup>

La comparaison des pratiques nationales est sans doute la mieux à même de rendre compte d'un phénomène qui par essence touche plusieurs ordres juridiques. Les questions classiques du droit international privé que sont la détermination du droit applicable et la compétence d'un tribunal, postulent certes l'existence d'un élément international. Il est cependant permis de penser que le conflit de procédures élève la dimension internationale de la relation à un niveau supérieur, puisqu'il procède de la

<sup>178</sup> En sachant bien que si plusieurs Etats venaient à adopter, de leur propre mouvement, une règle identique, la coordination unilatérale donnerait autant satisfaction qu'une approche coordonnée des Etats. C'est pourquoi l'étude du droit comparé a également comme but de mettre en relief les avantages et inconvénients des solutions nationales dans l'espoir que l'une d'entre elles puisse convaincre la majorité des Etats. Ainsi si tous les Etats avaient donné suite à l'appel formulé au 19<sup>ème</sup> siècle par l'Institut de Droit International, qui dans une résolution adoptée en 1898 encourageait les Etats à adopter une règle de litispendance pour les litiges internationaux, on peut penser que la présente étude aurait perdu une grande partie de son importance (cette résolution a été publiée in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Ed. nouvelle abrégée 1928, Bruxelles/Paris, Falk/Pedone, 1928, 365). Il ne semble pas que l'Institut se soit penché depuis lors à nouveau penché sur la question. Le programme d'activités du prestigieux cénacle mentionne toutefois qu'une commission, sous la direction de M. Lawrence Collins, réfléchit actuellement à la doctrine du *forum non conveniens*.

<sup>179</sup> Entendons-nous bien. L'étude des droits nationaux envisagée ici se comprend d'une analyse des règles nationales relatives aux conflits de procédures à dimension internationale. Il ne saurait être question de passer en revue les règles nationales à usage purement interne. Il faut d'ailleurs se garder de vouloir transposer ces règles dans la sphère internationale, comme le proposait Tobias Asser au siècle dernier. L'internationaliste néerlandais suggérait d'avoir recours "[...] pour parer aux inconvénients [des conflits de procédure] aux mêmes moyens que lorsqu'il y a plusieurs tribunaux compétents dans le même pays" (T. M. C. Asser, *ac* 1884, 153). Et ASSER de citer à cet égard l'exception de litispendance. Si l'on ne peut exclure de trouver inspiration dans la pratique interne des Etats, il faut cependant reconnaître que le caractère international des conflits étudiés met un bémol à la possibilité d'invoquer systématiquement les règles de droit interne. Comme l'écrit M. Mayer, "ces solutions ne peuvent être automatiquement transposées aux conflits internationaux, dont la nature est absolument originale" (P. MAYER, 1998, 281, n° 434. Et l'auteur d'ajouter que "L'exception de litispendance dans les rapports internationaux n'a que peu de chose en commun avec l'exception de litispendance que connaît le droit interne", 284, n° 442.)

<sup>180</sup> *Aspects philosophiques du droit international privé*, *oc*, 1956, 15. V. du même, "Les apports du droit comparé au droit international privé", in *Livre du centenaire de la Société de Législation comparée*, Agen, Imprimerie Moderne, 1969, 131 e.s., reproduit dans *Choix d'Articles...*, *ac*, Paris, LGDJ, 1976, 113-123.

En général sur la méthode comparative en droit international privé, v. PH. FRANCESKAKIS, "Droit international privé comparé", in *Répertoire Dalloz Droit International*, I, 1968 et plus récemment, F. K. JUENGER, « The Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problem », *Tulane L. Rev.*, 1999, 1309 e.s. ainsi que B. FAUVARQUE-COSSON, « Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple », *Am J. Comp. L.*, 2001, 407-428.

<sup>181</sup> BATIFFOL et LAGARDE, I, 1993, 35, n° 23.



confrontation *directe*, et non plus seulement potentielle, entre deux ordres juridiques.<sup>182</sup> On ne saurait donc examiner ce phénomène sans se pencher sur la réaction des deux Etats impliqués.<sup>183</sup>

Une grande partie de la matière première de cette étude a dès lors été récoltée dans différents droit nationaux. La sélection de cette matière première, nécessairement arbitraire, tient avant tout aux limitations linguistiques et matérielles affectant la recherche. Elle s'explique également par les destinations qui ont accueilli l'auteur pendant son travail. Au delà de ces contraintes de nature diverse, le choix s'est porté sur des systèmes dont on pouvait présumer que leur comparaison permettrait d'enrichir le débat. La confrontation entre les systèmes de droit civil et de *common law* s'est ainsi imposée naturellement, tant il est vrai que ces deux traditions s'opposent non seulement sur les *mécanismes* qu'ils privilégient pour régler les conflits de procédure, mais également sur les *objectifs* qu'ils semblent poursuivre. Au sein de la tradition continentale, l'étude des droits belge, français et allemand a paru fournir un échantillon représentatif de la pratique des tribunaux civils. Les droits anglais et américains d'autre part, parfois éloignés, parfois similaires, constituent les deux exemples des tendances animant les juridictions de *common law* qui ont retenu notre attention.

Voilà posé le cadre de cette étude, qui s'articulera autour d'une double recherche où la coordination proprement internationale, solution privilégiée, devra parfois céder le pas à un effort purement national. Si la matière ainsi délimitée est vaste, c'est à dessein. L'ampleur de la réflexion permettra, croyons-nous, non seulement d'enrichir le droit comparé – c'est là la première ambition de cette étude –, mais aussi de dresser le profil d'une ou de plusieurs solutions privilégiées. On comprendra en effet qu'il n'est pas réaliste de vouloir suggérer une solution unique et uniforme aux conflits de procédures. Si mécanisme de solution il y a, il devra s'adapter aux contextes dans lesquels il est appelé à évoluer. Ainsi la solution pourra être différente selon qu'elle s'intègre dans une convention internationale ou fait au contraire partie du droit commun d'un Etat. Dans une note écrite en 1891, un auteur anglais constatait déjà que “[l]es règles sur lesquelles se guident les Cours des divers pays, dans le cas où est soulevée une exception de litispendance [internationale] sont assez différentes”.<sup>184</sup> Nous ne prétendons pas vouloir mettre à tout prix fin à ces particularismes. En étudier et présenter les conséquences suffira déjà largement à occuper le lecteur au-delà du raisonnable.

**25. Plan de l'étude** - Au terme de ce chapitre préliminaire, il convient de mesurer le chemin parcouru et d'annoncer les développements ultérieurs. Le but assigné à cette étude est d'examiner les conflits de procédures dans le contentieux international privé. Il a d'abord fallu préciser les termes de l'étude en expliquant ce que nous entendons par conflits de procédures. L'élucidation du concept a été l'occasion de dégager les deux conditions nécessaires à la réalisation d'une concurrence de procédures, à savoir l'existence d'une pluralité de fors pour le même litige ainsi que l'intérêt que représente le for dans la résolution des litiges internationaux. L'étape suivante a permis d'explicitier le

<sup>182</sup> En ce sens également P. MAYER, 1998, 282, n° 434, l'auteur fait observer que le conflit de procédures est « plus aigu » que le 'simple' conflit de lois ou de juridictions, puisque l'Etat, en se saisissant d'une cause, envisage d'apporter une solution concrète au cas individuel alors qu'il se contente d'énoncer le modèle abstrait des solutions qui lui paraissent opportunes pour les autres conflits.

<sup>183</sup> Idéalement, le chercheur devrait, pour chaque affaire étudiée, présenter la solution adoptée par les deux ordres juridiques concernés. On comprendra qu'une telle recherche se heurte à de nombreux obstacles, dont le défaut de publication des décisions n'est pas le moindre.

<sup>184</sup> H. H. PHEAR, "De l'exception de litispendance à raison d'une instance pendante devant un tribunal étranger d'après la jurisprudence anglaise", *J.D.I.*, 1891, (459), 459.



*postulat de nocivité* des conflits de procédures. Pour ce faire, il a été fait appel à deux axiomes, fondamentaux croyons-nous, des relations internationales, l'harmonie des solutions d'une part et l'économie de procédures d'autre part. L'analyse de ces deux principes a également permis de tracer les limites du constat de nocivité. Il a fallu ensuite se pencher sur la *méthode* et constater que si le règlement des conflits par la voie concertée emportait la faveur, on ne pouvait d'emblée exclure la nécessité de solutions proprement nationales. Ce constat nous amène à distinguer deux pistes de réflexion : dans une première partie, nous nous interrogerons sur la possibilité de *prévenir* les conflits de procédures. Devant les limites de cette entreprise de prévention, la seconde partie sera consacrée à l'examen des mécanismes de *résolution* de ces conflits.

## PREMIÈRE PARTIE

### LA PRÉVENTION DES CONFLITS DE PROCÉDURES



## INTRODUCTION

26. **Les causes plurielles des conflits de procédure** - Les conflits de procédures ne peuvent être tolérés. Avant d'envisager les différents remèdes susceptibles d'apporter une solution à la concurrence de procédures une fois celle-ci avérée, il semble de bonne politique de tenter de *prévenir* l'existence même d'une telle concurrence. Ce n'est qu'une fois dégagées les limites de l'effort de prévention qu'il faudra s'interroger sur les modes de règlement des conflits de procédures.

La prévention des conflits de procédure doit nécessairement s'attaquer aux causes du phénomène. Celles-ci ont été dégagées dans l'introduction de cette étude (*supra*, n° 3 e.s.). On se rappellera que les procédures concurrentes ne se conçoivent pas sans une pluralité de fors disponibles pour le même litige. A côté du rôle fondamental joué par les règles de compétence, on a également souligné l'influence qu'exerce le for dans la solution des litiges internationaux.

Si l'on se donne comme objectif de prévenir les conflits de procédures, il faut dès lors s'attaquer par priorité aux règles de compétence ainsi qu'à l'attraction qu'exerce le for sur les parties. Seul le premier de ces éléments retiendra toutefois notre attention. Encore faut-il expliquer pourquoi.

27. **Limites de la prévention des conflits de procédures par la neutralisation du pouvoir d'attraction des fors** - Le caractère décisif du for dans la résolution des litiges internationaux constitue sans nul doute l'une des explications de l'apparition de procédures concurrentes.<sup>185</sup> Une politique de prévention des conflits de procédures doit dès lors se pencher sur le pouvoir d'attraction du for. On conviendra toutefois aisément qu'il s'agit là d'un travail de longue haleine, dont on pressent qu'il ne peut guère atteindre la perfection. Il paraît en effet irréaliste de prétendre pouvoir neutraliser l'influence du for sur le litige international.

Point n'est besoin de démontrer de manière systématique l'impossibilité d'éliminer les différences qui expliquent le pouvoir d'attraction - ou de répulsion - de certains fors. Une telle élimination n'est en effet pas concevable sans une unification complète du droit dans tous ses aspects, qui n'est ni réalisable, ni d'ailleurs souhaitable. Ces différences portent en effet sur tous les domaines du droit et ne se limitent assurément pas aux seules règles de droit international privé. Elles ne concernent d'ailleurs pas seulement les règles juridiques, mais embrassent aussi ce que la doctrine allemande appelle le '*Rechtsklima*'.<sup>186</sup>

Ainsi pour reprendre l'exemple de l'affaire *de Dampierre* déjà évoquée, il aurait fallu pour que le choix du for n'ait en l'espèce aucune conséquence sur le résultat du litige, que les droits anglais et français adoptent la même règle de conflit pour le divorce entre époux de même nationalité, et que les tribunaux concurrentement saisis appliquent le droit national ainsi désigné de la même façon. En outre, on a vu que la possibilité de faire exécuter une éventuelle décision sur la maison des époux située en Angleterre n'était pas étrangère à la

<sup>185</sup> Outre les études déjà citées, on consultera C. WASSERSTEIN FASSBERG, « The Forum, Its Role and Significance in Choice of Law », *Z. ugl. R. W.*, 1985, 1-44.

<sup>186</sup> R. GEIMER, 1997, 29, n° 96 ("Unabhängig von allen Unterschieden in der (positivrechtlichen) Ausgestaltung der Gerichtsverfassung und das Verfahrens ist für den Ausgang eines Prozesses ganz entscheidend das 'Rechtsklima' im Forumstaat"), et sur ce thème également dans le même ouvrage, p. 308, n° 1102.

décision de l'épouse de porter sa demande devant les juges anglais. Or aucun effort d'unification, aussi poussé soit-il, n'aurait pu modifier cet état des choses. On voit bien qu'il est pour le moins difficile de prétendre escamoter l'influence qu'exerce le for sur la solution présumée du litige et donc sur la tentation dans le chef des parties d'engager des procédures concurrentes.

**28. Limites de la prévention des conflits de procédures par la neutralisation du pouvoir d'attraction des fors (suite)** - Ce n'est pas que l'effort de prévention et l'harmonisation des systèmes qu'il entraîne ne soit pas louable ou souhaitable.<sup>187</sup> Au contraire, un tel effort permettra à notre sens d'augmenter la sécurité juridique, de faciliter le travail des juristes impliqués dans des opérations internationales, et sans doute également d'accroître même le nombre de ces opérations en diminuant les risques juridiques liés à l'internationalité du contrat.<sup>188</sup> A ce titre, le rôle du droit uniforme, qu'il porte sur les règles de conflit ou sur le droit matériel, doit être rappelé - sans que cette unification ne fasse oublier l'importance de l'unification informelle.

Toutefois il nous semble impossible de prétendre arriver à une neutralisation complète et absolue du for. Tout au plus les règles uniformes pourront-elles réfréner quelque peu les ardeurs procédurales des parties.<sup>189</sup> Il nous apparaît dès lors plus judicieux de concentrer les investigations sur cette autre cause des conflits de procédures que constitue la pluralité des fors offerts aux justiciables pour un même litige. L'étude des règles de compétence en

<sup>187</sup> Encore que certains doutent fortement de la valeur de l'unification des règles de conflit. M. Heuzé s'est par exemple récemment attaché à démontrer, sans craindre d'utiliser un ton plus que polémique, que le droit uniforme souffre d'"infirmités congénitales" (V. HEUZÉ, "De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *R.C.D.I.P.*, 2000, 595-639). D'autres critiquent les moyens retenus pour parvenir à l'uniformisation (p. ex. Y. LEQUETTE, "De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel", in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, 245-263, v. également du même, "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", *Recueil des cours*, 1994, t. 246, 9-234, spéc. 19-50 (où l'auteur s'étonne que "la colonne du passif reste toujours miraculeusement vide" lorsqu'il s'agit de faire le bilan du droit conventionnel, p. 21 et entreprend dès lors de dresser "un authentique bilan de l'unification du droit international privé par voie conventionnelle", p. 23). Une certaine doctrine ne partage d'ailleurs l'enthousiasme général pour le droit uniforme. Pour la contestation de la légitimité même de l'uniformisation, v. P. LEGRAND, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 162 p. et "Counterpoint : Law is Also Culture", in *The Unification of International Commercial Law*, F. FERRARI (éd.), Baden-Baden, Nomos ; 1998, 245-255 et de manière générale P. LEGRAND, "European Legal Systems are not Converging", *I.C.L.Q.*, 1996, 52-81. Le débat sur l'utilité du droit uniforme fait également rage dans la littérature anglaise, v. p. ex. J. S. HOBHOUSE, "International Conventions and Commercial Law : The Pursuit of Uniformity", *L.Q.R.*, 1990, 530-535 et la réponse de M. EVANS, "Uniform Law : A Bridge too Far ?", *Tulane J. Int'l & Comp. L.*, 1994, 145-159, spéc. 146-155. V. également P. B. STEPHAN, "The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law", *Virginia J. Int'l L.*, 1999, 743-797.

D'autres auteurs ont émis des doutes sur la pertinence et l'efficacité des conventions internationales portant règles uniformes pour atteindre le but de l'uniformité, sans mettre en doute ce but en lui-même, p. ex. à propos de la Convention de Vienne sur la vente internationale : A. ROSETT, "Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Ohio State Law Journal*, 1994, 265 e.s.; J. E. BAILEY, "Facing the Truth : Seeing the Convention on Contracts for the International Sale of Goods as an Obstacle to a Uniform Law of International Sales", *Cornell Int'l L.J.*, 1999, 274-317; L. M. RYAN, "The Convention on Contracts for the International Sales of Goods : Divergent Interpretations", *Tulane J. Int'l & Comp. L.*, 1995, 99-118 et S. WALT, "Novelty and the Risks of Uniform Sales Law", *Virginia J. Int'l L.*, 1999, 671-705.

<sup>188</sup> Pour une présentation du droit commercial international centré sur la notion de risque, v. R. A. BRAND, *Fundamentals of International Business Transactions*, Law Haye, Kluwer Law International, 2000, 1400 p.

<sup>189</sup> Paradoxalement, la promulgation de règles uniformes pourrait même dans un premier temps contribuer à favoriser le développement de procédures contradictoires, parce que ces règles diminueraient le risque inhérent à un procès à l'étranger, tout en mettant en relief, par effet de contraste, les possibilités qu'offrent aux justiciables les différences qui subsistent entre droits nationaux. Pour une analyse des relations entre forum shopping et unification du droit, v. F. FERRARI, « Forum Shopping trotz internationalen Einheitssachrechtskonventionen », *R.I.W.*, 2002, 169-179, également paru in *I.C.L.Q.*, 2002, 689-708 et in *J.D.I.*, 2002, 383-408.

général, et de leur rôle dans la prévention des conflits de procédures en particulier, outre qu'elle se situe plus dans la ligne de nos compétences, a le mérite de ne pas entraîner le lecteur dans des questions qui sont finalement bien éloignées des conflits de juridiction.

29. **Plan** – Ce sont dès lors les règles de compétence qui retiendront notre attention dans cette première partie. Il faudra d'abord s'interroger sur la possibilité de réduire la concurrence de fors en faisant appel à la théorie générale des conflits de juridictions (Titre I). On examinera ensuite le rôle de l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédures (Titre II).



**TITRE I**  
**LES RÈGLES DE COMPÉTENCE EN GÉNÉRAL**



## INTRODUCTION

30. Lien entre conflits de procédures et règles de compétence - Les conflits de procédures ne se conçoivent pas en l'absence d'une pluralité de fors disponibles pour le même litige. Le lien entre ces deux données relève de l'évidence.

On peut l'illustrer en évoquant les réformes successives en droit anglais des règles de compétence internationale en matière de divorce. Classiquement, les tribunaux anglais ne se reconnaissaient compétence que lorsque les époux étaient domiciliés en Angleterre.<sup>190</sup> Cette conception, fort restrictive au regard du droit commun anglais fondé sur la signification en Angleterre de la citation au défendeur, n'allait pas sans poser problème, par exemple lorsqu'un long séjour à l'étranger avait fait perdre aux époux leur 'domicile' en Angleterre.<sup>191</sup> Il en était d'autant plus ainsi pour l'épouse, à qui le mariage attribuait un domicile dérivé - le '*dependent domicile*' - qui correspondait à celui de l'époux. En cas de séparation cette règle lui imposait de porter sa cause devant le juge du domicile de son époux! Le législateur anglais est intervenu à plusieurs reprises pour pallier les difficultés nées de la règle du domicile.<sup>192</sup>

L'élargissement progressif de la compétence du juge anglais auquel le législateur procéda ne serait pas d'un grand intérêt pour cette étude s'il n'avait pas dans le même temps semé les germes de conflits de procédures à venir, conflits que la règle du domicile en vigueur à l'origine rendait peu probable. Comme un juge australien le fit observer plus tard, "lorsque le domicile du mari constituait le fondement de la compétence internationale en matière de divorce, il n'était pas souvent donné aux juges de se pencher sur le problème qui naît lorsque le tribunal du for et un tribunal étranger sont chacun compétents pour entendre une demande de divorce entre les mêmes parties".<sup>193</sup>

La première intervention du législateur anglais fut somme toute assez modeste : une loi de 1950 autorisa l'épouse à saisir les tribunaux anglais même lorsque l'époux était domicilié à l'étranger, malgré qu'elle était présumée y être également domiciliée, dès lors qu'elle résidait en Angleterre depuis au moins 3 ans.<sup>194</sup> Cette législation ne prévoyait pas encore de disposition particulière visant les conflits de procédures, les occasions de

<sup>190</sup> L'arrêt fondateur a été rendu en 1895 par le Privy Council : *Le Mesurier v Le Mesurier*, [1895] AC 517 (P.C.) et les commentaires de J. H. C. MORRIS, *Cases on Private International Law*, 4<sup>ème</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1968, 117-118. Sur les règles de compétence avant 1973, v. P. M. NORTH, *The Private International Law of Matrimonial Causes in the British Isles and the Republic of Ireland*, Amsterdam, North-Holland Publishing Comp., 1977, 24-28.

<sup>191</sup> Sur le concept de 'domicile' en droit international privé anglais, v. p. ex. H. MUIR WATT, "Note sur l'évolution de la conception de domicile au Royaume-Uni", *R.C.D.I.P.*, 1988, 403-408 (à propos d'une proposition de réforme formulée par la *Law Commission* en 1987).

<sup>192</sup> La compétence exclusive du juge du domicile s'expliquait à l'origine par le statut particulier des actions d'état : dans la logique, toute particulière, de la *common law* les actions d'états étaient en effet réputées être des actions *in rem* et les jugements touchant à l'état des personnes étaient donc des jugements 'in rem'. La fiction qui consistait à voir dans le mariage une 'res' localisée au domicile des époux, n'a plus aujourd'hui de pertinence dans la détermination de la compétence internationale, v. en Angleterre, CHESHIRE et NORTH, 1999, 328 et E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, 2000, 295-296 ainsi que J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Recueil des cours*, 2000, t. 287, (9-426), 236-237.

<sup>193</sup> C. J. Brennan in *Henry v Henry*, [1995] 185 C.L.R. 571, 575 (*infra*, n° 563 sur cette affaire) : "In earlier times, when the domicile of the husband was the foundation of jurisdiction in divorce, there was little occasion to consider the problem that arises when the court of the forum and a foreign court each has jurisdiction to determine proceedings for divorce between the same parties".

<sup>194</sup> Il s'agissait du *Matrimonial Causes Act* de 1950.

conflit n'étant pas encore légion.<sup>195</sup> Il en alla autrement en 1973 lorsque le législateur ouvrit plus largement les portes des prétoires anglais.<sup>196</sup> Le législateur de 1973 permit aux époux de saisir un tribunal anglais sur base de la simple résidence habituelle de l'un d'eux en Angleterre. Il mit également fin à la fiction du domicile dérivé de l'épouse, libérant celle-ci de l'obligation de demander le divorce devant les tribunaux du domicile de son époux.<sup>197</sup>

Cet élargissement sensible de la compétence du juge anglais n'était pas sans augmenter le risque de voir apparaître des conflits positifs de compétence.<sup>198</sup> Le législateur était manifestement conscient du problème qu'il a tenté d'appréhender au moyen d'une règle de litispendance : l'*Act* de 1973 prévoit en effet une règle invitant le juge anglais second saisi à surseoir à statuer lorsqu'une procédure de divorce a été antérieurement introduite devant un juge étranger.<sup>199</sup> La démarche est inhabituelle, on verra que les conflits de procédure ne font généralement pas l'objet d'un régime particulier en droit anglais, mais sont soumis à la doctrine générale du *forum non conveniens*.<sup>200</sup> Elle illustre de façon éclairante le lien entre les règles de compétence et les conflits de procédures.<sup>201</sup>

**31. Lien entre conflits de procédures et règles de compétence (suite) : l'exemple de la faillite européenne** – L'évolution de la législation anglaise sur le divorce international est éclairante. Il en va de même du sort qu'a connu le règlement des procédures concurrentes dans la législation européenne sur la faillite internationale. On sait que le Règlement 1346/2000 est l'aboutissement de près de 30 ans de négociations.<sup>202</sup> Alors que les premiers projets prévoyaient encore des mécanismes destinés à trancher

<sup>195</sup> En l'absence de disposition particulière, les tribunaux eurent recours au droit commun anglais des conflits de procédures, à savoir la technique du 'stay' (*infra*, n° 410), qui permet de surseoir à statuer, v. p. ex. *Sealey (ose Callan) v Callan*, [1953] 1 All ER 942, [1953] P. 135. A l'époque le 'stay' était encore soumis à des conditions fort restrictives, le défendeur devait démontrer que la procédure anglaise était 'vexatoire ou oppressive' (*infra*, n° 414). En l'espèce, le juge Davies refusa de surseoir à statuer ; il expliqua que "In view of all the circumstances in this case, in view of the undoubted possibility that the wife may be able to derive advantages from exercising the right which she has to proceed here, in view of the fact [...] that there has been at least some delay by the husband in setting the machinery of the law moving in South Africa [...] I am not satisfied that the husband has here made out his case for a stay" : [1953] 1 All ER 942, 950, [1953] P. 135, 149.

<sup>196</sup> Entre temps, le *Matrimonial Causes Act* de 1965, spéc. la section 40, avait déjà fait un autre pas dans cette direction, particulièrement pour l'hypothèse de l'épouse abandonnée.

<sup>197</sup> En général sur le *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973, v. P. M. NORTH, "Reform, but Not Revolution. General Course on Private International Law", *Recueil des cours*, 1990-I, (9), 97-112 ainsi que du même, ac, Amsterdam, North Holland Publishing Comp., 1977, pp. 28-40 (et pp. 36-40 sur le fameux 'stay').

<sup>198</sup> Ce que constatent CHESHIRE et NORTH, 1999, 768 : l'élargissement des chefs de compétence "may have the effect that there are several countries which, simultaneously, claim jurisdiction over the parties to entertain the proceedings". V. également P. M. NORTH, ac, *Recueil des cours*, 1990-I, (9), 107-112, où l'auteur constate que les réformes des règles de compétence ont donné lieu à un 'nouveau' problème, à savoir la question des procédures concurrentes.

<sup>199</sup> Paragraphe 9 du *Schedule 1*, v. CHESHIRE et NORTH, 1999, 769-772 et R. SCHUZ, "The Further Implications of Spiliada in Light of Recent Case law : Stays in Matrimonial Proceedings", *I.C.L.Q.*, 1989, 946-953. Le Paragraphe 8 du même *Schedule* prévoit une règle de litispendance obligatoire, et non plus simplement facultative, visant les cas de conflits de procédures à l'intérieur du Royaume-Uni.

<sup>200</sup> *Infra*, n° 410 e.s.

<sup>201</sup> Lien qui est fait dans ce contexte par Lord Goff, dans l'affaire *de Dampierre* : le juge expliqua à cette occasion que le but de la disposition "is to reduce the effects of a conflict between jurisdictions, a conflict which had become more likely to occur following an extension of the jurisdiction in this country to entertain matrimonial proceedings" : *de Dampierre v de Dampierre*, [1988] 1 A.C. 92, 107.

<sup>202</sup> Sur les différentes phases du projet, v. « De Europese Insolventieverordening », in *Het nieuwe Europees ipr : van verdrag naar verordening*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGAS SENDER (éds.), Anvers, Intersentia, 2001, (103), 110-116.

entre des procédures de faillite concurrentes,<sup>203</sup> le règlement 1346 reste muet sur la question. Ce silence ne résulte pas d'un quelconque oubli, mais bien d'une décision délibérée : les négociateurs du texte étaient en effet persuadés que la règle de compétence prévue à l'article 3(1) du Règlement, qui confère compétence aux tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé « le centre des intérêts principaux du débiteur », suffirait à éviter la naissance de procédures concurrentes.<sup>204</sup> Cette règle exclusive est en effet à leurs yeux à ce point précise et uniforme qu'elle ne laissera place à aucune hésitation, ni surtout à aucune controverse entre les tribunaux des Etats membres. Le juge désigné par cette disposition apparaîtra clairement et s'imposera comme tel à tous les tribunaux. De la sorte, il ne serait pas nécessaire, toujours selon les auteurs du texte, de prévoir des règles spécifiques visant la concurrence de procédures.<sup>205</sup>

Seul l'avenir dira si la confiance que les auteurs du Règlement témoignent à l'égard de leur règle de compétence est justifiée, ou si la pratique fera apparaître des revendications concurrentes de compétence.<sup>206</sup> Il reste que l'absence – justifiée ou présomptueuse – de règles de conflit de procédures est à mettre directement en rapport avec la formulation des règles de compétence, ce qui montre encore une fois l'inextricable lien entre les deux.<sup>207</sup>

**32. Unilatéralité des règles de compétence internationale** - Le constat du rôle des règles de compétence dans l'apparition des conflits de procédures ne nécessite pas plus ample démonstration. Au vrai ce rôle s'explique par le caractère proprement *unilatéral* des règles de compétence. Nous entendons par là, non pas comme on le fait classiquement, qu'un Etat ne peut prétendre attribuer compétence aux tribunaux d'un autre Etat,<sup>208</sup> mais bien qu'une règle de compétence, qu'elle émane d'un Etat ou qu'elle

<sup>203</sup> V. surtout les articles 15 et 16 du projet de 1970 et les articles 13 et 14 du projet de 1980 ainsi que les explications à la note 179, page 136 de l'étude citée à la note précédente.

<sup>204</sup> Sur cette notion, v. déjà les recherches de L. ALONSO HORCADA, *El centro de las actividades del deudor como criterio de competencia judicial internacional en materia concursal*, Thèse Universidad Complutense, Madrid, 1992, 1000 p.

<sup>205</sup> V. les explications données par MM. Virgos et Schmit, dans leur Rapport explicatif relatif à la convention européenne sur l'insolvabilité resté inédit, § 79. Il faut toutefois noter que le Règlement prévoit un ensemble de règles complexes visant la concurrence entre une procédure principale et une procédure secondaire de faillite. Cette concurrence, que l'existence d'une règle subsidiaire de compétence rend possible, est expressément organisée par le Règlement selon un mode hiérarchique. Pour plus de détails, v. l'étude précitée, pp. 161-165.

<sup>206</sup> On peut déjà noter que les auteurs du texte se sont ménagé une porte de sortie, puisqu'ils ont prévu que si par extraordinaire un conflit de compétence devait se produire, il devrait être résolu en faisant appel aux règles de reconnaissance de plein droit que prévoit le Règlement et en particulier son article 16. En vertu de cette disposition, la décision par laquelle un juge national déclare un débiteur falli s'impose aux tribunaux de tous les autres Etats, et privent ceux-ci dans le même temps de la compétence qu'ils auraient pu revendiquer. Ce faisant le conflit entre deux tribunaux se résout selon une modalité particulière de l'exception de chose jugée (*infra*, n° 332), qui n'est envisageable qu'en raison du caractère procédural du droit de la faillite, la décision sur la compétence se confondant avec celle sur l'ouverture de la faillite.

<sup>207</sup> En général sur les procédures concurrentes de faillite, v. G. KHAIRALLAH, « Les faillites concurrentes », *Travaux comité français DIP*, 1993-95, 157 e.s. ainsi que plus récemment M. Raimon, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé : étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, Paris; LGDJ, 2002, 246-256, qui se prononce pour l'application de l'exception de connexité, mâtinée de *forum non conveniens*, afin de favoriser le for du domicile du débiteur.

<sup>208</sup> Cette constatation, banale, est souvent faite à propos des règles de compétence du droit commun des Etats, que l'on oppose aux règles conventionnelles. La terminologie, directement inspirée du conflit de lois, nous paraît toutefois ambiguë : s'il s'agit de constater qu'une règle de compétence ne lie que les tribunaux de l'ordre juridique dont elle émane, point n'est besoin d'avoir recours à la qualification d'*unilatérale*. Celle-ci pourrait faire penser que les règles de compétence prévues dans des traités internationaux sont bilatérales. Or rien n'est moins vrai : ces règles de compétence sont tout autant 'unilatérales', puisqu'elles ne s'attachent à définir que les limites de la compétence des seuls tribunaux des Etats contractants, considérés pour l'application de la Convention comme faisant partie d'un espace judiciaire unique. Au mieux ces règles peuvent-elles être dites de 'répartition', du moins à l'égard des Etats concernés. Ces règles ne prétendent pas se préoccuper de la compétence des tribunaux d'Etats tiers. Cette constatation est faite par B. ANCEL et H. MUIR WATT, "La désunion européenne : le Règlement dit

soit prévue dans un traité international, n'a pas pour effet de priver les tribunaux d'un autre Etat de la compétence qu'il revendique.<sup>209</sup> La revendication de compétence dans le chef d'un ordre juridique, national ou plurinational, ne s'impose pas comme une donnée obligatoire à l'égard des autres Etats. Tout au plus s'agit-il d'une indication dont ceux-ci sont libres de tenir compte.<sup>210</sup> Même les règles de compétence dites 'exclusives' ne sont pas de nature à empêcher un autre Etat de se déclarer compétent. L'exclusivité revendiquée par un Etat pour ses propres tribunaux est d'ailleurs trompeuse : elle ne constitue pas un obstacle dirimant à l'exercice d'une compétence concurrente, mais tout au plus un *avertissement* aux autres ordres juridiques que leur propre revendication de compétence ne sera pas honorée, ce qui se traduira par un refus de reconnaissance d'une décision.<sup>211</sup> La valeur de l'exclusivité se limite donc à une règle de compétence indirecte.<sup>212</sup>

En réalité, il n'est d'exclusivité en matière de compétence internationale qu'à l'intérieur d'une convention internationale. Et encore cette exclusivité est-elle toute relative puisqu'elle ne lie que les Etats qui s'engagent à la respecter. Rares seront dès lors les situations dans lesquelles l'exercice d'une compétence par un Etat empêchera l'exercice d'une compétence concurrente par un autre.<sup>213</sup> A ce titre on peut dire que la plupart des règles de compétence sont 'unilatérales'.<sup>214</sup>

**33. Une compétence internationales plus étendue que la compétence interne - L'unilatéralité, bien comprise, des règles de compétence explique que le justiciable ait le choix, pour un litige donné, entre les règles de compétence des ordres juridiques qui sont,**

---

'Bruxelles II"', *R.C.D.I.P.*, 2001, (403), 411, note 23, à propos des règles européennes de compétence internationale en matière de divorce. Il nous semble dès lors plus indiqué de dire simplement que les règles de compétence n'ont *force obligatoire* qu'à l'égard des tribunaux qu'elles lient et de réserver l'épithète 'unilatéral' pour la règle de conflit. On a également essayé d'importer la distinction entre règle unilatérale et règle bilatérale pour la compétence indirecte, v. la terminologie utilisée par D. *Holleaux* dans son étude précitée. L'emprunt au conflit de lois se justifie plus s'agissant de la reconnaissance d'un jugement étranger, même si ici aussi il peut prêter à confusion.

<sup>209</sup> On le constatera en détails dans le titre suivant à propos des clauses d'élection de for : le fait qu'un Etat accepte de donner suite à une clause prorogeant la compétence de ses tribunaux, n'empêche pas un for dérogé de revendiquer également compétence sur le litige.

<sup>210</sup> *Infra*, n° 79 quant à l'effet réflexe des règles de compétence.

<sup>211</sup> Le législateur néerlandais en était particulièrement conscient qui s'est inspiré, pour la récente réforme du code de procédure civile, des chefs de compétence exclusive prévus par la Convention de Bruxelles, tout en se refusant à qualifier d'exclusives les compétences ainsi créées, et en particulier la compétence à l'égard des biens immobiliers situés aux Pays-Bas. Le rapport accompagnant le projet de loi (n° 26 855/3, 1999-2000, p. 36) explique que « Het spreekt vanzelf dat de exclusiviteit van artikel 16, onderdeel 1, onder a EEX/EVEX niet in aanmerking komt voor opname in deze Nederlandse bepaling, daar de Nederlandse wetgever wel kan regelen dat aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt, maar niet dat die rechtsmacht exclusief is. Dat laatste zou immers betekenen dat aan een buitenlandse rechter die rechtsmacht niet toekomt en daarover kan de Nederlandse wetgever niet beslissen ».

<sup>212</sup> En général sur les règles de compétence dites exclusives, v. CH. FRAGISTAS, "La compétence internationale exclusive en droit privé", *Studi in onore di Antonio Segni*, Milan, Giuffrè, 1967, 196-226.

<sup>213</sup> En réalité, cette situation ne se produira que lorsque deux ou plusieurs Etats se sont engagés à respecter les mêmes règles de compétence, et si la règle invoquée confère une compétence exclusive au juge qu'elle désigne. Et encore les Etats non liés par cet accord seraient-ils libres de passer outre l'exclusivité ainsi revendiquée.

<sup>214</sup> D'aucuns diraient 'facultatifs', p. ex. F. RIGAUX, *DIP*, I, p. 393. Encore une fois, cette terminologie empruntée au conflit de lois est sujette à équivoque : le caractère facultatif d'une règle de compétence peut également signifier qu'elle coexiste au sein d'un même ordre juridique avec d'autres règles de valeur égale, entre lesquelles les justiciables peuvent choisir, par exemple les articles 2 et 5 de la Convention de Bruxelles. Elle peut en outre indiquer que les parties peuvent déroger à la règle par le biais d'une clause d'élection de for. C'est cette dernière acception qui semble devoir être retenue. Sur le thème de l'unilatéralisme et du bilatéralisme dans le conflit de juridiction, v. J. L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, Thèse Paris II, 2000, 396-411. Pour une transposition pure et simple de la terminologie des conflits de lois aux conflits de juridictions, v. M. WESER, *Les conflits de juridictions dans le marché commun*, Bruxelles, CIDC, 1970, 16-39.

d'une manière ou d'une autre, intéressés à la cause.<sup>215</sup> On pourrait même dire que le choix qui s'offre aux parties est plus grand dans l'ordre international que dans l'ordre interne.<sup>216</sup> Pour M. Kegel, l'existence d'un choix plus étendu tient à ce que la délimitation de la compétence internationale repose en partie sur des critères inconnus du droit interne, comme par exemple la nationalité des parties. Ces critères s'ajoutent à ceux hérités du droit interne pour constituer un ensemble plus vaste.<sup>217</sup>

Si l'on peut être d'accord avec le constat, il faut nuancer l'explication. L'existence de critères supplémentaires ne suffit pas à rendre compte de l'élargissement du choix offert aux parties dans la sphère internationale. La plus grande ouverture des règles de compétence internationale s'explique selon nous davantage par l'importance que revêt la délimitation de la compétence internationale des tribunaux d'un pays : il ne s'agit plus de choisir entre tel ou tel juge, mais bien de déterminer l'ordre juridique compétent, c'est-à-dire celui dont les règles de conflit vont dicter la loi applicable au litige, dont les règles de procédure vont s'appliquer, etc.<sup>218</sup> Cette détermination est d'une importance capitale pour les parties.<sup>219</sup> Elle ne l'est pas moins pour l'ordre juridique concerné.

<sup>215</sup> Le phénomène inverse, connu sous l'expression de 'conflit négatif de compétence', traduit le refus des Etats concernés d'assumer la charge d'un litige donné. Comme on l'a noté, les conflits de cette nature sont assez rares en pratique. En ce sens, CH. FRAGISTAS, "Problèmes résultant du conflit des règles sur la compétence judiciaire internationale", in *Aktuelle Probleme des internationalen Rechts*, Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA, Band I, Berlin, 1957, (102-128), 117 ("Un litige privé international, qui ne puisse pas relever de la compétence des juridictions d'aucun Etat selon le droit national, ne peut que très rarement se présenter") ainsi que J. MAHARI, *Zuständigkeitskonflikte zwischen Rechtsordnungen. Essays on the Present Confusion of International Economic Law*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1987, 26 ("a very rare occurrence"). V. par exemple H.R., 13 février 1987, N.J., 1987, 1014, note J.C.S. (le Hoge Raad accepte que le juge néerlandais se déclare compétent sur base du for de nécessité pour éviter un conflit négatif de compétence). La générosité des règles nationales de compétence conjuguées à la reconnaissance dans de nombreux pays d'un for dit de nécessité, ont contribué à enlever à cette question tout intérêt pratique. P. ex. article 3 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé (sur cette disposition, S. OIHENIN-GIRARD, "Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse (art. 3. LDIP)", *R.S.D.I.E.*, 1999, 251-285). Pour la jurisprudence française en matière de déni de justice, p. ex. B. AUDIT, 1997, 308-309, n° 348 ; A. HUET, "Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles de compétence purement internationale", *Juris-Classeur Droit international*, 1995, Fasc. 581-21, 22-25, n° 85-102. Le droit allemand reconnaît une 'Notzuständigkeit' pour éviter les conflits négatifs, v. R. GEIMER, 1997, 286-290 et T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit. Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1995, 449-467. V. également l'article 3136 du Code civil du Québec, selon lequel les autorités québécoises sont compétentes "si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite [...]". En droit américain, la question de l'existence d'un for de nécessité est controversée depuis la décision *Mullane v Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 70 S.Ct. 652, 94 L.Ed. 865 (1950). V. FRASER, "Jurisdiction by Necessity. An Analysis of the Mullane Cas", *U. Pa. L. Rev.*, 1951, 305-343. La Cour suprême a refusé de se prononcer sur la question dans l'affaire *Helicopteros Nacionales de Columbia S.A. v Hall*, 466 U.S. 408, 419, note 13 (1984) (la Cour refuse de considérer la possibilité d'adopter un for de nécessité, car ceci constituerait un "potentially far reaching modification of existing law"). En général, E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, 2000, 341-343 ainsi que T. L. TROUTMAN, "Jurisdiction By Necessity : Examining One Proposal for Unbarring the Doors of Our Courts", *Vanderbilt J. Transnat'l. L.*, 1988, 401 e.s.

V. de façon générale, E. MILLEKER, *Negativer internationaler Kompetenzkonflikt. Versuch eines Beitrages zur Lehre vom Remoi im internationalen Zivilprozess*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 1975, 191 p.

<sup>216</sup> En ce sens, C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu Legum Bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kollersijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, (502), 504, qui explique que les possibilités pour une partie demanderesse de choisir entre différents tribunaux sont plus nombreuses dans l'ordre international que dans les relations purement nationales.

<sup>217</sup> M. Kegel écrit que "Die Anknüpfungen internationaler Zuständigkeit, die in den Anknüpfungen der örtlichen Zuständigkeit kein Gegenstück haben [...] und somit die internationale Zuständigkeit weiter ausdehnen als die örtliche, haben zur Folge : internationale Zuständigkeiten konkurrieren öfter als örtliche" : Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, Beck, 2000, 899.

<sup>218</sup> Pour une réflexion sur le concept de 'ordre juridique compétent', v. P. PICONE, "La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", *Recueil des cours*, 1986-II, t. 197, 229-420.

<sup>219</sup> *Supra*, n° 4 e.s. pour l'importance du for dans la résolution du litige.

Plus encore que par la formulation des règles de conflit ou des règles matérielles de droit international privé, la définition des limites de la compétence internationale des tribunaux d'un pays permet en effet à celui-ci de déterminer l'étendue du rayonnement international de son activité. Lorsqu'un litige échappe à la compétence des tribunaux d'un pays, il ne pourra en effet exercer qu'une influence marginale sur sa résolution.<sup>220</sup> On comprend dès lors l'importance cruciale de la question pour les Etats, et leur propension naturelle à définir de la façon la plus large possible les limites de leur compétence.<sup>221</sup> Il y va de la possibilité même de pouvoir influencer directement la résolution des espèces internationales.<sup>222</sup>

Ainsi s'explique selon nous le large choix offert aux parties dans la sphère internationale entre plusieurs juridictions, et donc la possibilité de faire naître des procédures concurrentes.<sup>223</sup> Quoi de plus logique dès lors pour prévenir une telle concurrence que d'examiner les règles de compétence? C'est l'objet du présent titre.

**34. Plan** - Nous avons constaté l'irrésistible enracinement des conflits de procédures dans les règles de compétence internationale. L'effort de prévention doit dès lors s'attacher avant tout à cette donnée fondamentale que constitue la pluralité des fors disponibles. Pour examiner dans quelle mesure il est possible de prévenir les conflits de compétence, on procédera en deux temps. L'effort de prévention peut tout d'abord venir d'*en haut*, sous la forme d'une limitation aux revendications nationales de compétence (chapitre 1). Nous examinerons ainsi successivement le rôle du droit international ainsi que celui des droits de l'homme, pour montrer que ces normes n'exercent qu'une influence marginale sur la compétence internationale.

D'autres pistes seront ensuite passées en revue ; elles ne font plus appel à des normes supérieures, mais procèdent d'un effort des Etats eux-mêmes (chapitre 2). On passera ainsi successivement en revue la technique de la prise en considération des règles de compétence étrangère ainsi que les limites de la compétence internationale dérivée. Le constat du caractère limité de ces techniques sera à chaque fois le même. Il sera alors temps de conclure en rappelant la véritable nature et les objectifs de la compétence

<sup>220</sup> P. ex. par le biais d'un éventuel refus d'accorder effet au produit de l'activité judiciaire étrangère ou encore, lorsque le for étranger prendra en compte les règles de conflit de cet Etat, en application de la technique du renvoi.

<sup>221</sup> *Cors.* à ce propos les observations de Mme. *Gauderret-Tallon*, qui explique que "la souveraineté étatique est davantage mise en cause par la désignation du tribunal compétent que par celle de la loi applicable". Elle ajoute qu'alors que "la loi applicable au fond doit avoir un rapport étroit avec la substance même de la matière, tel ou tel tribunal pourra être estimé compétent pour des raisons plus matérielles et contingentes": H. GAUDEMET-TALLON, "La compétence judiciaire internationale à l'aube du XXIème siècle. Quelques tendances", in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, (123), 126, n° 147.

<sup>222</sup> Le législateur néerlandais en a d'ailleurs expressément appelé à la nécessité de permettre aux justiciables d'obtenir un titre aux Pays-Bas pour justifier que les nouvelles règles du Code de procédure civile accordent une compétence plus étendue aux tribunaux néerlandais que celle qu'ils déduisaient classiquement de leurs règles de compétence interne, v. *Memorie van Toelichting*, projet de loi n° 26 855, Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 855/3, pp. 24-25 : "Wel is de nationale regeling ten aanzien van de verlening van rechtsmacht in het algemeen iets ruimer uitgevallen [...]. De nationale wetgever moet in dit opzicht niet te zuinig zijn : wanneer de verdragen niet van toepassing zijn, dan moet in Nederland in beginsel een titel kunnen worden verkregen ». C'est ainsi que l'article 6 du Code s'inspire de l'article 5 de la Convention de Bruxelles tout en étendant quelque peu la compétence du juge néerlandais, par exemple en matière de contentieux du travail, parce que « de Nederlandse wetgever met het toekennen van rechtsmacht niet terughoudend moet zijn », p. 35.

<sup>223</sup> MM. *Rigaux* et *Fallon* ne disent rien d'autre lorsqu'ils écrivent que le caractère 'alternatif' des règles de compétence (qu'il faut comprendre comme le fait que ces règles "tendent à favoriser la compétence des juridictions nationales en multipliant les critères susceptibles de fonder une saisine") "obéit à une objectif propre de la compétence internationale, à savoir offrir au demandeur un for approprié sans l'exposer au risque d'un déni de justice": *Droit international privé*, I, édition refondue, p. 393.

internationale. On verra à cette occasion que l'existence de fors concurrents est une donnée sans doute irréductible des conflits de juridiction.

# CHAPITRE 1

## ABSENCE DE LIMITES CONTRAIGNANTES POUR LA DÉTERMINATION DES RÈGLES DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE

### Section 1 : Le droit international, droit des limites de la compétence internationale?

35. En guise d'introduction : les limites d'un débat déjà ancien - Le droit international impose-t-il des limites à l'exercice par les Etats de leur compétence juridictionnelle internationale, et ces limites permettent-elles de dégager un cadre cohérent restreignant la liberté d'action des Etats ? La question paraîtra stérile à certains. L'interrogation du droit international pour y trouver la solutions aux question des litiges privés à dimension internationale constitue cependant, comme le rappelait M. Batiffol, une "démarche naturelle", parce que "la société internationale est d'abord - sinon exclusivement - celle des Etats" et parce que "les relations privées de caractère international intéressent l'ordre international [...]".<sup>224</sup> La question mérite dès lors d'être posée.

On se gardera toutefois d'espérer du droit international plus qu'il ne peut donner. Il n'est pas question de prétendre déduire des règles régissant la vie internationale publique un système complet et détaillé de la compétence internationale. Si une controverse subsiste encore sur les relations entre compétence judiciaire internationale et droit international, force est toutefois de constater l'abandon de la vision *internationaliste* du droit international privé, qui, en rattachant les règles de conflit au droit international, espérait surmonter la "contradiction fondamentale" qui l'affecte selon le mot de M. Evrigenis,<sup>225</sup> à savoir l'antinomie entre l'aspiration internationale de la matière et l'origine le plus souvent nationale des règles qui la constituent.<sup>226</sup> La volonté de fonder l'universalité du droit international privé sur le droit international a sans conteste fait long feu. Personne n'entend aujourd'hui déduire des règles du droit international un système rationnel et complet de droit international privé, comme prétendait le faire un *Zitelmann* par exemple.<sup>227</sup>

<sup>224</sup> H. BATIFFOL, "Les intérêts de droit international privé", in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wandel? Festschrift für G. Kegel, A. LÜDERITZ et J. SCHRÖDER* (éds.), Frankfurt aM, Alfred Metzner Verlag, 1977, (11), 13.

<sup>225</sup> D. J. EVRIGENIS, "Tendances doctrinales en droit international privé", *Recueil des cours*, 1966-II, t. 118, (313), 320. La constatation est sans doute aussi vieille que la matière.

<sup>226</sup> Sur les théories des 'universalistes internationalistes', v. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1997, 151-157, nos. 232-241 et les critiques plus anciennes de R. AGO, "Règles générales des conflits de lois", *Recueil des cours*, 1936-IV, (243), 252-262. *A déd* J. MAURY, "Règles générales des conflits de lois", *Recueil des cours*, 1936-III, (327), 357-364 et R. DE NOVA, "Historical and Comparative Introduction to the Conflict of Laws", *Recueil des cours*, 1966-II, t. 118, (443-622), 473-473. On a déjà vu, *supra*, n° 15 que l'universalisme internationaliste prétendait faire de l'harmonie des solutions l'objectif ultime du droit international privé.

<sup>227</sup> E. ZITELMAN, *Internationales Privatrecht*, I, Leipzig, 1897, pp. 71-82 et du même, "Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts", *Festschrift der Bönner Juristische Fakultät für K. Bergbohm*, Bonn, 1919, 207-241. Zitelman proposait d'avoir recours aux règles de conflit déduites directement du droit international pour combler les lacunes du droit international privé des Etats. Sur la pensée de Zitelman, v. M. GUTZWILLER, "Zitelmans Völkerrechtliche Theorie des internationalprivatrechts", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1922-23, 468-481 et E. BETTI, "Ernst Zitelman e il problema del diritto internazionale privato", *Riv. Dir. Internazionale*, 1925, 33-72 et 188-231.

V. en outre les nombreuses références citées par P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, *ac*, 1997, 157, n° 241, note 31.



La recherche d'un fondement au droit international privé dans le droit international a sans conteste été sérieusement ébranlée par l'apparition et la dominance de la conception dite 'privatiste' du conflit de lois. Un consensus semble en effet s'être réalisé pour accepter que l'application d'une loi étrangère par les tribunaux d'un Etat ne peut être assimilée à une délimitation de la compétence internationale des Etats dont les lois pouvaient prétendre régir la situation litigieuse. Les conflits de lois ne sont plus aujourd'hui conçus comme des conflits de souveraineté.<sup>228</sup> Puisque la règle de conflit n'a aucune fonction répartitrice des compétences normatives entre Etats, elle échappe logiquement à l'emprise du droit international. La conception *privatiste* du droit international privé aboutit dès lors à dénier au droit international la vocation d'influer sur le règlement des conflits de lois.<sup>229</sup> Le déclin de l'universalisme idéaliste et la montée en puissance du privatisme ont réduit la question du rôle du droit international dans l'élaboration des règles du droit international privé à une question secondaire.<sup>230</sup>

Le débat sur l'influence du droit international ne s'en est pas moins prolongé. Il mérite selon nous d'autant plus le détour que la question de la compétence, au contraire de celle du droit applicable, conserve une forte connotation 'publiciste' (*infra*, n° 110). Quoi de plus naturel dès lors que de vouloir la rattacher aux prescrits du premier des droits publics, celui qui s'efforce de régir les relations entre Etats ? On pourrait alors déduire de ces prescrits quelques principes de base permettant de mettre de l'ordre dans les revendications nationales de compétence.

On examinera tout d'abord quelle conclusion il faut tirer de ce débat somme toute bien académique (§ 1) avant de s'interroger sur une éventuelle convergence de la pratique des Etats, qui permettrait de tracer les limites de leur liberté d'action (§ 2).

## § 1. Les limites évanescentes du droit international

**36. Absence de limites ou limites extrêmement souples** - La question des limites que le droit international imposerait à l'exercice par les Etats de leur compétence juridictionnelle a fait l'objet de savantes recherches.<sup>231</sup> De l'avis général, la décision de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire *Lotus* n'a pas, loin s'en faut,

<sup>228</sup> Sur l'abandon de l'idée selon laquelle les conflits de lois seraient des conflits entre Etats, v. P. MAYER, "Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois", *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1985, 129, 135 e.s., n° 13 e.s. Sur la question de savoir s'il en est de même pour les conflits de juridiction, v. *infra* n° 110 e.s.

<sup>229</sup> Pour une présentation fouillée et critique du rejet du droit international privé comme 'Grenzrecht', v. P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, *op. cit.*, 1997, 9-12, n° 1-4 et 33-60 et la réponse critique de H. MUIR WATT, compte-rendu de cet ouvrage, *R.C.D.I.P.*, 1997, (396), 397-399.

<sup>230</sup> L'avènement d'un positivisme strict au 20<sup>ème</sup> siècle et le déclin consécutif de la pensée jusnaturaliste a sans doute également contribué à la disparition de l'idéal universaliste et de l'ambition internationale qui en découlait. V. par ex. le récit que fait J.-L. HALPÉRIN de l'avènement du positivisme dans le droit international privé in *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999, 122-131.

<sup>231</sup> La question des limites posées par le droit international à la compétence des Etats a fait l'objet d'importantes discussions à l'occasion de nombreux conflits induits par l'exercice extra-territorial de compétence. La controverse portait alors toutefois le plus souvent sur la compétence législative, v. p. ex. les textes rassemblés par W. M. REISMAN (éd.), *Jurisdiction in International Law*, The Library of Essays in International Law, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1999, 637 p. *Adde* A. HEINI, "Jurisdiktion und Jurisdiktionsgrenzen im internationalen Privatrecht", *Ann. suisse de droit international*, 1985, 95-98 et L. WILDHABER, "Jurisdiktionsgrundsätze und Jurisdiktionsgrenzen im Völkerrecht", *Ann. suisse de droit international*, 1985, 99-109.

tranché de façon définitive la question.<sup>232</sup> Dans cette affaire la Cour semble avoir laissé la bride longue aux Etats.<sup>233</sup> Si l'on peut tirer une conclusion du débat qui s'en est suivi, c'est que le résultat des investigations est pour le moins réduit.<sup>234</sup>

De l'aveu général en effet, le droit international n'offre au mieux qu'une *ébauche de réponse* aux questions posées par le droit international privé.<sup>235</sup> On peut certes distinguer des nuances dans ce consensus général.<sup>236</sup> Un nombre important d'études conclut à l'*absence* de limites internationales à l'activité des Etats. Certains se bornent à constater cette absence, comme si elle relevait de l'évidence.<sup>237</sup> D'autres auteurs, et notamment les

<sup>232</sup> C.P.I.J., Affaire du 'Lotus', arrêt du 7 septembre 1927, *Recueil des arrêts*, n° 9, Publications de la CPJI, Leyden, Sijthoff. M. Rigaux rappelle à juste titre que la décision de la Cour a été rendue à la plus courte majorité, à savoir 7 juges contre 5, et même un partage des voix pour certaines questions (F. RIGAU, « Rapport provisoire sur la compétence extraterritoriale des Etats », *Ann. Institut Droit International*, vol. 68, 1998, (507), 514).

<sup>233</sup> La Cour a en effet reconnu que "Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs ou les plus convenables", (CIPJ, Affaire Lotus précitée, pp. 18-19).

<sup>234</sup> On observera d'ailleurs que le droit international n'offre que peu de solutions à ses propres conflits de compétence, la concurrence de compétence en droit international ne faisant l'objet que d'un appel à une certaine réserve des Etats, p. ex. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 130-150.

<sup>235</sup> On reconnaît généralement que le droit international impose certaines règles qui échappent à la libre disposition des législateurs nationaux comme par exemple le principe de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger. Ces règles n'influencent toutefois pas en tant que telles la délimitation de la compétence judiciaire ni, *a fortiori*, le conflit de procédures.

<sup>236</sup> On ne compte plus les études consacrées à cette question. Parmi les travaux récents, on retiendra l'exposé de A. BERTELE, *Souveränität und Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, spéc. pp. 112-145 et 172-194.

Adde A. L. STRAUSS, "Beyond National Law : The Neglected Role of the International Law of Personal Jurisdiction in Domestic Courts", *Harvard Int'l. L. J.*, 1995, 373-425 (M. Strauss plaide pour la reconnaissance du droit international comme l'arbitre ultime des conflits de compétence et la seule fondation possible des règles de compétence. Il observe à cet égard à la p. 406 que "[...] only the international order can authoritatively create the law that prescribes the jurisdiction of states" et que "it is precisely because jurisdiction is intrinsically international that the paradigm [of sovereignty] requires it to be prescribed by the international order, and that domestic courts should apply such international law as authoritative in cases involving foreign plaintiffs or defendants", p. 407. Il néglige toutefois d'accompagner son plaidoyer pour un rôle plus important du droit international d'une description concrète des limites posées par ce droit. Il se contente de constater que "Although the content of the international law of jurisdiction is somewhat unclear, and significant disagreements between States as to the acceptable basis for exercising adjudicative jurisdiction continue [...] consensus exists around broad parameters", p. 378, note 17, sans préciser en quoi consistent ces paramètres... Il place tous ses espoirs dans les négociations de la future Convention de La Haye, pp. 377-378 et 422-423).

<sup>237</sup> P. ex. A. MIAJA DE LA MUELA, "Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international", *Recueil des cours*, 1972-I, t. 135, (1), 21 ("[...] sauf quelques règles du droit international général, telles que celles relatives à l'interdiction du déni de justice et à certaines immunités de juridiction en faveur des Etats étrangers [...], la matière de la compétence judiciaire a été laissée par le droit international général à la liberté d'action de chaque Etat [...]").

Dans le même sens A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin/Tübingen, Walter de Gruyter/J. C. B. Mohr, 1969, 142 ("Im Ergebnis, können also aus dem geltenden Völkergewohnheitsrecht keine konkreten Grundsätze abgeleitet werden, die [...] dem staatlichen Gesetzgeber verbieten, in bestimmten Fällen die Zuständigkeit seiner Gerichte zu begründen"); H. SCHACK, 1996, 74, n° 86 (à propos de la liberté pour les Etats de déterminer eux-mêmes les limites de la compétence de leurs tribunaux, cet auteur conclut que "Die Freiheit wird durch keine allgemeinen Regeln des Völkerrechts eingeschränkt"); F. MATSCHER, "Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales", *Recueil des cours*, 1978-III, t. 161, (127-228), 151-152 (l'auteur note que "le droit international public ne règle nullement d'une manière exhaustive la compétence judiciaire internationale. Tout au contraire, le droit international public commun ne pose à cet égard que quelques règles isolées, il ne limite la compétence judiciaire des Etats que dans peu d'espèces. Pour tout le reste - et ce reste englobe l'écrasante majorité des affaires - les Etats jouissent d'une très large liberté. Il leur est laissé le soin de délimiter la compétence de leurs tribunaux où et comment ils le jugent opportun."); P. H. NEUHAUS, "Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht", *RechtZ.*, 1955, (201), 214; J.-L. VAN BOXSTAEL, "A la recherche d'une justice universelle : l'Alien Tort Statute et la réparation des crimes contre l'humanité", in *La loyauté : mélanges offerts à Etienne Cereche*, J. VERHOEVEN (éd.), Bruxelles, Larcier, 1997, (375), 400, n° 11 ("[...] la compétence judiciaire des Etats [...] n'est en effet pas définie par le droit international.

auteurs anglais, procèdent pour arriver à la même conclusion à une étude détaillée des situations dans lesquelles les Etats revendiquent compétence pour leurs tribunaux. Dans une étude de grande envergure parue en 1972, M. *Akehurst* a pris comme base de ses réflexions sur la question la pratique des Etats. Il a ainsi constaté l'existence de règles de compétence basées sur la simple nationalité du demandeur ou encore sur la signification sur le territoire du for de la citation au défendeur, pour en déduire que bien souvent les Etats exercent leur compétence en l'absence d'un lien significatif avec le litige. Il a également noté que l'existence de revendications de compétence les plus diverses n'a jamais sérieusement été contestée au sein de la communauté internationale.<sup>238</sup> Et M. *Akehurst* d'en conclure que le droit international n'impose aucune limite aux Etats dans la détermination de la compétence de leurs tribunaux :

“En pratique, la revendication d'une compétence dans le chef d'un Etat ne semble être subordonnée à aucune exigence relative à l'existence d'un lien entre cet Etat et le défendeur ou les faits litigieux; et cette pratique semble avoir reçu l'assentiment des autres Etats [...] Il est dès lors difficile de ne pas souscrire à la conclusion que [...] le droit international n'impose pas de limite à la compétence des tribunaux nationaux dans les affaires civiles”.<sup>239</sup>

37. La démonstration de *Pierre Mayer* : liberté illimitée des Etats - Empruntant un chemin différent, M. *Mayer* aboutit, au terme d'une démonstration qui a été qualifiée de “tour de force”,<sup>240</sup> à un résultat globalement similaire.<sup>241</sup> Délaissant l'approche quasi-empirique qui a les faveurs de ses collègues anglais, M. *Mayer* fonde son analyse sur le monopole de contrainte reconnu à chaque Etat pour son propre territoire. Il déduit de ce monopole que chaque Etat possède une liberté absolue d'adresser des ordres aux organes de contrainte qu'il a institué. Le corollaire de cette liberté serait, toujours selon M. *Mayer*, la possibilité pour l'Etat de “déterminer lui-même le contenu de l'ordre qu'il adressera à ses organes de contrainte, et donc aussi celle d'examiner par ses juges le fond du litige”.<sup>242</sup> Il en conclut que le droit international se contente de “reconnaître aux Etats le pouvoir de décider ce que bon leur semble à l'égard des relations privées internationales”.<sup>243</sup>

Dans cette vision totalement ‘permissive’, le droit international n'apporte aucune restriction à la compétence des Etats pour déterminer les limites de la juridiction de leurs

---

Emanation de la souveraineté étatique, c'est-à-dire de la compétence primaire et originelle des Etats membres de la société internationale, elle ne connaît de limites que confrontée à la souveraineté des autres Etats”). V. également BGH, 18 mars 1959, BGHZ, vol. 30, 1, 3 (“Mangels allgemeine gültiger internationaler Normen, bestimmt jeder Staat selbst, in welchem Umfang er die Gerichtsbarkeit für sich in Anspruch nimmt”).

<sup>238</sup> Sur la validité de l'argument tiré de l'absence de réclamation diplomatique par les autres Etats, v. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, 1997, 239-240, n° 387-388.

<sup>239</sup> M. AKEHURST, “Jurisdiction in International Law”, *British Yearb. Int'l L.*, 1972-73, (145), 177 : “In practice, the assumption of jurisdiction by a State does not seem to be subject to any requirement that the defendant or the facts of the case need have any connection with that State ; and this practice seems to have met with the acquiescence by other States [...] It is hard to resist the conclusion that [...] customary international law imposes no limits on jurisdiction of municipal courts in civil trials”. V. pour une approche similaire basée sur la même démarche pragmatique qui consiste à examiner les règles de compétence des Etats, C. MCLACHLAN, “The Influence of International Law on Civil Jurisdiction”, *Ann. La Haye Dr. international*, 1993, 125-144 (l'auteur constate que la pratique des Etats suggère que la règle traditionnelle du droit international, basée sur la territorialité, n'a plus cours aujourd'hui. Il en déduit que le droit international ne fournit pas de guide aux Etats pour la délimitation de la compétence de leurs tribunaux).

<sup>240</sup> C. MCLACHLAN, *loc. cit.*, *Ann. La Haye Dr. International*, 1993, 140.

<sup>241</sup> P. MAYER, “Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence”, *R.C.D.I.P.*, 1979, 1-29, 349-388 et 537-583, spécialement pp. 544-552, n° 77-85.

<sup>242</sup> *Idem*, 548, n° 81.

<sup>243</sup> P. MAYER, 1998, 17, n° 27.

tribunaux.<sup>244</sup> M. Mayer s'empresse cependant de nuancer ce constat en indiquant que si la compétence qu'il reconnaît aux Etats est illimitée, il n'exclut pas que dans certaines situations, le droit international apporte une limite à l'exercice de cette compétence.<sup>245</sup> Ainsi dans certains domaines qui ressortissent au droit public, l'exercice par l'Etat de sa compétence peut-il être limité "en raison de l'entrave qu'elle apporterait à la politique d'un autre Etat, également compétent, et considéré comme davantage intéressé".<sup>246</sup>

**38. La position majoritaire : liberté de l'Etat limitée par l'exigence du lien raisonnable** - En ce sens la conception purement 'permissive' de M. Mayer n'est sans doute pas trop éloignée de la position adoptée par la majorité, selon laquelle le droit international a vocation à limiter l'exercice par les Etats de leur compétence. Pour beaucoup en effet, la compétence normative de l'Etat connaît des limites tirées du droit international, limites qui tiennent par exemple à l'interdiction de l'abus de droit et de l'arbitraire,<sup>247</sup> à la nécessité de l'existence d'un "lien d'une certaine intensité" entre l'Etat et la situation visée<sup>248</sup> ou encore à l'exigence du respect d'un lien "substantiel" ou "significatif".<sup>249</sup>

Comme le souligne M de Vareilles-Sommières, derrière la multitude de variantes que l'on rencontre, se profile l'idée que le droit international pose comme condition à l'exercice

<sup>244</sup> Pour une présentation exhaustive et critique de la pensée de Pierre Mayer, v. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ac*, 1997, 228-237. Selon la grille de lecture proposée par cet auteur, l'absence de limitation internationale de la compétence normative de l'Etat telle que la conçoit Mayer doit se comprendre comme la reconnaissance d'une règle internationale de compétence totalement permissive. Cette position serait donc différente de celle adoptée par des auteurs comme M. Akehurst, pour qui la liberté internationale des Etats résulterait de l'absence de règle internationale limitative (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ac*, 1997, 229, n° 362, note 140). *Adde* les critiques de B. STERN, "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extra-territoriale du droit", *A. F. D. I.*, 1986, (7-52), 16-19.

<sup>245</sup> P. MAYER, *loc. cit.*, *R.C.D.I.P.*, 1979, 559-582.

<sup>246</sup> *Idem*, 572, n° 105.

<sup>247</sup> F. A. MANN, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des cours*, 1964-I, t. 111, (9-162), 46-47 (M. Mann utilise également les expressions 'genuine link', 'sufficiently strong interest' et 'reasonable relation', p. 46); G. BORN, "Reflections on Judicial Jurisdiction in International Cases", *Georgia J. Int. L.*, 1987, (1), 19 (qui évoque un "emerging principle of international law requiring assertion of judicial jurisdiction to be reasonable").

<sup>248</sup> G. VAN HECKE, "Principes et méthodes de solution des conflits de lois", *Recueil des cours*, 1969-I, t. 126, (399), 418 : cet auteur précise encore que l'intensité requise peut varier selon la matière à régir. Il conclut à la p. 426 que "Chaque Etat règle la compétence de ses tribunaux comme il l'entend, mais [...] certains facteurs de compétence sont internationalement considérés comme peu désirables".

<sup>249</sup> C. KESSEDJIAN, *International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, Preliminary Document n° 7, avril 1997, Hague Conférence on Private International Law, n° 65. Cet auteur fonde également sur le droit international une exigence de *prévisibilité* selon laquelle les règles de compétence doivent être "claires, précises et rédigées de telle manière qu'elles permettent aux justiciables de déterminer par avance avec une certitude, si possible totale, quel tribunal sera à même de rendre le jugement attendu" (n° 64). Du même auteur, "Le Restatement of the Foreign Relations Law of the United States : un nouveau traité de droit international?", *J.D.I.*, 1990, (35-71), 55 (commentant le § 401 du Restatement, Mme. Kessedjian écrit que "Force est tout de même de reconnaître que s'il existe une règle de droit international, elle ne prévoit pas une répartition des catégories de compétence, ni une éventuelle limite à l'assertion de compétence des Etats. Tout au plus peut-on dire qu'il existe un consensus sur une règle de raison, selon laquelle on doit éviter que deux Etats revendiquent le pouvoir de régir la même situation au même moment. [...] Encore faut-il que l'une de ces revendications soit *abusive*").

V. encore G. KAUFMANN-KOLHER, "Internet - mondialisation de la communication - mondialisation des la résolution des litiges ?", in *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?*, C. KESSEDJIAN et K. BOELE-WOELKI (éds.), La Haye, Kluwer Law International, 1998, (89), 93-95 (l'auteur conclut p. 95 à l'existence d'une "exigence d'un lien raisonnable entre les parties ou le litige et l'Etat du for"); A. BUCHER, 1998, 18-19, n° 6-7 ("Sans donner de précisions véritables, le droit des gens autorise les Etats à exercer leur compétence juridictionnelle dans la mesure où celle-ci est fondée sur un certain intérêt ou sur certains liens, dont la définition est cependant très controversée"); J. BERTELE, *ac*, 1998, 182-185 ("Genuine Link") et les nombreuses autres références citées par P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ac*, 1997, 243, n° 394 ainsi que par J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 215, n° 46.

par l'Etat de sa compétence le respect d'un *lien raisonnable* avec la situation visée.<sup>250</sup> Au terme d'une synthèse majeure, cet auteur préfère à l'exigence du lien raisonnable l'idée que les limites posées par le droit international – qu'il qualifie d'*indirectes* puisqu'elles ne consistent pas à élaborer des règles proprement internationales de répartition des compétences normatives, mais se bornent à réglementer la façon dont les ordres juridiques internes y procèdent – peuvent être déduites du *principe de non-ingérence* par un Etat dans les affaires de ses pairs, principe prolongeant la souveraineté des Etats.<sup>251</sup>

L'application de ce principe conduit M. de Vareilles-Sommières à la conclusion que le droit international impose aux Etats une obligation peu contraignante, à savoir celle de ne pas remettre en question par une intervention systématique dans tout ou partie des rapports de droit privé internes à un Etat, la souveraineté et l'indépendance de cet Etat. L'influence des normes internationales sur le droit international privé serait donc non seulement indirecte, elle serait également *exceptionnelle*, tant il est vrai que l'hypothèse d'un Etat qui tenterait de se substituer à un autre en prétendant régler l'ensemble des affaires internes de celui-ci ne se présentera que rarement. La fonction essentiellement *négative* du droit international – on retrouve l'idée du *Grenzrecht* – se laisse d'ailleurs mieux concilier avec la réalité des relations internationales qu'un éventuel rôle positif. Le droit international ne confère pas en effet le pouvoir de dire le droit dont les Etats sont titulaires. Ce pouvoir se déduit naturellement de leur souveraineté.<sup>252</sup>

**39. L'exigence du lien minimum comme programme d'action** - Le débat sur le rôle du droit international n'est certainement pas clos. Dans l'état actuel des choses, on peut conclure que ce rôle est au mieux extrêmement limité.<sup>253</sup> Il est exclu que l'on puisse déduire du droit des gens un ensemble complet de règles de compétence s'imposant aux Etats. Les limites qu'impose l'ordre juridique international aux revendications de

<sup>250</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, 1997, 243-244, n° 394. Selon la grille de lecture proposée par cet auteur, avancer que le droit international pose comme exigence à l'exercice d'une compétence par les Etats l'existence d'un lien raisonnable, c'est à la fois reconnaître la vocation du droit international à limiter la compétence normative de l'Etat dans les matières de droit international privé tout en confinant le droit international au rang de source *indirecte* des règles de compétence, puisqu'il appartient en premier lieu aux Etats de définir les marges du raisonnable.

<sup>251</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, 1997, 246-250.

<sup>252</sup> En ce sens, C.P.I.J., arrêt *Lotus* précité, p. 19 ("le titre de juridiction qu'il [l'Etat] exerce, se trouve dans sa souveraineté").

Le seul rôle du droit international est donc de reconnaître et de protéger le pouvoir intrinsèque des Etats, et éventuellement de le limiter. M. Matscher résume ce état des choses en notant que le droit international public ne connaît pas de règles *permissives* relatives à la compétence judiciaire, mais seulement des règles prohibitives (*op. cit.*, *Recueil des cours*, 1978-III, 156). Dans le même sens F. RIGAUX, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1989-I, 105, n° 74 (l'auteur note de façon générale que la notion de compétence de l'Etat "ne désigne pas un secteur qu'une norme positive de droit international concéderait aux ordres juridiques étatique. Elle est l'expression d'une compétence propre à ces Etats, qui est autonome et [...] que le droit international positif peut restreindre par des règles prohibitives sans que les compétences étatiques auxquelles il n'est pas touché doivent être tenues pour une habilitation que les Etats auraient reçues d'un ordre juridique supérieur").

<sup>253</sup> Il est intéressant de noter qu'avant la révolution provoquée par la décision *International Shoe*, la Cour Suprême des Etats-Unis semblait accorder au droit international un certain rôle dans la définition des limites de la compétence des tribunaux américains, v. p.ex. *James d'Arcy v Morris Ketchum*, 52 U.S. (11 How.) 165, 175 (1851) (la Cour, par la plume du juge Catron, en appelle aux "well established rules of international law" pour invalider une loi de l'Etat de New York qui permettait à une partie d'assigner plusieurs défendeurs devant le juge du domicile de l'un d'entre eux). Sur cette affaire, v. C. KESSEDJIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987, 139-140, n° 229 et 141, n° 232. V. également *Pennoyer v Neff*, 95 U.S. 714, 722 (1877). Sur les liens établis par les tribunaux américains entre la conception 'territoriale' de la compétence et le droit international, v. A. L. STRAUSS, *loc. cit.*, *Harvard Int'l. L.J.*, 1995, (373), 394-396 (parle de "prevailing belief that the international order prescribed the jurisdiction of the nation-state", p. 396).

compétence des Etats sont au mieux indirectes et générales.<sup>254</sup> Le droit international serait bel et bien un droit des limites, désignent les extrêmes au sein desquels le juge ou le législateur national serait libre de se mouvoir comme bon lui semble.

Tout au plus peut-on déduire du droit international une exigence de *'lien minimum'* ou une interdiction de toute intervention intempestive dans les affaires d'autrui.<sup>255</sup> On a pu critiquer l'évidence axiomatique qui entoure l'idée de limites 'raisonnables' à la compétence de l'Etat.<sup>256</sup> D'autres ont fait observer que si l'intervention du droit international se réduit à poser une exigence d'un lien minimum, elle est plus théorique que pratique, puisque dans les faits les Etats n'ont que peu d'intérêt à revendiquer compétence sur des affaires qui ne leur sont aucunement liées.<sup>257</sup> L'exigence du lien minimum, dont on a pu dire qu'elle s'apparentait à un « brouillard inutilisable en pratique »,<sup>258</sup> ne doit toutefois pas nécessairement être condamnée au rang de simple fétiche dénué de toute valeur pratique. Comme l'explique M. Matscher, on doit voir dans cette exigence non pas l'expression de règles de droit international positif, mais bien un programme dont le législateur national doit tenir compte *de lege ferenda*.<sup>259</sup> On va voir que

<sup>254</sup> V. déjà G. VAN HECKE, *ac*, *Recueil des cours*, 1969, t. 126, 417 ("Le rôle du droit des gens, dans l'état actuel de la société internationale, n'est pas d'établir un système complet de règles de rattachement mais bien de tracer les limites à l'application par les Etats de leur propre droit").

<sup>255</sup> En faveur de l'exigence d'un lien minimum v. également l'article 18 du projet de Convention de La Haye, disposition-clé du concept de convention mixte. Cette disposition limite la liberté d'action des Etats. Ces derniers ne peuvent, dans le champ d'application de la Convention, avoir recours aux chefs de compétence prévus par leur droit national que s'il existe un "lien substantiel" avec le litige (sur cette condition, v. le rapport explicatif de MM. Pocar-Nygh, pp. 75-76). Cette exigence ne peut cependant être invoquée à l'égard des défendeurs dont la résidence habituelle se trouve dans un Etat contractant.

La seule limite véritable à l'activité normative de l'Etat qu'impose le droit des gens est l'interdiction d'exercice des la contrainte sur le territoire d'un autre Etat, interdiction formulée par la CPIJ dans l'arrêt *Lotus* du 7 sept. 1927 précité : "La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure [...] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat". On verra que cette interdiction peut donner lieu à des difficultés d'interprétation, cfr. *infra* le chapitre relatif aux interdictions de procéder.

<sup>256</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ac*, 1997, 244-246, n° 395-397. Dans le même sens J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 215, n° 46 ("[...] was ist beachtlich, was Vernünftig, was sinnvoll?") et C. KESSEDJIAN, *lc*, *J.D.I.*, 1990, (35), 56 (à propos de la condition du 'lien suffisant' que pose le Restatement, cet auteur observe que "le principe ainsi défini n'est pas d'une grande utilité lorsqu'il s'agit concrètement de déterminer la compétence dans chaque cas d'espèce").

A la critique qui reproche aux différents critères invoqués leur caractère flou et vague, M. Mann répondait à juste titre qu'un strict territorialisme n'élimine pas non plus toute incertitude tant il est parfois difficile de localiser un acte ou une relation juridique sur un territoire, F. A. MANN, *ac*, *Recueil des cours*, 1964-I, 50.

<sup>257</sup> P. ex. A. HELDRICH, *ac*, 1969, 142 ; H. SCHACK, 1996, 74, n° 186 (l'auteur note que "kein Staat [ist] daran interessiert, die kostbaren Ressourcen seiner Gerichte auf Urteile zu verschwenden, die im Ausland nirgends Anerkennung finden, und auch im Inland nicht vollstreckt werden können") ; F. MATSCHER, *ac*, *Recueil des cours*, 1978-III, 157 ("en l'absence de tout lien avec cette affaire, en pratique aucun Etat n'aura intérêt à ce qu'elle soit jugée par ses tribunaux, ni ne le permettra") ; J. KROPHOLLER, *Internationale Zuständigkeit*, 215, n° 45 ("Die Frage [ist] [...] praktisch bedeutungslos [...]. Es gibt offenbar keinen Staat, dessen Gerichte ihre internationale Zuständigkeit ohne jede Einschränkung in allen zivilrechtlichen Streitigkeiten mit Auslandsberührung bejahen"). M. GEIMER va encore plus loin ; selon lui le lien minimum nécessaire aux yeux du droit international existe dès lors que le demandeur tente de saisir les tribunaux allemands, parce que cette saisine traduirait la confiance que le demandeur place dans la justice allemande (IZPR, 1997, 38, n° 128).

<sup>258</sup> J. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit. Entwurf eines System von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatrechtsverfahren aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971, 766 : cet auteur note que "sie verlaugen irgendwo im Nebel praktischer Unbrauchbarkeit". Et l'auteur de conclure que la seule limite posée par le droit des gens est celle qui de facto n'a pas encore été franchie par un seul Etat (pp. 766-767 : "Darum spricht viel für die Vermutung daß jene 'äußerste' völkerrechtliche Grenze ebendort verläuft, wo de facto kein Staat Zuständigkeitsansprüche geltend gemacht hat"). *Comp. J. BERTELE*, *ac*, 1998, 325-326.

<sup>259</sup> F. MATSCHER, *ac*, *Recueil des cours*, 1978-III, 157. V. également J. BERTELE, *ac*, 1998, 325-326, selon qui l'exigence du lien minimum que pose le droit international permet de condamner les plus exorbitantes des règles de compétence. Il avoue cependant qu'il n'existe aucun for devant lequel une violation éventuelle du droit international pourrait être invoquée.

la pratique des Etats révèle qu'un consensus se forme tant bien que mal sur les limites extrêmes de la liberté d'action nationale.

§ 2. La pratique des Etats : la condamnation des fors exorbitants

40. **Condamnation des fors exorbitants comme application concrète des exigences du droit international** - La pauvreté des enseignements tirés du droit international n'a pas empêché certains d'envisager qu'un consensus se forme à l'avenir au sein de la société internationale pour donner un contenu plus précis et plus rigoureux à une éventuelle norme internationale de droit coutumier invalidant certains chefs de compétence.<sup>260</sup>

Il est permis de penser que la convergence des pratiques nationales a depuis lors pris forme à l'occasion d'une condamnation quasi-unanime de ce qu'il est convenu d'appeler les *fors exorbitants*. Pour reprendre la définition proposée par Mme. *Muir Watt*, on entend par là une revendication de compétence par un tribunal qui se caractérise par une "disproportion entre le fondement et l'étendue du pouvoir juridictionnel".<sup>261</sup> Comme on l'a noté, il est certain que de tels fors multiplient les occasions de conflits de compétence et, partant, sont une source indéniable de procédures concurrentes.<sup>262</sup>

Si l'unanimité se fait pour dénoncer de telles pratiques, l'expérience révèle que les fors dits exorbitants conservent une importance pratique non négligeable. Deux tendances ont toutefois vu le jour, qui vont chacune dans le sens d'une limitation de la place accordée à ces fors. La première est le fruit des efforts concertés des Etats qui tentent de s'entendre sur la répartition des compétences par voie de conventions internationales (A). La seconde, moins prononcée, est le résultat d'une certaine autodiscipline que s'imposent les tribunaux nationaux (B). Nous allons les examiner successivement.

#### A. FORS EXORBITANTS ET DROIT CONVENTIONNEL

41. **Trois conventions importantes pour le contentieux international privé** - Il n'est plus besoin de démontrer ni l'utilité, ni l'importance des conventions internationales dans la détermination de la compétence judiciaire internationale des tribunaux nationaux. Des premiers traités conclus au Moyen Age<sup>263</sup> aux récents règlements européens en passant par les nombreuses conventions bilatérales qui ont émaillé le 20<sup>ème</sup> siècle,<sup>264</sup> l'effort de coordination en matière de compétence judiciaire est bien ancré dans la pratique conventionnelle des Etats. Les conventions multilatérales les plus récentes ne se

<sup>260</sup> P. ex. G. VAN HECKE, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1969, t. 126, 419 ; A. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1972-I, t. 135, (1), 35.

<sup>261</sup> H. MUIR WATT, "Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de l'arrêt de la Court of Appeal, *Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*)", *R.C.D.I.P.*, 1998, (27), 41-42. V. de la même, "Qui a peur de la compétence exorbitante?", *Justias*, 1995, 332-341. V. également les différentes définitions recensées par J.-P. KRAFFT, *Exorbitante Gerichtsstände im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz. Insbesondere nach dem Lugano-Übereinkommen*, Huber Druck, Entlebuch, 1999, 20-22 et la définition qu'il propose pp. 43-44.

<sup>262</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, 141, n° 160.

<sup>263</sup> Sur l'histoire de ces traités, v. H. NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Berlin, 1932, p. 380, cité par J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 216, note 106.

<sup>264</sup> Pour une étude d'ensemble, v. W. JELLINEK, *Die zweiseitigen Staatsverträge über Anerkennung ausländischer Zivilurteile*, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht vol. 24, Berlin/Tübingen, de Gruyter/J.C.B. Mohr, 1953, 397 p.



limitent pas à établir des règles communes aux Etats contractants, qui indiquent dans quelles circonstances leurs tribunaux peuvent se saisir d'un litige. Dans un effort louable d'assainissement du contentieux international privé, certaines conventions – et non des moindres – prévoient également une liste de fors réputés exorbitants, dont l'utilisation est interdite aux Etats contractants.<sup>265</sup>

Cette véritable 'mise à l'index' remplit des fonctions différentes selon le contexte : dans le système européen, elle se révèle être purement exemplative, l'article 4 du Règlement suffisant largement à assurer l'exclusivité des règles européennes de compétence,<sup>266</sup> alors que sous l'empire de la Convention de La Haye de 1971, elle fonde une interdiction de reconnaissance des jugements qui ont été prononcés sur base de ces fors interdits. Enfin, dans le projet de Convention de La Haye, la liste des fors exorbitants vise à restreindre la marge de manoeuvre dont les Etats contractants disposent dans l'utilisation de leurs règles nationales de compétence, restriction rendue nécessaire par la nature 'mixte' de la Convention.

**42. Convergence du droit conventionnel dans l'exclusion des fors exorbitants** - Les différentes fonctions assignées à ces trois listes ne doivent pas cacher le consensus qui rassemble sur l'identité des fors bannis. On peut par exemple noter que selon le Rapport Explicatif, les Etats membres de la Conférence de La Haye n'ont eu aucune hésitation à exclure la compétence fondée sur la nationalité ou le domicile du demandeur, ou encore sur la présence ou la saisie de biens appartenant au défendeur – des chefs qui sont également bannis de l'espace judiciaire européen.<sup>267</sup>

Il en est de même de la compétence fondée sur la simple signification ou notification d'un acte introductif d'instance au défendeur sur le territoire de l'Etat contractant, règle qui a été bannie à la fois des Conventions de Bruxelles et de La Haye. Le parallélisme entre les Conventions de Bruxelles et de Lugano d'une part et la future Convention de La Haye d'autre part laisse penser qu'on peut parler d'un accord, même implicite, pour exclure les chefs de compétence les plus outranciers. Ce n'est pas la doctrine qui dira le contraire, qui montre une grande communauté d'esprit dans la dénonciation des règles exorbitantes.<sup>268</sup> M. *Fragistas* déduisait déjà de la prohibition par les Conventions de La Haye et de Bruxelles de certains fors exorbitants qu'une "conscience juridique commune

<sup>265</sup> Article 3 des Conventions de Bruxelles et de Lugano – dans le Règlement 44/2001, la liste des dispositions exorbitantes a été transférée à l'annexe I du Règlement ; article 4 du Protocole additionnel à la Convention de La Haye de 1971 et article 18 du projet de Convention de La Haye, sur cette dernière disposition, v. le rapport de MM. F. POCAR et P. NYGH, 75-81. Pour une comparaison entre le catalogue abstrait qui figure en annexe de la Convention de La Haye de 1971 et la liste précise de dispositions nationales reprise à l'article 3 de la Convention de Bruxelles, v. J.-P. KRAFFT, *ac*, 1999, 22-31.

<sup>266</sup> On s'accorde dès lors pour dire que l'énumération des fors exorbitants n'a rien de nécessaire. Son banissement dans le Règlement 44/2001 vers une simple annexe en est la meilleure preuve.

<sup>267</sup> Rapport explicatif sur le projet de Convention établi par MM. F. POCAR et P. NYGH, pp. 76-77. *Comp.* avec les difficultés qui ont présidé à l'exclusion du for fondé sur la poursuite d'activités commerciales par le défendeur, 77-78.

<sup>268</sup> P. ex. K. H. NADELMANN, "Jurisdictionally Improper For a", in *Legal Essays in Honor of H. E. Yntema*, Leyden, 1961, 321 e.s. et du même, "Jurisdictionally Improper Fora in Treaties on Recognition of Judgments : the Common Market Draft", *Columbia L. Rev.*, 1967, 995-1023 ; L. DE WINTER, "Excessive Jurisdiction in Private International Law", *I.C.L.Q.*, 1968, 706-720 ; L. MARMO, "La compétence internationale exorbitante et les articles 2 et 3 du Code de procédure civile italien", *N.T.I.R.*, 1962, 324-330 et plus récemment J.-P. KRAFFT, *ac*, 1999 ; O. STRUYVEN, "Exorbitant Jurisdiction in the Brussels Convention", *Jura Falconis*, 1998-99, 521 e.s. et H. GROTHE, "Exorbitante Gerichtszuständigkeit im Rechtsverkehr zwischen Deutschland und den USA", *RebelsZ.*, 1994, 686-726.



commençait à se former sur la considération comme exorbitante de certaines compétences internationales”.<sup>269</sup>

43. Les limites de la condamnation conventionnelle des fors exorbitants - La convergence manifeste de la pratique conventionnelle a toutefois ses limites. Ainsi l'exclusion des règles exorbitantes s'explique sans doute plus comme le produit de concessions réciproques d'Etats soucieux de protéger leurs ressortissants contre les revendications déraisonnables de compétence que comme l'expression d'une conviction inébranlable du caractère exorbitant des fors condamnés.<sup>270</sup> On remarque d'ailleurs que lorsqu'ils sont libérés du joug conventionnel, les Etats n'hésitent pas à maintenir leur pratique exorbitante classique. Il suffit de penser à la jurisprudence de la Cour de Cassation française, qui jure encore aujourd'hui, malgré les nombreux plaidoyers d'une savante doctrine,<sup>271</sup> par le caractère obligatoire et exclusif des privilèges de juridiction institués par les articles 14 et 15 du Code civil.<sup>272</sup> L'affaire *Airbus*, déjà évoquée, démontre à suffisance qu'en dehors d'accords conventionnels, les tribunaux nationaux ne s'embarrassent pas de nuances lorsqu'il s'agit d'asseoir leur compétence : en l'espèce, si les tribunaux du Texas se sont déclarés compétents, c'est uniquement en raison de l'existence de contacts commerciaux antérieurs qu'*Airbus* avait entretenu avec d'autres entreprises établies dans cet état, contacts qui n'étaient en rien liés au litige soumis aux juges.

A l'intérieur même du cadre conventionnel, tout recours aux fors réputés exorbitants n'est d'ailleurs pas exclu. L'article 18 du projet de Convention de La Haye laisse ainsi aux Etats contractants entière liberté d'avoir recours aux fors bannis lorsque le défendeur n'est pas habituellement résident dans un Etat contractant.<sup>273</sup> Les Etats parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano recouvrent la même liberté dans cette hypothèse.<sup>274</sup> De plus, on sait depuis l'arrêt *van Uden* qu'il est loisible aux tribunaux des

<sup>269</sup> CH. FRAGISTAS, "Les compétences exorbitantes dans les travaux de la Conférence de droit international privé de La Haye", *Revue roumaine de sciences sociales et sciences juridiques*, 1968, 175-186, cité par A. MIAJA DE LA MUELA, *ac*, *Recueil de cours*, 1972-I, 83-84.

<sup>270</sup> M. MANN semblait d'ailleurs rejeter l'idée que l'on puisse déduire de l'interdiction par ces Conventions de certains fors leur contrariété avec le droit international. A propos de la Convention de Bruxelles, il note que "what it leaves to the individual States for application in their relations with third parties may not necessarily be inconsistent with international law", même s'il ajoute que la "[...] rejection by the [Contracting States] may be a blemish, an argument for criticism and the starting point for a progressive development of international law" ("The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years", *Recueil des cours*, 1984-III, t. 186, (9), 69). V. également J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 329, n° 336, qui, à propos du for du patrimoine prévu par le § 23 ZPO (*infra*, n° 45 sur cette disposition), évoque le fait que cette règle de compétence a été "consacrée" par l'article 4(2) de la Convention de Bruxelles à l'égard des défendeurs domiciliés en dehors de l'espace judiciaire européen, pour en déduire que cette disposition n'est pas contraire au droit international.

<sup>271</sup> Les appels à la raison abondent dans la littérature française. Les arguments invoqués pour restreindre le champ d'application des articles 14 et 15, ou pour les assortir d'une faculté pour les tribunaux du fond de décliner leur compétence, ont fait l'objet de deux récentes synthèses, v. E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Etude de droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999, 71-95 et CH. CHALAS, 2001, 385-428.

<sup>272</sup> La jurisprudence de la Cour de Cassation dénie aux tribunaux du fond une quelconque faculté de décliner leur compétence fondée sur le privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil, même si les circonstances rendent cette compétence inopportune, p. ex. Cass. fr., 10 février 1993, *R.C.D.I.P.*, 1993, 620, note FOYER et le refus cinglant par la même Cour d'approuver la tentative de la Cour d'Appel de Paris (11 janvier 1989, *D.*, 1989, Somm. 256, obs. B. AUDIT) de restreindre la portée du privilège de juridiction que constitue l'article 14 du Code civil en se réservant la possibilité d'apprécier l'opportunité de se déclarer compétente à la lumière des liens existants entre le litige et le tribunal étranger. Dans la même ligne, Cass. fr., 18 décembre 1990, *R.C.D.I.P.* 1991, 759, note B. ANCEL.

<sup>273</sup> Rapport Pocar-Nygh, 76.

<sup>274</sup> Sous l'empire des Conventions de Bruxelles et de Lugano, la liberté accordée aux Etats d'avoir recours aux fors exorbitants se double d'une obligation pour les Etats de donner effet aux décisions qui en résultent, sous réserve du respect des seuls fors exclusifs de l'article 16 ainsi que des fors dits de protection. Cette situation, qui aboutit

Etats membres d'avoir recours aux règles de compétence exorbitante prévues par leurs droit nationaux pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires.<sup>275</sup>

44. **Résultats mitigés de la pratique conventionnelle de limitations des fors exorbitants** – En définitive, le consensus qui se dégage de la pratique conventionnelle pour exclure certaines revendications exorbitantes n'est dès lors que *partiel*, et d'un effet limité. On voit d'ailleurs difficilement comment un Etat pourrait se plaindre d'une revendication abusive de compétence dans le chef d'un autre, faute de sanction immédiate dans l'ordre international. Les Etats peuvent toutefois opposer à l'exercice d'une compétence exorbitante le refus de coopérer à la mise en oeuvre d'une éventuelle décision qui en résulterait. Cette sanction indirecte n'est sans doute pas étrangère à la réserve dont font preuve certains tribunaux en dehors de toute obligation conventionnelle.

## B. AUTODISCIPLINE ET COORDINATION NATIONALE

45. **Limitation des fors exorbitants dans les pratiques nationales** - La voie des traités n'est pas la seule qui permette d'éliminer ou, plus modestement, de restreindre la portée des chefs de compétence exorbitants. Chaque ordre juridique peut s'efforcer de contribuer à l'assainissement du contentieux international en adoptant une attitude réservée. On avouera d'emblée que cette piste de réflexion ne permet pas d'espérer un changement radical de la pratique des Etats. Comme le faisait remarquer M. Droz, les "compétence exorbitantes sont comme les services de renseignement et d'espionnage. Tous les Etats les connaissent sans qu'aucun d'eux admette leur existence et leur action".<sup>276</sup> A fortiori ne faut-il pas espérer que les Etats mettent fin à ces pratiques!

---

en fait à faire profiter les fors exorbitants du mécanisme très souple de libre circulation des jugements, a été dénoncée de longue date : F. K. JUENGER, "Le Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un américain", *R.C.D.I.P.*, 1983, 37-51, spéc. 41-44; A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Sister-State Judgments ; Reflections on General Theory and Current Practices in the EEC and the US", *Columbia L. Rev.*, 1981, (1044), 1055-1059 (l'auteur dénonce cette approche qu'il qualifie de "parochial and self-serving" et soutient qu'une généralisation de cette technique "could lead to the collapse of the international legal order"), du même, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments – General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, (9-112), 101 (dénonce ce qu'il appelle "the single most regressive step that occurred in international recognition and enforcement practice in this century") ainsi que les nombreux écrits sur ce sujet de K. H. NADELMANN, p. ex. "The Common Market Judgments Convention and a Hague Conference Recommendation - What Step Next ?", *Harv. L. Rev.*, 1969, 1282-1292; "The Outer World and the Common Market Experts' Draft of a Convention on Recognition of Judgments", *Common Market L. Rev.*, 1967-68, 409-420; "Common Market Assimilation of Laws and the Outer World", *Am. J. Int'l L.*, 1964, 724-728.

V. la réaction de P. MERCIER, "Le projet de convention du Marché Commun sur la procédure civile internationale et les Etats tiers", *Cah. Dr. Eur.*, 1967, 367-387 et 513-531, spéc. pp. 520-526.

P. SCHLOSSER semble être un des rares auteurs continentaux à dénoncer cet effet pervers des Conventions de Bruxelles et de Lugano ("Human Rights and Litigation", *Reu. Dnt. Intl.*, 1990, (5), 34).

Cet effet pervers semble avoir été à l'origine de la tentative des Etats-Unis et du Royaume-Uni de négocier une convention bilatérale, tentative qui a échoué, v. les références citées infra à la note 550.

<sup>275</sup> C.J.C.E, 17 novembre 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, *Rec.*, 1998, I-7122, point 24.

<sup>276</sup> G. A. L. DROZ, "Les droits de la demande dans les relations privées internationales", *Travaux du comité français dip.*, 1993-94, (97), 106.

Il demeure que l'on décèle ici et là plusieurs exemples d'une remise en question des compétences exorbitantes.<sup>277</sup> Cette évolution peut se manifester soit à l'occasion d'une évolution de la jurisprudence (i), soit encore sous le coup d'une réforme législative (ii).

(i) Autodiscipline jurisprudentielle : la restriction du for du patrimoine

46. **La limitation du for du patrimoine dans la jurisprudence allemande** - On connaît les excès auxquels peut mener la compétence déduite de la présence d'un bien du débiteur, que l'on a parfois désigné sous l'expression révélatrice de 'for du parapluie'.<sup>278</sup> Cette règle de compétence est fort répandue, notamment dans les pays de tradition germanique. L'article 23 du Code de procédure civile (ZPO) allemand permet ainsi à une partie de poursuivre un adversaire non domicilié en Allemagne devant un tribunal allemand dans le ressort duquel cette personne possède des biens.<sup>279</sup> La doctrine allemande<sup>280</sup> et étrangère<sup>281</sup> avait depuis longtemps dénoncé le caractère exorbitant de cette disposition.

Les différentes conventions internationales déjà évoquées avaient mis au pilori le for du patrimoine, qui se voyait ainsi exclu de l'espace judiciaire européen<sup>282</sup> ainsi que des accords de La Haye.<sup>283</sup> Ce for extrêmement large subsistait cependant dans le droit commun des Etats qui le connaissaient. Fort heureusement les législateurs et les tribunaux nationaux ont poursuivi les efforts d'assainissement entamés par le droit conventionnel. Ainsi, le législateur autrichien a-t-il en 1983 modifié le for du patrimoine, en le subordonnant à une condition supplémentaire liée à la valeur minimale des biens sur lesquels se fonde la compétence, en comparaison avec la valeur du litige.<sup>284</sup> De même, la Cour fédérale allemande a-t-elle dans l'arrêt *Muduroglu* limité la possibilité d'invoquer le

<sup>277</sup> Mme. *Gaudemet-Tallon* évoque même une "tendance générale" qui vise à "réduire autant que possible la place de ces fors exorbitants" et n'exclut pas que "le XXIème siècle verra leur disparition quasi-totale" : H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, 141, n° 160.

<sup>278</sup> Pour une application particulièrement étendue et exorbitante de ce for, v. BGH, 10 décembre 1976, *IPRspr.*, 1976, 591, n° 212 - en l'espèce la compétence du juge allemand était fondée sur l'existence d'une créance dont le demandeur, domicilié en Allemagne, était le débiteur !

<sup>279</sup> Sur cette règle, v. l'exposé générale de J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 314-333. L'article 99 de la loi autrichienne du 1er août 1895 contient une disposition comparable. M. *Schack* a donné un aperçu comparatif de l'existence du for du patrimoine, H. SCHACK, "Vermögensbelegenheit als Zuständigkeitsgrund - exorbitant oder sinnvoll?", *Z.Z.P.*, 1984, (46), 50-54. V. également A. M. BITTIGHOFER, *Der internationale Gerichtsstand des Vermögens. Eine rechtsvergleichende Studie zur Zuständigkeit deutscher Gerichte aufgrund inländischer Vermögensbelegenheit*, Frankfurt, Peter Lang, 1994, 86-129 et J.-P. KRAFFT, *ac.*, 1999, 48-104.

<sup>280</sup> P. ex. A. HELDRICH, *ac.*, 1969, 117, 142 et 161 ; J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", n° 334-335 et J. SCHRÖDER, *ac.*, 1971, 382 ("Schwerer rechtspolitischer Mißgriffe") et les nombreuses références citées par T. KLEINSTÜCK, *Die Process-Beschränkungen des Vermögensgerichtsstandes durch hinreichenden Inlandsbezug und Minimum Contacts*, München, Beck, 1994, 92-94.

<sup>281</sup> P. ex. L. DE WINTER, *l.c.*, *I.C.L.Q.*, 1968, 706-708.

<sup>282</sup> Art. 3. Convention de Bruxelles.

<sup>283</sup> Art. 4(a) du Protocole additionnel de la Convention de La Haye de 1971.

<sup>284</sup> L'article 99 tel que modifié exige que "der Wert des im Inland sich befindlichen Vermögens [...] jedoch nicht unverhältnismäßig geringer sein [darf] als der Wert des Streitgegenstandes". V. pour l'interprétation de cette condition, OGH, 6 juin 1991, *IPRax*, 1992, 164 (la Cour retient le seuil minimum d'un cinquième de la valeur du litige - "Von einem solchen Mißverhältnis könnte nach Ansicht des [OGH] erst dann gesprochen werden, wenn der Wert des Vermögens nicht einmal 1/5 des Streitwertes erreichte") et T. KLEINSTÜCK, *ac.*, 1994, 79-85. Il est intéressant de noter que la limitation apportée en 1983 au for du patrimoine par le législateur autrichien est allée de pair avec l'introduction d'un for de nécessité, v. § 28 de la Jurisdiktionsnorm, et F. MATSCHER, « Zur Abgrenzung der inländische Gerichtsbarkeit, vornehmlich in Vermögenssachen », *Juristische Blätter*, 1983, 505 e.s.

for du patrimoine.<sup>285</sup> S'écartant de la voie tracée par le droit autrichien, les juges allemands ont préféré exiger, outre la présence sur le territoire allemand de biens appartenant au défendeur, que le litige possède un certain lien (*'Inlandsbezug'*) avec le for.<sup>286</sup>

Cette décision est notamment intéressante parce que la Cour fédérale allemande a fait appel, pour justifier la nécessité de limiter le for du patrimoine, au peu de tolérance dont le droit international ferait preuve pour ce for. La Cour s'est bien gardée de parler de violation des normes internationales.<sup>287</sup> Elle en a toutefois appelé aux nombreuses conventions internationales, au premier rang desquelles figure la Convention de Bruxelles, qui condamnent le for du patrimoine ou en restreignent la portée.<sup>288</sup> Cette décision est exemplaire et témoigne d'une volonté d'assainir le corpus traditionnel des règles de compétence. Le tribunal fédéral a en quelque sorte reconnu que la compétence internationale n'était pas le domaine exclusif du législateur national, mais que celui-ci devait au contraire se préoccuper, même en dehors de toute convention, des limites qu'impose la pratique internationale.<sup>289</sup>

<sup>285</sup> BGH, 2 juillet 1991, *BGHZ*, vol. 115, 90 ; *IPRax*, 1992, 160 ; *N.J.W.*, 1991, 3092 ; *R.I.W.*, 1991, 856 ; *J.Z.*, 1992, 51 ; *Z.Z.P.*, 1992, 314 et la note de G. DANNEMANN, "Jurisdiction Based on the Presence of Assets in Germany: A Case Note", *I.C.L.Q.*, 1992, 632-637. V. également la discussion par T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1995, 545-551. Sur la jurisprudence ultérieure, v. P. WALLENSCHLÄGER, "Zum Merkmal des hinreichenden Inlandsbezuges in § 23 ZPO – Auslegungsdifferenzen in den verschiedenen Verfahrensarten der Zivilprozessordnung", *IPRax*, 2002, 96-100.

<sup>286</sup> Sur l'interprétation de cette condition, v. T. KLEINSTUCK, *ac*, 1994, 188-216 et les observations critiques de R. GEIMER, "Rechtsschutz in Deutschland künftig nur bei Inlandsbezug ?", *N.J.W.*, 1991, 3072-3074 (l'auteur craint que l'Allemagne ne devienne un paradis pour les débiteurs désireux de mettre leur patrimoine à l'abri de leurs créanciers).

<sup>287</sup> Elle avance même que le § 23 est "verfassungs- noch völkerrechtswidrig" (*IPRax*, 1992, 161), comme pour mieux souligner que la restriction apportée à la compétence des tribunaux allemands est le fruit de la seule volonté et réserve allemande. Selon la doctrine majoritaire, le § 23 ne dépassait d'ailleurs pas les limites imposées par le droit international, v. J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 328-329, n° 336 et les références citées.

<sup>288</sup> Le BGH parle de "völkerrechtliche Vertragspraxis" et de "völkerrechtliche Tendenzen".

M. Kleinstück se montre très critique à l'égard de cette motivation (*ac*, 1994, 129-143). Il explique que "[...] fehlt es in der Staatspraxis an einem durchgängigen Konsens über die Völkerrechtswidrigkeit des Vermögensgerichtsstandes. Folglich ist aus ihr keine völkergewohnheitsrechtliche Regel ableitbar, die eine völkerrechtskonforme Auslegung rechtfertigen würde".

Le BGH fit également référence à l'historique de la disposition et à la nécessité de prévenir les abus pour justifier sa décision. *Cors.* les commentaires de P. SCHLOSSER, "Einschränkung des Vermögensgerichtsstandes", *IPRax*, 1992, 140-144.

<sup>289</sup> Au contraire du droit allemand, le droit suisse ne prévoit pas de for du patrimoine. L'article 4 de la loi sur le droit international privé accorde cependant au créancier qui obtient en Suisse un séquestre des biens appartenant à son débiteur, la possibilité de demander la validation de ce séquestre devant un tribunal suisse. Ce faisant, celui-ci peut connaître du fond du litige. La loi confère toutefois à cette règle un caractère *subsidaire*, en ce sens que le for du séquestre n'est disponible qu'à défaut de tout autre for en Suisse. Le tribunal fédéral suisse n'a pas jugé utile de limiter le for de validation du séquestre. Au contraire, dans une espèce décidée en 1991, le tribunal fédéral a décidé que cette règle fonde un for pour toute la prétention objet de l'action en validation du séquestre et non seulement pour le produit de la réalisation à tirer du séquestre. En l'espèce le séquestre portait sur un avoir bancaire de 40,000 francs suisse, alors que la créance invoquée dépassait les 2 millions de dollars. Le tribunal fédéral n'a pas dans cette décision examiné la question sous l'angle du droit international : TF, 15 janvier 1991, ATF 117 II 90. Au contraire, le tribunal expliqua même que ce for, d'origine cantonale, devait être maintenu jusqu'à ce qu'il soit dépassé par les développements internationaux (ATF 117 II 92). *Cors.* les critiques de A. BUCHER, 1998, 87-88, n° 245, qui observe que la seule présence d'avoirs susceptibles d'être séquestrés ultérieurement "n'est pas suffisante pour étendre le pouvoir juridictionnel suisse à la part d'une prétention qui n'a littéralement aucun lien avec la Suisse". V. également les critiques de J.-P. KRAFFT, *ac*, 1999, 95-103. Pour une application de ce for exorbitant, v. *First National Bank of Boston v Union Bank of Switzerland*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.) (en l'espèce le défendeur avait fait saisir en Suisse une somme importante appartenant au demandeur, avant d'engager une procédure au fond portant sur le sort de la somme ainsi saisie; dans le même temps, une instance parallèle était engagée en Angleterre).

47. La jurisprudence *Shaffer* de la Cour Suprême américaine - La décision du tribunal fédéral allemand n'est pas sans précédent. La Cour Suprême avait en effet dès 1977 remis en question la version américaine du for du patrimoine à l'occasion de l'affaire *Shaffer*.<sup>290</sup> La compétence *quasi in rem* qui formait l'enjeu de cette affaire est plus modeste que le for du patrimoine tel qu'on le connaît en Europe : s'agissant d'une compétence proprement 'réelle', le tribunal américain voit sa juridiction limitée à la valeur du bien. En l'espèce, la Cour a entrepris de soumettre cette compétence à la condition des 'contacts minimum' tirée de la clause du *due process*.<sup>291</sup> Depuis cette décision, le demandeur ne peut plus se contenter d'alléguer la présence de biens du défendeur dans le for pour fonder la compétence du tribunal. Celui-ci devra également examiner les liens qu'il possède avec le litige, et particulièrement avec la personne du défendeur.

En pratique, la décision de la Cour Suprême n'a pas aboli le for du patrimoine ; elle a seulement interdit aux tribunaux de se déclarer compétents sur base de la seule présence de biens qui n'ont aucun rapport avec le fond du litige. En ce sens, cette décision rejoint la jurisprudence allemande, qui laisse subsister le § 23 tout en l'amputant de ses éléments les plus extrêmes.<sup>292</sup> L'inspiration de ces deux décisions est toutefois différente, puisque la Cour Suprême, au contraire du tribunal fédéral allemand, n'a nullement prétendu s'aligner sur la pratique en vigueur au sein de la communauté internationale ; elle s'est appuyée sur la seule Constitution américaine.<sup>293</sup> Le résultat est cependant le même.<sup>294</sup>

On pourrait également citer au titre d'effort d'autodiscipline des tribunaux le revirement de la jurisprudence en France, qui a mis fin au *forum arresti* qu'avait inauguré la jurisprudence *Nassibien*,<sup>295</sup> ou encore la réserve dont les tribunaux anglais font preuve dans l'exercice de certaines compétences que leur a attribué le législateur, comme par exemple celle déduite du fait que le contrat litigieux est régi par le droit anglais.<sup>296</sup>

Ces développements positifs d'une certaine jurisprudence constituent à notre sens les premiers jalons sinon d'une prise de conscience des dangers de la compétence

<sup>290</sup> *Shaffer v Heitner*, 433 U.S. 186, 97 S. Ct. 2569, 53 L.Ed. 2d 683 (1977). En général, P. HAY, "Refining Personal Jurisdiction in the United States", *J.C.L.Q.*, 1986, (32-62) spéc. 47-55.

<sup>291</sup> *Infra*, n° 52 sur cette théorie.

<sup>292</sup> La question de la limitation du for du patrimoine ne s'est pas posée en droit anglais, pour la simple raison qu'un tel for y est inconnu (CHESHIRE et NORTH, 1999, 323-324). La Chambre des Lords a d'ailleurs refusé de reconnaître, même indirectement, un tel for : *Siskina (owners of the cargo lately laden on board) v Distos Cia. Naviera SA, The Siskina*, [1979] AC 210. Le droit écossais connaît lui une forme de *forum arresti* qui se rapproche de la pratique continentale, v. A. E. ANTON, *Civil Jurisdiction in Scotland*, Edinburgh, Green, 1984, 187-188.

<sup>293</sup> La Cour Suprême américaine se montre d'ailleurs fort peu réceptive aux arguments de droit comparé, v. l'appel à plus d'ouverture de A.M. SLAUGHTER, « Court tot Court », *Am. J. Int'l. L.*, 1998, (708), spéc. 710 e.s.. V. également du même auteur, « Judicial Globalization », *Virginia J. Int'l. L.*, 2000, (1103), 1112-1120. *Adde*, « A Typology of Transjudicial Communication », *Univ. Richmond L. Rev.*, 1994, 99 e.s.

<sup>294</sup> Dans les deux cas, les Cours Suprêmes étaient confrontées à un cas extrême d'abus du for du patrimoine, ce qui explique sans doute leur réaction.

<sup>295</sup> L'arrêt *Brackerwaldt* a mis fin à la compétence des tribunaux fondée sur le *forum arresti*, compétence qui résultait elle-même d'une innovation prétorienne (à savoir, l'arrêt *Nassibien*, Cass. fr., 6 nov. 1979, *R.C.D.I.P.*, 1980, 588, note COUCHEZ ; *J.D.I.*, 1980, 95, note PONSARD). Sans doute la Cour n'a-t-elle pas, comme l'a fait le Bundesgerichtshof, invoqué pour justifier cette évolution les tendances restrictives de la pratique internationale. Le résultat est cependant le même, à savoir la disparition d'une compétence à la réputation douteuse : Cass. fr., 17 janvier 1995, *R.C.D.I.P.*, 1996, 132, note Y. LEQUETTE ; *J.C.P.*, 1995, II, 22340, note H. MUIR WATT (la Cour décide que "si les juridictions françaises sont seules compétentes pour statuer sur la validité d'une saisie pratiquée en France et apprécier, à cette occasion, le principe de la créance, elles ne peuvent se prononcer sur le fond de la créance que si leur compétence est fondée sur une autre règle").

<sup>296</sup> Cette réserve se traduit par une appréciation discrétionnaire de l'opportunité d'exercer la compétence, sur le mode du *forum conveniens*, v. p. ex. *Amin Rasheed Corp. V. Kuwait Insurance*, [1984] AC 50, 59 et *infra* n° 421 sur ce thème.

exorbitante internationale, du moins d'une évolution vers une disparition progressive des pratiques les moins légitimes. L'interprétation des règles nationales de compétence en conformité avec les exigences – présumées ou réelles – du droit international nous semble au demeurant constituer une piste plus fructueuse que la tentative de déterminer de façon abstraite les limites imposées par le droit international. Ces développements vont de pair avec une autre évolution, qui est le fait de certains législateurs nationaux.

(ii) L'évolution des législations nationales : l'exemple du nouveau Code de Procédure civile néerlandais

**48. Assainissement des règles de compétence à l'occasion des codifications nationales** - L'autodiscipline en matière de compétence internationale n'est pas l'apanage des seuls tribunaux. Elle est également le fait des législateurs nationaux, qui sont loin d'être indifférents à la nécessité de faire preuve d'une certaine réserve dans leurs revendications de compétence internationale. Cette prise de conscience se manifeste le plus souvent à l'occasion d'une réforme en profondeur des conflits de juridiction. Il en a par exemple été ainsi en Italie avec la loi du 31 mai 1995 réformant le système italien de droit international privé. Cette loi a mis fin au véritable 'nationalisme judiciaire' dont faisait preuve le code de procédure civile adopté en 1940, qui permettait aux ressortissants italiens de s'adresser à leurs tribunaux nationaux même en l'absence de tout autre lien avec l'Italie.<sup>297</sup> De même le législateur espagnol a-t-il mis à profit l'adoption en 1985 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire pour incorporer de façon unilatérale les divers chefs de compétence prévus par la Convention de Bruxelles, renonçant dans le même temps à toute autre revendication de compétence et donc aussi aux revendications exorbitantes.<sup>298</sup>

Le dernier exemple en date, et celui qui retiendra notre attention, est la loi du 4 décembre 2001 réformant le Code de procédure civile néerlandais.<sup>299</sup> Elle nous paraît en effet révélatrice de l'autodiscipline dont on essaie de tracer ici les contours.

**49. Le nouveau droit néerlandais de la compétence internationale** - Le droit néerlandais des conflits de juridiction est resté longtemps enfermé dans le carcan de dispositions vieilles héritées du 19<sup>ème</sup> siècle, qui traduisaient une attitude frileuse indigne de cette nation marchande.<sup>300</sup> On pense bien sur à l'article 431 du Code de procédure civile, qui empêchait, en dehors d'un accord conventionnel, toute exécution aux Pays-Bas

<sup>297</sup> Sur cette évolution, v. V. STARACE, "Le champ de la juridiction selon la loi de réforme du système italien de droit international privé", *R.C.D.I.P.*, 1996, 67-82, spéc. 67-71. V. en particulier l'article 4(4) du Code de procédure civile de 1940 qui permettait aux tribunaux italiens de revendiquer compétence dans toutes les situations où le juge de l'Etat auquel appartenait le défendeur étranger pouvait connaître d'une demande similaire intentée contre un ressortissant italien. Sur cette disposition, v. M. MARMO, « La compétence internationale exorbitante et les articles 2 et 4 du Code de procédure civile italien », *N.T.I.R.*, 1962, 324-330, spéc. 326-328 (l'auteur s'attache à démontrer que ces dispositions ne sont pas si exorbitantes qu'elles en ont l'air).

<sup>298</sup> V. l'article 22 de la *Ley Organica del Poder Judicial* du 1 juillet 1985.

<sup>299</sup> Loi du 4 décembre 2001, entrée en vigueur le 1 janvier 2002, v. L. HENDRIKSE et A. W. JONGBLOED, « De bevoegdheid van de rechter », *Praktisch procederen*, 2002, 5-10 et G. J. W. STEENHOFF, « De rechtsmachtsregeling inzake vermogensrecht in het herziene Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering », *Executief*, 2002, 4-6; J. W. RUTGERS, "Rechtsmacht van de Nederlandse rechter", *Advocatenblad*, 2000, 364-368 et en général sur le nouveau droit : A. W. JONGBLOED (éd.), *Beschouwingen over het nieuwe procesrecht*, Boom Juridische Uitgevers, 2001; H. W. WIERSMA, "Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht. De hercodificatie van wetsvoorstel 26 855 c.a. per 1 januari 2002", *N.J.B.*, 2002, 6 e.s. ainsi que H. L. G. WIETEN, "Het nieuwe procesrecht in burgerlijke zaken : een overzicht", *W.P.N.R.*, 2002, n° 6492, 413-419.

<sup>300</sup> V. surtout les articles 126 (procédure sur citation), 429 (c) (procédure sur requête) et 814 (compétence en matière de divorce) du Code de procédure civile.

d'une décision rendue par un tribunal étranger.<sup>301</sup> Les règles de compétence internationale, encore largement tributaires de la tradition française, étaient jusqu'à récemment restées fort peu développées.<sup>302</sup> Fort heureusement, le nouveau Code fait table rase de ce passé peu glorieux, du moins en ce qui concerne les règles de compétence.<sup>303</sup> Il n'est pas question d'étudier ces nouvelles règles de manière systématique, mais simplement d'en offrir un aperçu synthétique, pour illustrer les résultats de l'autodiscipline du législateur.

**50. Une législation prudente et réservée, inspirée par un souci d'harmonie internationale** – Les nouvelles dispositions du Code de procédure civile relatives à la compétence internationale sont remarquables à plus d'un titre. Le législateur néerlandais a tout d'abord abandonné le principe, qui avait prévalu jusqu'alors, de projection des règles de compétence interne dans l'ordre international. Il a donc fallu créer de toutes pièces un ensemble cohérent de règles de compétence visant spécifiquement les espèces internationales. Le législateur était certes conscient de la grande liberté dont il disposait pour déterminer à son gré, en l'absence d'accords internationaux, les limites de la compétence de ses tribunaux.<sup>304</sup> Les auteurs du projet se sont toutefois empressés de noter que l'adoption de règles larges ou exorbitantes pouvait rendre aléatoire, sinon impossible, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision néerlandaise à l'étranger.<sup>305</sup>

Cette préoccupation s'est conjuguée avec le souci manifeste du législateur de s'inspirer autant que faire se peut de règles de compétence qui font l'objet d'un large consensus au sein de la communauté internationale, et en particulier des règles consacrées au sein de l'espace judiciaire européen.<sup>306</sup> Déjà dans le détermination du cadre général, le législateur néerlandais a donc exprimé son intention d'observer une certaine réserve, et ce afin de ne pas dépasser les limites de l'internationalement acceptable. Cette réserve a trouvé sa concrétisation dans le choix et la définition des nouvelles règles de compétence.

**51. Des dispositions qui traduisent une réserve certaine** - Ainsi à l'égard du for du défendeur, qui constitue la règle principale, le rapport explicatif fait-il d'abord valoir qu'il s'agit d'une règle "internationalement acceptée".<sup>307</sup> Le souci d'une certaine harmonie internationale explique ensuite la définition retenue pour cette disposition du concept de

<sup>301</sup> Obstacle que la jurisprudence s'est efforcée de contourner au prix de multiples stratagèmes, v. l'état des lieux en 2001, L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 6<sup>ème</sup> éd., Groningen, Wolters-Noordhoff, 2000, 257-266.

<sup>302</sup> V. pour une présentation générale, K. KOSTERS et C. W. DUBBINK, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1962, 717-732 ainsi que L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 5<sup>ème</sup> éd., Groningen, Wolters-Noordhoff, 1995, 237-251. On lira également avec fruit C. C. A. VOSKUIL, *De internationale beweegbaarheid van de Nederlandse rechter, in het bijzonder in zaken van echtscheidingen en alimentatie*, Amsterdam, Scheltema & Halkema, 1962, 228 p.

<sup>303</sup> Une première mouture du projet avait été présentée en 1993, v. les commentaires de K. BOELE-WOELKI et D. KOKKINI-IAIRIDOU, "Opmerkingen over de 'Schets van een algemene wet betreffende het ipr'. Een rechtsvergelijkende studie naar algemene bepalingen en niet-contractuele verbintenissen", *N.I.P.R.*, 1993, 477-550. Le projet de loi n° 54.651 sur lequel v. les rapports réunis dans *De internationale beweegbaarheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, NIPR numéro spécial, 1996, T.M.C. Asser Instituut, 156 p., a été retiré pour faire place au projet n° 26.855, Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000.

<sup>304</sup> Memorie van Toelichting, (ci-après MvT) n° 26855/3, 1999-2000, p. 22.

<sup>305</sup> Comme l'expliquent les auteurs du projet, "Voorts is hier van belang dat een rechtsmachtgrond die in internationaal verband als 'exorbitant' wordt beschouwd, problemen kan opleveren bij erkenning of tenuitvoerlegging van de uitspraak in een ander land" : MvT, 23.

<sup>306</sup> MvT, 24-25.

<sup>307</sup> MvT, 25 : "De woonplaats van de gedaagde, het forum rei, wordt internationaal algemeen aanvaard als de eerste en natuurlijke grond voor rechtsmacht". *Cors.* également p. 28.



domicile : l'article 2 du Code permet la saisine du tribunal néerlandais dès lors que le défendeur possède aux Pays-Bas son 'domicile' ou sa 'résidence habituelle'. Le rapport précise que cette disposition rompt ainsi avec la pratique en vigueur dans l'ancien droit commun, qui ouvrait la porte des tribunaux néerlandais dès lors que le défendeur, qui n'était pas domicilié, y résidait néanmoins "effectivement".<sup>308</sup> Or, précise le rapport, la simple résidence, même effective, d'une personne aux Pays-Bas, ne constitue pas une base suffisante pour justifier l'exercice de compétence; elle pourrait même être considérée comme exorbitante et mettre ainsi en péril la reconnaissance future d'une décision néerlandaise à l'étranger.<sup>309</sup> Dorénavant il faudra dès lors démontrer l'existence aux Pays-Bas de la résidence *habituelle* du défendeur.<sup>310</sup>

Voilà une première illustration de la réserve que s'impose le législateur néerlandais en raison d'exigences déduites des relations internationales. Il y en a bien d'autres. On peut par exemple évoquer la disparition du *forum actoris* institué par l'article 126 al. 3 du CPC.<sup>311</sup> Le rapport explique simplement qu'il s'agissait d'un for "généralement considéré comme exorbitant".<sup>312</sup> On conçoit l'importance du changement, on pourrait même dire de la révolution qui voit ainsi disparaître un for sur lequel était fondée une grande partie de la pratique des juridictions néerlandaises de référé, ainsi que d'autres pratiques fort peu élégantes, qui évitaient aux justiciables néerlandais de devoir affronter les rigueurs d'un procès à l'étranger.<sup>313</sup> Le *forum actoris* conserve toutefois sa valeur dans le contentieux familial.<sup>314</sup> Le rapport précise d'ailleurs que dans ces affaires, le for du demandeur perd son caractère exorbitant et qu'il ne faut dès lors pas craindre les réactions négatives de l'étranger.<sup>315</sup>

La réserve observée par le législateur néerlandais se manifeste également à l'égard de la compétence en matière de contrat de consommation (art. 6(c) du Code). Cette disposition s'inspire directement de la réglementation européenne, et se montre ainsi plus

<sup>308</sup> Il s'agissait de l'article 126, al. 2 du Code de procédure civile, qui évoquait le "werkelijk verblijf", v. L. STRIKWERDA, *ac*, 2000, 213, n° 218.

<sup>309</sup> MvT, p. 28 : "Voor de rechtsmacht is het enkele 'werkelijke' verblijf van de verweerder [...] een te smalle basis die in andere landen geredelijk als exorbitant kan worden beschouwd, met het daaruit voortvloeiende risico van problemen bij erkenning en tenuitvoerlegging".

<sup>310</sup> Réserve est toutefois faite de la situation dans laquelle le défendeur n'a pas de domicile connu aux Pays-Bas, ni à l'étranger; dans ce cas, précise le rapport, la simple résidence effective aux Pays-Bas suffit.

<sup>311</sup> Sur cette disposition, v. L. STRIKWERDA, *ac*, 2000, 214, n° 219.

<sup>312</sup> MvT, 29. V. aussi L. STRIKWERDA, "Drie fora : forum actoris, forum necessitatis en forum non conveniens", in *De internationale beweegbaarheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, NIPR numéro spécial, 1996, T.M.C. Asser Instituut, (95), 96-98 (M. Strikwerda constate que le *forum actoris* n'a en soi rien d'exorbitant, mais qu'il est généralement considéré comme tel dans la 'communis opinio' internationale. Sa disparition se justifie donc pour éviter de voir les décisions néerlandaises condamnées à ne pas sortir d'effet à l'étranger. V. déjà J.P. VERHEUL, "The Forum Actoris and International Law", in *Essays on International & Comparative Law In Honour of Judge Erades*, La Haye, Nijhoff, 1983, pp. 196 e.s.

<sup>313</sup> On pense en particulier à la pratique qui voyait un créancier étranger céder sa créance à un bureau de recouvrement néerlandais dans le seul but de profiter du *forum actoris* dans le chef de ce dernier!

<sup>314</sup> L'article 3 du Code retient le *forum actoris* pour les affaires qui doivent, selon le droit néerlandais, être introduite par requête ('verzoekschrift') et non par citation.

<sup>315</sup> MvT, p. 30. Remarquons que si la nouvelle loi fait disparaître l'application limitée du *forum non conveniens* que connaissait l'ancien droit néerlandais (art. 429 (c) du CPC, et les commentaires de J.-P. VERHEUL, "The Forum (Non) Conveniens in English and Dutch Law and Under Some International Conventions", *I.C.L.Q.*, 1986, 413-423 et L. STRIKWERDA, *ac*, 2000, 218-219, n° 224, v. HR., 20 janvier 1984, *N.J.*, 1984, 751 et HR., 2 novembre 1984, *N.J.*, 1985, 697), elle lui substitue toutefois une disposition qui emprunte au *forum conveniens* : selon le troisième alinéa de l'article 3, le juge néerlandais est également compétent lorsque "l'affaire possède un lien suffisant avec l'ordre juridique néerlandais". Le rapport précise que pour apprécier l'existence de ce lien, le juge devra prendre en compte les facteurs de rattachement qui sont acceptés et acceptables dans la pratique internationale (MvT, p. 31).



stricte que le droit commun néerlandais, qui ne subordonnait pas la possibilité pour le consommateur de saisir son propre juge à la condition qu'il ait accompli aux Pays-Bas les actes nécessaires à la conclusion du contrat litigieux. L'ajout de cette condition, préconisé par la doctrine,<sup>316</sup> vise encore une fois à éviter le reproche d'une revendication trop étendue de compétence.<sup>317</sup> On peut également citer la subordination du for des défendeurs multiples à l'exigence de l'existence d'un lien substantiel entre les demandes (art. 7(1))<sup>318</sup> ou encore l'article 10 du Code, qui exclut que l'on puisse déduire de certaines règles de compétence interne un chef de compétence pour les espèces internationales, parce que ces règles seraient 'exorbitantes'.<sup>319</sup>

En somme le législateur néerlandais a fait preuve d'une étonnante volonté de se conformer à ce qu'il perçoit comme étant une *communis opinio* en matière de compétence internationale. Cette réserve n'est évidemment pas désintéressée : elle s'explique par la volonté de préserver toutes les chances de voir les décisions néerlandaises reconnues et exécutées à l'étranger. En outre les nouvelles dispositions, si elles font la part belle au souci de confiner la compétence des tribunaux néerlandais dans des limites acceptées par la communauté internationale, n'en ferment pas pour autant les portes de ces tribunaux aux affaires qui dépassent le cadre strictement néerlandais. Ainsi, le nouvel article 9 du Code prévoit-il un for de nécessité, mâtinée de *forum non conveniens*, qui permettra aux tribunaux néerlandais, dans des situations que l'on espère exceptionnelles, de se saisir d'une cause malgré les limites apportées à leur compétence internationale. L'effort de modération observé dans de nombreuses dispositions n'en mérite pas moins d'être approuvé.<sup>320</sup>

**52. Rôle essentiellement négatif du droit international** - Au terme de cette première approche, on peut conclure qu'il ne faut pas attendre grand chose du droit international. Certes, un accord se fait pour imposer aux Etats une exigence de 'lien minimum'. Certes encore, le droit conventionnel a permis la neutralisation de nombreux fors exorbitants, effort qui a été poursuivi à la fois par les jurisprudences et les législateurs nationaux.

Il reste toutefois que la "conscience juridique commune" à l'émergence de laquelle on assiste, est au mieux encore parcellaire. De plus le consensus qui se dégage est essentiellement *négatif* : le droit international n'est appelé à remplir qu'une fonction de correction, à la marge des droits nationaux. Il n'ordonne pas de solutions, il se contente de condamner, de façon exceptionnelle, celles d'entre elles qui contredisent ses principes fondamentaux.<sup>321</sup> En outre il est sans doute utopique ou du moins prématuré de souhaiter la disparition de tous les chefs de compétence réputés exorbitants : enracinés

<sup>316</sup> Notamment part C. JOSTRA, "Consumentengeschillen in het Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering", *W.P.N.R.*, 1994, n° 6121, (61), 65.

<sup>317</sup> Le rapport explicatif précise que "Enige beperking is voorts wenselijk om zoveel mogelijk te voorkomen dat een in Nederland op deze grond verkregen vonnis in het buitenland als exorbitant zal worden aangemerkt" (p. 36).

<sup>318</sup> Le rapport explique que (MvT, 37) "[...] rechtsmacht op grond dat ook andere verweerders in het geding betrokken zijn, exorbitant zou zijn indien er tussen de vorderingen tegen de verschillende verweerders geen verband is".

<sup>319</sup> MvT, 43-44.

<sup>320</sup> On peut toutefois regretter que le législateur n'ait pas mis à profit cette réforme pour mettre fin à l'archaïque article 431 et s'ouvrir enfin aux décisions étrangères.

<sup>321</sup> Sur la distinction entre le rôle positif et négatif du droit des gens, v. J. VERHOEVEN, "Droit international public et droit international privé : où est la différence ?", *Archives de Philosophie du droit*, 1987, (23-34), 24-25.

dans des traditions fort anciennes,<sup>322</sup> leur abolition pure et simple pourrait faire naître chez certains un sentiment de vide et d'inconfort, une angoisse liée à la perte de repères familiaux.<sup>323</sup> Il est certain qu'une telle disparition ne peut être envisagée que dans le cadre d'une refonte complète des règles de compétence du for.<sup>324</sup>

Pour intéressant qu'il soit, il faut bien constater que le débat sur le rôle du droit international dans la délimitation des sphères de compétence des Etats, débat qui est resté jusqu'à présent confiné aux plus hautes sphères académiques, n'apporte que peu d'eau au moulin de la prévention des conflits de procédures. Il faudra chercher ailleurs une éventuelle solution préventive à ces conflits. Le concept de 'procès équitable' offrirait-il une meilleure base de travail ?

## Section 2 : Compétence internationale et procès équitable

**53. Introduction** - Le droit international n'est pas la seule contrainte pesant sur les Etats dans la détermination de la compétence internationale de leurs tribunaux. A côté des règles du droit international classique, on a également pu invoquer certaines libertés fondamentales, et en particulier le droit à un procès équitable pour limiter la liberté dont jouissent les Etats.

La confrontation entre les deux types de règles est monnaie courante aux Etats-Unis depuis la constitutionnalisation des règles de compétence par la Cour Suprême (§ 1). Manifestement inspirés par cette expérience, certains observateurs ont tenté de soumettre les règles européennes de compétence à une analyse fondée sur l'exigence du procès équitable (§ 2).

<sup>322</sup> Sans pour autant remonter à l'histoire la plus reculée, v. les recherches éclairantes de Mme. H. Gaudemet-Tallon sur l'origine des articles 14 et 15 du Code civil français, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil. Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, Paris, PUF, 1964, 96 p.

<sup>323</sup> *Cors.* les observations de P. COURBE, note sous Cass. fr., 31 janvier 1995, *D.*, 1995, jurispr., 473, selon qui les privilèges de juridiction « répondent incontestablement à un besoin de justice en permettant au demandeur d'avoir accès à son juge naturel ».

<sup>324</sup> On peut d'ailleurs s'attendre à une certaine opposition du barreau devant la disparition des chefs de compétence exorbitants. Il y va en effet aussi du gagne-pain des avocats, qui disparaîtrait pour partie avec la migration – supposée – du contentieux vers des cieux meilleurs. Comme l'expliquent deux auteurs australiens, qui développent une approche 'pragmatique' du droit international privé, toute imprégnée de considérations économiques, « Lawyers are direct beneficiaries of expanded jurisdiction. Even where a court checks expanded rules for the establishment of jurisdiction with a wide discretion to decline jurisdiction, lawyers will benefit. They will have the opportunity to take at least those steps in the litigation process up to and including the stay application. Lawyers have an incentive to limit the enforcement of foreign jurisdiction agreements by parties in order to prevent leakage of cases out of the jurisdiction. Likewise, they can be expected to advocate other jurisdiction-expanding arguments, such as those based in 'justice' (M. J. WHINCOP et M. KEYES, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Ashgate, Aldershot, 2001, 129). Ces observations, parfois caricaturales, résonnent directement pour qui connaît l'opposition de certains au projet de Convention mondiale en discussion à La Haye ! V. également M. WHINCOP, « Three Positive Theories of International Jurisdiction », *Univ. Melbourne L. Rev.*, 2000, (379), 390-391 et les observations sur la 'political theory of jurisdiction'.

§ 1. Le rôle du '*due process*' dans la jurisprudence américaine <sup>325</sup>

54. **Généralités** - L'invocation du procès équitable comme principe régulateur de la compétence juridictionnelle ne peut en appeler à une tradition aussi ancienne et bien établie que le recours au droit international. Aux Etats-Unis, le droit à un procès équitable joue toutefois depuis quelques décennies un rôle considérable dans la définition des règles de compétence.

Après avoir expliqué comment la Cour Suprême américaine a rattaché les règles de compétence au '*due process*' (A), on se penchera sur les résultats plutôt décevant de cette confrontation (B).

A. PROCÈS ÉQUITABLE ET 'CONTACTS MINIMUM'

55. **Première étape : l'arrêt *Pennoyer*** - La montée en puissance de la clause du *due process* dans le droit américain des conflits de juridiction s'est faite en deux étapes. Dans un premier temps, l'appel à la norme constitutionnelle n'a servi qu'à asseoir l'emprise du droit fédéral sur les revendications de compétence des Etats de l'Union. C'est ainsi que dans l'arrêt *Pennoyer*,<sup>326</sup> la Cour Suprême décida qu'il y avait violation du *due process* lorsqu'un tribunal se saisissait d'une cause sans pouvoir légitimement revendiquer compétence à l'égard des parties.<sup>327</sup> Ce faisant, la Cour pouvait s'ériger en régulateur et en censeur des revendications de compétence des Etats fédérés, et ainsi éviter les conflits entre ceux-ci.

Cette première fonction assignée à la clause du *due process*, qui subsiste encore aujourd'hui,<sup>328</sup> ne touchait donc pas tant au contenu des règles de compétence qu'à la question de l'application du droit fédéral et donc à l'autorité de la Cour Suprême à se prononcer sur les règles répartitrices de compétence.<sup>329</sup>

56. **Deuxième étape : l'arrêt *International Shoe*** - La seconde étape de la 'constitutionnalisation' des règles américaines de compétence débuta en 1945 avec le célèbre arrêt *International Shoe*.<sup>330</sup> La Cour profita de cette affaire somme toute banale pour abandonner la vision purement territorialiste de la compétence qu'elle avait consacré, à la suite de *Story*,<sup>331</sup> dans l'arrêt *Pennoyer*.<sup>332</sup>

<sup>325</sup> Sur les difficultés de traduction de l'expression '*due process*' en français, v. F. MIATTI, "La '*Due Process of Law*' américaine : quelle traduction française ?", *Reu. dr. int'l et dr. comp.*, 1997, 104-121 (l'auteur constate l'insuffisance des traductions les plus couramment proposées, comme par exemple 'procédure légale' ou encore 'procédure légale régulière'. Il suggère de dépasser la version littérale et de chercher à rendre compte du contenu normatif du concept, sans toutefois parvenir à formuler une traduction appropriée dans tous les contextes).

<sup>326</sup> *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, 24 L.Ed. 565 (1878).

<sup>327</sup> Selon la Cour, « proceedings in a court of justice to determine the personal rights and obligations of parties over whom that court has no jurisdiction, do not constitute due process of law » : 95 U.S. 714, 733.

<sup>328</sup> *V. World Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 291-292 (1980).

<sup>329</sup> Sur cet aspect, v. P. BORCHERS, "The Death of the Constitutional Law of Personal Jurisdiction : From *Pennoyer* to *Burnham and Back Again*", *U.C. Davis L. Rev.*, 1990, (19), 87-101 ainsi que H. SCHACK, *Jurisdictional Minimum Contacts Scrutinized. Interstaatlich und internationale Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte*, Heidelberg, Müller Jur. Verlag, 1983, 8-10.

<sup>330</sup> *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 66 S. Ct. 154, 90 L. Ed. 95 (1945).

<sup>331</sup> Sur l'œuvre de *Story*, v. K. H. NADELMANN, "Observations sur la seconde édition des '*Commentaries ...*' de *Joseph Story* à l'occasion de son bicentenaire", *R.C.D.I.P.*, 1981, 1-15.

L'axiome qui fondait la compétence des tribunaux sur la présence physique du défendeur dans le ressort de la juridiction s'était en effet révélé à la fois trop libéral et trop restrictif - ce qui avait obligé la jurisprudence à tolérer un grand nombre d'exceptions mal définies reposant le plus souvent sur des artifices comme celui du consentement 'implicite' du défendeur. Dans sa quête d'un nouveau fondement pour asseoir les règles de compétence, la Cour entreprit de lier le sort de la compétence *in personam* au droit à un procès équitable ('due process') garanti par le 14<sup>ème</sup> amendement de la Constitution.<sup>333</sup> Inaugurant une ère nouvelle, elle se proposa ainsi de rattacher directement l'exercice de la compétence à une exigence déduite du droit à un procès équitable. Dans un attendu devenu célèbre, la Cour expliqua que :

"la clause du *due process* exige uniquement, pour les actions *in personam*, que le défendeur, lorsqu'il n'est pas présent sur le territoire du for, possède certaines attaches minimum avec le for de telle manière que la poursuite de la procédure ne viole pas les notions traditionnelles de justice et d'équité".<sup>334</sup>

Pour adopter la terminologie qui sera proposée plus tard par M. *von Mehren*, la Cour a tourné le dos à une vision de la compétence fondée sur la notion de 'pouvoir', pour lui substituer une notion plus floue et plus complexe qui privilégie la considération de l'ensemble des liens que le for saisi possède avec l'action et les parties.<sup>335</sup> Avec cette décision, c'est la notion même de compétence - et non plus seulement l'autorité du droit fédéral - qui se trouve rattachée au concept de procès équitable. Le 'due process' dont la Cour déduit l'exigence de liens substantiels et raisonnables acquiert ainsi une place décisive dans la détermination des critères de compétence des tribunaux.<sup>336</sup>

La jurisprudence américaine va ensuite préciser, sans toujours faire preuve de cohérence, la nature exacte des liens nécessaires pour fonder la compétence, sans que soit remise en question, jusqu'à présent du moins, la place centrale du *due process*.<sup>337</sup>

<sup>332</sup> Précité. A la suite de cette décision, le juge Holmes déclara dans l'arrêt *McDonald v Mabee*, 23 U.S. 90, 91 (1917) que "The foundation of jurisdiction is physical power".

<sup>333</sup> M. *Mann* qualifiait cette évolution de "almost sensational changes [...]" (F. A. MANN, "The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years", *Recueil des cours*, 1984-III, t. 186, (9), 67).

La Constitution américaine prévoit en réalité deux dispositions accordant aux citoyens le bénéfice du 'due process', le 5<sup>ème</sup> amendement qui s'adresse aux tribunaux fédéraux et le 14<sup>ème</sup> amendement, qui vise les procédures devant les tribunaux des Etats.

<sup>334</sup> 326 U.S. 310, 316 : "due process requires only that in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend 'traditional notions of fair play and substantial justice'".

<sup>335</sup> Cette description succincte est évidemment loin de faire justice à la richesse du concept de "jurisdictional theory based on fairness", v. A. T. VON MEHREN, "Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated", *Boston Univ. L. Rev.*, 1983, (279), 287-290 et 307-337. V. déjà, A. T. VON MEHREN et D. TRAUTMAN, "Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis", *Harv. L. Rev.*, 1966, (1121), spéc. pp. 1164-1179.

<sup>336</sup> Comme on l'a montré, l'invocation de la clause de 'due process' pour la définition des critères de compétence juridictionnelle a été facilitée par le double rôle assigné traditionnellement à la signification de la citation introductive d'instance à la personne du défendeur. La signification constitue en effet à la fois un élément de protection du défendeur, condition du procès équitable, et la fondation même de la compétence des tribunaux, parce qu'elle exprime le pouvoir du souverain sur la personne du défendeur. L'amalgame entre *due process* et compétence trouve donc sa source dans la théorie territoriale de la compétence : C. KESSEDJIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987, 143-144, n° 236-237.

<sup>337</sup> V. la présentation d'ensemble par G. BORN, 1996, 67-78 ; E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, 2000, 281-291.

57. Le rôle du 'due process' dans la pratique américaine des conflits de juridiction - En s'appuyant sur le *due process* pour en déduire l'obligation du respect des 'contacts minimum', la Cour Suprême visait à protéger le défendeur contre les revendications de compétence les plus abusives. Comme elle l'a indiqué dans l'arrêt *World Wide Volkswagen*, "la notion de 'contacts minimum' [...] protège le défendeur contre la charge d'un procès dans un for distant ou inapproprié".<sup>338</sup>

Lorsqu'il s'interroge sur sa compétence internationale, le tribunal américain ne doit pas seulement avoir égard à l'exigence des contacts suffisants. Il faut d'abord et avant tout qu'il examine les prescriptions de l'Etat auquel il appartient ou dans lequel il siège. Certains Etats disposent de règles précises visant différentes hypothèses, qui sont fort comparables aux règles traditionnelles en vigueur sur le continent.<sup>339</sup> Dans ce cas, le *due process* ne joue qu'un rôle purement *négatif*, en corrigeant les effets les plus exorbitants des règles étatiques. Dans d'autres Etats, la compétence ne fait l'objet que d'une seule règle générale, qui se contente de renvoyer au prescrit constitutionnel.<sup>340</sup> Le concept de lien suffisant opère alors non seulement comme limite aux revendications de compétence, mais également comme la fondation de toute revendication.<sup>341</sup>

Même si son rôle diffère selon le degré d'élaboration des règles de compétence des Etats, on ne peut nier que la clause de 'due process' a acquis une importance considérable dans le droit américain des conflits de juridiction. On va voir que cette constitutionnalisation n'a pas été sans soulever d'importantes difficultés.

## B. LES RÉSULTATS DÉCEVANTS DE L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

58. Un recours à la Constitution dans la logique des choses - Que la Cour Suprême se soit appuyée sur la Constitution pour tenter de mettre de l'ordre dans les revendications étatiques de compétence paraît naturel dans un système fédéral où la loi fondamentale est souvent le seul recours pour délimiter le terrain d'action des différents niveaux de pouvoir. Comme le notait M. Juenger, "un système fédéral comme le système américain a évidemment besoin de principes qui répartissent la compétence de dire le droit entre les Etats et il était naturel d'avoir recours pour ce faire à la Constitution, même si ce texte n'aborde pas directement la question".<sup>342</sup> La Cour a dans le même

<sup>338</sup> *World Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 291-292 (1980) : "The concept of minimum contacts [...] protects the defendant against the burdens of litigating in a distant or inconvenient forum ». Comme on l'a vu, le 'due process' remplit également une autre fonction, à savoir permettre à la Cour Suprême d'exercer un contrôle sur les tribunaux des Etats. La Cour dira de la notion des 'contacts minimum' qu'elle "acts to ensure that acts to ensure that States, through their courts, do not reach out beyond the limits imposed on them by their status as coequal sovereigns in a federal system", 444 U.S. 286, 292. Sur cet aspect de la question, v. H. SCHACK, *op. cit.*, 1983, 8-10.

<sup>339</sup> V. par exemple les législations en vigueur dans les états de l'Illinois (Ill. Rev. Stat. Ch. 110, §2-209), de Floride (Fla. Stat. Ann. §48.193) et de New York (N.Y. Civ. Prac. Law, § 302 (a)). V. aussi le *Uniform Interstate and International Procedure Act*, en particulier le § 1.03, reproduit in G. BORN, 1996, 1055, mais qui n'a pas été adopté par les Etats.

<sup>340</sup> C'est le cas par exemple de la Californie, où la seule disposition pertinente énonce que "A Court of this state may exercise jurisdiction on any basis not inconsistent with the Constitution of this State or of the United States" : Cal. Civ. Proc. Code, § 410.10 (1973). M. Schack voit dans cette règle une "capitulation of the state legislator" (*op. cit.*, 1983, 3).

<sup>341</sup> Comp. H. G. MAIER, "A Hague Conference Judgments Convention and U.S. Courts: A Problem and a Possibility", *Albany L. Rev.*, 1998, (1207), 1210 (selon qui "U.S. constitutional law concerning judicial jurisdiction under the Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments is limiting law, not prescribing law").

<sup>342</sup> F. K. JUENGER, compte-rendu de l'ouvrage de T. Pfeiffer, *Am J. Comp. L.*, 1996, (521), 522 : "A federal system like the U.S. obviously needs principles that allocate the power to hear cases among the states and it is only

temps mis fin aux difficultés engendrées par sa jurisprudence *Pennoyer*, dont la rigidité avait conduit les tribunaux à tolérer de multiples exceptions, qui s'efforçaient au prix de nombreux artifices, de réconcilier la nécessité d'établir la compétence avec la règle de la présence physique du défendeur.<sup>343</sup>

Le résultat est cependant de l'avis général décevant. La doctrine américaine a dénoncé depuis longtemps les dangers et les errements auxquels a pu conduire la constitutionnalisation des règles de compétence. Sans s'attarder sur le manque de cohérence dont fait parfois preuve la Cour,<sup>344</sup> ou encore sur le risque que la constitutionnalisation empêche toute réforme législative et rende plus difficile la négociation de conventions internationales, qui doivent passer le test de conformité au prescrit fondamental,<sup>345</sup> le principal reproche formulé à l'encontre de la jurisprudence américaine est l'*incertitude* à laquelle elle a conduit.<sup>346</sup>

59. Une jurisprudence à l'origine de nombreuses incertitudes - Fidèle à sa mission, la Cour Suprême s'est en effet contentée d'explicitier les principes généraux qui découlent des dispositions constitutionnelles, sans chercher à formuler des règles précises. Les règles dégagées par la Cour, à la suite de l'arrêt *International Shoe*, restent vagues ou au mieux d'une grande flexibilité et souplesse. Elles sont le plus souvent construites autour de concepts indéfinis et de notions ouvertes qui laissent place à une certaine interprétation, tel que '*activities in or relating to the forum*,<sup>347</sup> '*reasonableness*'<sup>348</sup> ou

---

natural to look for such principles in the Constitution, even though that document does not explicitly address the point".

<sup>343</sup> V. A. A. EHRENZWEIG, "The Transient Rule of Jurisdiction: the 'Power' Myth and Forum Conveniens", *Yale L.J.*, 1956, 289-314.

<sup>344</sup> Bien qu'elle ait déclaré abandonner le concept de 'puissance' et de souveraineté pour lui préférer celui de *due process*, certaines décisions de la Cour Suprême, et notamment celle dans l'affaire *Burnham* (*Burnham v Superior Court of California*, 110 S. Ct. 2105 (1990)) semblent en revenir à un tel fondement pour justifier la constitutionnalité de la compétence fondée sur la signification de la citation introductive d'instance (tag jurisdiction). V. les critiques de P. HAY, "Transient Jurisdiction, Especially over International Defendants: Critical Comments on *Burnham v. Superior Court of California*", *U. Ill. L. Rev.*, 1990, 593 e.s.; P. BORCHERS, "The Death of the Constitutional Law of Personal Jurisdiction: From *Pennoyer* to *Burnham* and Back Again", *U. C. Davis L. Rev.*, 1990, 19 e.s.. V. également P. J. BORCHERS, "Comparing Personal Jurisdiction in the U.S. and the European Community: Lessons for American Reform", *Am J. Comp. L.*, 1992, (121), 125-126 et les autres exemples cités par CH. CHALAS, 59-60, n° 40.

<sup>345</sup> Sur ce point, F. K. JUENGER, compte-rendu, *Id.*, *Am J. Comp. L.*, 1996, 527 et du même, "A Shoe Unfit for Globetrotting", *U. C. Davis L. Rev.*, 1995, (1027), 1040-1041. Sur le danger de 'Versteinerung', T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1995, 296-300.

La négociation de la future Convention de La Haye a donné lieu à un débat sur la question de savoir quel serait le sort d'une convention qui ne respecterait pas les exigences du 'due process', v. les avis contraires de P. BORCHERS, "Judgments Convention and Minimum Contacts", *Albany Law Review*, 1998, 1161-1173 (selon qui le problème ne se poserait pas en raison de la marge de manoeuvre dont disposeraient les autorités fédérales américaines dans la conduite de négociations internationales) et de S. E. COX, "Why Properly Construed Due Process Limits on Personal Jurisdiction Must Always Trump Contrary Treaty Provisions", *Albany Law Review*, 1998, 1177-1205 (qui voit dans la clause du *due process* un obstacle dirimant à la conclusion d'une convention qui outrepasserait les limites posées par cette clause).

<sup>346</sup> On pourrait s'étonner devant ce constat d'incertitude, que les négociateurs de la Convention de La Haye aient jugé bon de reprendre à leur compte, à l'article 18(1) du projet, l'idée de 'lien substantiel' entre un Etat et le litige ou le défendeur. Le rôle joué par ce concept est toutefois totalement différent: là où dans le droit américain, il constitue le fondement même de la revendication de compétence à laquelle il doit tant bien que mal donner forme, l'exigence du lien substantiel ne constitue dans le projet de La Haye qu'une condition *négative* visant à exclure l'application de certains chefs de compétence prévus par les droits nationaux. Cantonné dans ce rôle purement négatif, l'idée de lien substantiel révèle toute sa force et sa pertinence, sans pour autant charrier le lot de contestations qu'elle provoque aux Etats-Unis.

<sup>347</sup> *Kulko v Superior Court*, 436 U.S. 84, 98 (1978).

<sup>348</sup> *World Wide Volkswagen* 444 U.S. 286, 292 (1980).

encore *'foreseeability'*.<sup>349</sup> Certes la flexibilité, qui peut être déconcertante pour le juriste continental habitué à l'apparente rigueur de ses codes, est indissociable du mode de raisonnement casuistique des juristes américains en général et des internationalistes parmi eux en particulier.<sup>350</sup> Certes encore, les concepts dégagés par la Cour doivent être conjugués avec les règles de compétence des Etats fédérés. On a toutefois vu que celles-ci ne brillaient pas toujours par leur précision (*supra*, n° 55. On ne s'étonnera dès lors pas que la flexibilité qui caractérise les règles de compétence soit dénoncée comme un facteur d'incertitude et donc de controverse entre parties, qui contribue à retarder l'issue des litiges.<sup>351</sup> Comme l'a noté une Cour d'Appel, trop souvent la seule réponse qu'un avocat peut donner à son client lorsque celui-ci lui demande si un tribunal se reconnaîtra compétent est "Gee, I can't say for sure".<sup>352</sup> Au-delà de la boutade, le sentiment de désarroi n'est pas moins réel et partagé par d'autres tribunaux.<sup>353</sup>

<sup>349</sup> *Shaffer v Heitner*, 433 U.S. 186, 216 (1977).

<sup>350</sup> V. les réflexions de W. REESE, « Choice of Law : Rules or Approach », *Cornell L. Rev.*, 1972, 315 e.s. ainsi que les observations fort pertinentes d'un commentateur à cheval entre les deux traditions, M. REIMANN, *Conflict of Laws in Western Europe. A Guide Through the Jungle*, New York, Transnational Publishers, 1995, 9-17.

<sup>351</sup> Trois auteurs en particulier n'ont pas ménagé leurs critiques à l'égard de la jurisprudence. Il s'agit de P. J. BORCHERS (cf. "Judgments Convention and Minimum Contacts", *Albany Law Rev.*, 1998, 1166-1167 - l'auteur note que la jurisprudence de la Cour introduit beaucoup d'incertitudes parce que la règle des 'minimum contacts' "is an uncertain and malleable doctrine"; à la p. 1162 l'auteur parle de "the messy state of American jurisdiction". V. du même *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1992, (121), 121-127 - où il explique que "In a area in wich stability and certainty are at premium, the Court's intervention has produced a haphazard jurisdictional doctrine that has left matters in an unacceptable posture. The Supreme Court has evinced great uncertainty as to, and a great preoccupation with, the theoretical underpinnings of its doctrine, while steering an erratic course that confuses courts, counsels, academicians and often the Justices as well" - et "Jurisdictional Pragmatism : International Shoe's Half Buried Legacy", *U. C. Davis L. Rev.*, 1995, 561 e.s., dans lequel il note à la p. 564 que "the only fair conclusion is that jurisdiction in the U.S. is a mess"); R. J. WEINTRAUB (v. surtout "A Map out of the Personal Jurisdiction Labyrinth", *U. C. Davis L. Rev.*, 1995, 531-559 - où il note que la jurisprudence de la Cour "has added layer upon layer of complexity to the due process test for personal jurisdiction and [...] as a result, the threshold determination of in personam jurisdiction has become one of the most litigated issues in state and federal courts [...]"), 531 - et du même, "Due Process Limitations on the Personal Jurisdiction of State Courts : Time for Change", *Oregon L. Rev.*, 1984, 485 e.s.) ainsi que de F. K. JUENGER (v. "American Jurisdiction : A Story of Comparative Neglect", *U. Colo L. Rev.*, 1993, 1 e.s.; "A Shoe Unfit for Globetrotting", *U. C. Davis L. Rev.*, 1995, 1027 e.s. et "Supreme Court Intervention in Jurisdiction and Choice of Law : A Dismal Prospect", *U. C. Davis L. Rev.*, 1981, 907 e.s.). V. également F. A. MANN, *ac.*, *Recueil des cours*, 1984-III, t. 186, 68 (selon qui la jurisprudence de la Cour Suprême "has led the lower courts to results which in many cases are unattractive and [...] unsatisfactory [...]. The general impression which [these cases] create [...] is that due process as understood in modern American law cannot provide firm guidance to the doctrine of international civil jurisdiction").

<sup>352</sup> *Hall's Specialties, Inc. v Fred Schupbach Jr. et al.*, 758 F. 2d 214, 216 (7th Cir. 1985) (en l'occurrence il s'agissait d'un banal litige entre un vendeur et un acheteur à propos du défaut de conformité du produit vendu. La Cour fut forcée d'avouer que "Now, one would think that in a rational system [...] experienced lawyers could simply and with conviction unanimously answer [la question de la compétence du tribunal]. But as we know, to our embarrassment, the only honest answer the lawyer can probably give is 'Gee, I can't say for sure'". Et la Cour d'ajouter "Put these issues to a panel of judges and you're apt to get a split decision", p. 215 et p. 216 la Cour parle de "the mish-mash of personal jurisdiction-minimum contacts-due process cases spawned over the years").

V. également *Lakeside Bridge Steel Co. v Mountain State Construction Co.*, 597 F.2d. 596 (7th Cir. 1979), *cert. denied* 445 U.S. 907, 63 L. Ed. 2d 325, 100 S.Ct. 1087 (1980) ("So long as [...] due process standards continue to be susceptible only of a case-by-case application, reasonable minds will differ in particular cases and the 'degree of predictability to the legal system' desired by the Supreme Court [...] will prove elusive").

<sup>353</sup> P. ex. *Pneuma-Flo Systems, Inc. v Universal Machinery Corp.*, 454 F. Supp. 858, 860 (S.D.N.Y. 1978) (le tribunal note que "The price paid for the abandonment of the hard and fast rule established by Pennoyer [...] has been the virtue of uncertainty").

V. également l'opinion dissidente des juges Powell et White dans l'affaire *Lakeside Bridge & Steel Co. v Mountain State Construction Co.*, 597 F.2d 596 (7th Cir. 1979), *cert. den.*, 445 U.S. 907, 909 (1980) (dans laquelle la Cour Suprême a refusé d'entendre le recours contre la décision entreprise de la Cour d'Appel du 7ème Circuit. Dans une opinion dissidente, chose rare s'agissant d'une requête de *certiorari*, les deux juges expliquèrent que "The question of personal jurisdiction over a nonresident corporate defendant based on contractual dealings with a resident plaintiff has deeply divided the federal and state courts [...]. The disarray among federal and state courts [...] may well have a disruptive effect on commercial relations in which certainty of result is a prime objective. This disarray also strongly suggests that prior decisions of this Court offer no clear guidance on the question" (910-911)).

M. Russel Weintraub a démontré de façon convaincante la confusion qui entachait la jurisprudence américaine : examinant trois situations typiques, à savoir une vente entre professionnels, l'action d'un consommateur accidenté lors d'un voyage d'agrément et l'action en réparation d'une personne qui se prétend diffamée, il a fait observer que pour chaque cas il est possible de trouver des décisions portant sur des faits comparables et qui tranchent dans un sens ou dans l'autre.<sup>354</sup> On comprendra que dans ces conditions, il est difficile pour les justiciables de modifier leurs comportements et leurs pratiques contractuelles pour anticiper sur le risque d'être attiré devant les tribunaux de tel ou tel Etat.

60. La prévisibilité des solutions subordonnée à la justice du cas individuel - Comme l'a bien expliqué un auteur allemand, le recours à des concepts indéfinis et la préférence pour une méthode essentiellement casuistique pour asseoir les règles de compétence procède d'un choix délibéré qui privilégie la justice du cas individuel sur la prévisibilité des solutions.<sup>355</sup> La Cour Suprême a expressément reconnu qu'elle entendait privilégier les solutions justes, fut-ce au prix de la sécurité juridique : dans l'affaire *Shaffer*, déjà évoquée, le demandeur se plaignait de ce que la subordination du for du patrimoine - compétence dite *quasi in rem*, qui avait jusque là échappé à l'emprise de la jurisprudence *International Shoe* -, aux principes déduits du concept des 'contacts suffisants', priverait les justiciables de la prévisibilité offerte par un for facilement déterminable. La Cour se montra insensible à cet argument : elle rappela tout d'abord que dans la plupart des cas, il serait facile au juge de se laisser guider par les principes posés dans l'arrêt *International Shoe*. Envisageant ensuite l'hypothèse d'une difficulté d'application de ces principes, la Cour expliqua que "la simplification de la procédure qui irait de pair avec la disparition de la question de la compétence pourrait avoir comme résultat le sacrifice de l'équité et de la justice matérielle. Ce coût est trop élevé".<sup>356</sup> Et dans une autre espèce, la Cour reconnut que sa jurisprudence ne laissait que peu de place à des réponses catégoriques ; ni le noir, ni le blanc ne l'emportera, mais bien les différentes teintes de gris !<sup>357</sup>

Le caractère ouvert et indéfini des règles de compétence n'a pas été sans renforcer l'importance de la doctrine du *forum non conveniens* dans la détermination du juge compétent. Les règles de compétence étant vagues et floues, le doute profite au demandeur qui peut soutenir que le tribunal saisi est compétent. Il revient alors au défendeur d'invoquer le caractère inapproprié du for pour obtenir son dessaisissement.<sup>358</sup>

<sup>354</sup> R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 4<sup>ème</sup> ed., Mineola, Foundation Press, 2001, 186-189.

<sup>355</sup> H. SCHACK, *op. cit.*, 1983, 16 : "[t]he desire for extreme justice in each and every individual case produces injustice for innumerable other plaintiffs and defendants who are forced to undergo a costly litigation in the name of an unpredictable individual justice". V. aussi les observations de R. C. CASAD, « Jurisdiction in Civil Action at the End of the Twentieth Century. Forum Conveniens and Forum Non Conveniens », in M. TARUFFO (éd.), *Abuse of Procedural Rights. Comparative Standards of procedural fairness*, La Haye/Boston, Kluwer Law International, 1999, (251), 267 : "One problem with our system is that in our desire to be perfectly fair in the exercise of jurisdiction, we use standards that say little more than that : be fair. But that invites virtually every defendant with resources to contest jurisdiction in cases where it is really not uncertain".

<sup>356</sup> *Shaffer v Heitner*, 433 U.S. 186, 97 S. Ct. 2569, 53 L.Ed 2d 683 (1977) : "the fairness standard of International Shoe can be easily applied in the vast majority of cases. Moreover, when the existence of jurisdiction in a particular forum under International Shoe is unclear, the cost of simplifying the litigation by avoiding the jurisdictional question may be the sacrifice of 'fair play and substantial justice'. That cost is too high".

<sup>357</sup> *Kulko v Superior Court*, 436 U.S. 84, 92 (1978) : "few answers will be written in black and white. The greys are dominant and even among them the shades are innumerable".

<sup>358</sup> Sur les liens entre le *forum non conveniens* et les règles de compétence, v. ALBRIGHT, "In Personam Jurisdiction : A Confused and Inappropriate Substitute for Forum Non Conveniens", *Texas L. Rev.*, 1992, 351 e.s. ; L. SILBERMAN, "Developments in Jurisdiction and Forum Non Conveniens in International Litigation : Thoughts on Reform and a Proposal for a Uniform Standard", *Texas. Int'l. L. J.*, 1993, 501-530.



Le poids accru du *forum non conveniens*, sur lequel est reporté la tâche de déterminer la légitimité de la revendication de compétence, n'est pas sans renforcer à son tour l'imprévisibilité des solutions.<sup>359</sup>

Il faut se garder de dramatiser. L'incertitude dénoncée ici ne prête en effet pas à trop grande conséquence au sein de l'espace judiciaire américain, qui fait preuve d'une grande homogénéité juridique. Il reste que les règles de compétence sont les mêmes pour les litiges proprement internationaux. Or lorsque le litige dépasse les frontières américaines, le souci de prévisibilité n'en devient que plus pressant.

**61. Obsession réductrice pour les intérêts du défendeur** - L'incertitude n'est pas la seule difficulté engendrée par la jurisprudence de la Cour Suprême. La référence au droit du défendeur à un procès équitable<sup>360</sup> paraît également trop réductrice pour fonder l'ensemble des règles de compétence. On verra que la détermination de la compétence internationale est au centre d'une pluralité d'objectifs parfois contradictoires (*infra*, n° 110). Pour ne prendre qu'un exemple, il est indéniable que la règle de compétence ne peut systématiquement ignorer les intérêts du demandeur. Or 'l'obsession' de la Cour Suprême pour la protection du défendeur risque de conduire à négliger le sort de l'autre partie.<sup>361</sup> Lorsque d'autres intérêts sont en jeu, qui méritent tout autant protection, leur prise en compte ne sera possible qu'au prix d'artifices ou de ruses, faute de cadre conceptuel approprié. On peut par exemple craindre que si la Cour Suprême entendait protéger une catégorie particulière de demandeurs, par exemple les consommateurs, elle ne puisse le faire qu'en procédant à une interprétation extensive des 'contacts minimum', qui ne manquerait pas de se répercuter sur le reste de la jurisprudence.<sup>362</sup>

En somme, le règne absolu du procès équitable dans le droit américain des conflits de juridiction conduit à une impasse. On ne s'étonnera dès lors pas que la complexité et l'incertitude inhérente au concept de 'minimum contacts' aient incité de nombreux auteurs à dépasser la simple critique<sup>363</sup> pour formuler des propositions de réforme.<sup>364</sup>

<sup>359</sup> CH. CHALAS va encore plus loin. Elle explique que "l'abandon de la 'power theory' et la considérable expansion de la compétence juridictionnelle qui s'en est suivi ont rendu *nécessaire* le recours à la doctrine du forum non conveniens aux Etats-Unis" : 68, n° 50 (nous soulignons).

<sup>360</sup> La formule d'*International Shoe* est de savoir s'il existe des "minimum contacts" "between the defendant and the forum so as to satisfy due process", 326 U.S. 310, 316. V. aussi *Kulko v Superior Court*, 436 U.S. 84, 92 (1978) (les intérêts du défendeur constituent "the essential criterion") ; *World Wide Volkswagen Corp. v Woodson*, 444 U.S. 286, 292 (1980) (constituent "the primary concern").

<sup>361</sup> En ce sens, F. K. JUENGER, compte-rendu de l'ouvrage de T. Pfeiffer, *Am J. Comp. L.*, 1996, 529 ; H. SCHACK, *o.c.*, 1983, 11-12 (selon qui "the narrowing perspective has a potential of generating undue hardship for the plaintiff [...]" p. 12 et p. 14 : "the exclusive defendant focus appears to be a basic flaw and should be replaced by a party neutral perspective"). V. également l'opinion dissidente du juge Brennan in *World Wide Volkswagen Corp. v Woodson*, 444 U.S. 286, 308-309 et les observations de L. MULLENIX, "Class Actions, Personal Jurisdiction and Due Process : Implications for Mass Tort Litigation", *U. C. Davis L. Rev.*, 1995, (870), 873, qui dénonce "the almost obsessive judicial concern with defendants' due process".

<sup>362</sup> P. ex. *MacGee v Int'l Life Ins.*, 355 U.S. 220 (1957), à propos d'un litige en matière d'assurance.

<sup>363</sup> Même les partisans de la nécessité et de l'utilité d'une limite constitutionnelle aux règles de compétence, reconnaissent que certaines décisions de la Cour Suprême ne peuvent être approuvées : p. ex. S. COX, *l.c.*, *Albany Law Rev.*, 1998, 1177, qui défend le test des 'minimum contacts' et l'irrevocation de la clause *due process* mais seulement si elle est "properly construed", ce qui n'est pas le cas selon lui dans certaines décisions comme par exemple dans l'affaire *Burnham*.

<sup>364</sup> V. p. ex. R. J. WEINTRAUB, *o.c.*, 2001, 189-195 : l'auteur propose de se débarrasser du dictat des 'minimum contacts' pour ne retenir que l'exigence d'un "fondement raisonnable" ("rational basis") qui suffirait pour justifier l'exercice de la compétence. Cette formule, qu'il résume sous le titre de "fairness without contacts", permettrait au demandeur, dans la majorité des cas, d'agir devant le tribunal de son propre domicile. *Add Hall's Specialties, Inc. v Fred Schnpbach Jr. et al.*, 758 F.2d. 214, 216 (la Cour aspire à une évolution "in the direction of establishing more objective and concrete standards to apply personal jurisdiction issues") et *Lakeside Bridge Steel*

D'aucuns n'ont pas caché à cette occasion qu'ils étaient favorables à un modèle inspiré des Conventions de Bruxelles et de Lugano. C'est le cas de M. Borchers, qui s'est fait une spécialité de dénoncer la trop grande incertitude entourant selon lui les règles américaines de compétence, assortissant ses démonstrations d'opportunes comparaisons avec les règles en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen.<sup>365</sup> Récemment cet auteur semble avoir reporté ses espoirs sur les efforts de la Conférence de La Haye, dont les travaux pourraient contribuer à 'assainir' les règles de compétence américaines.<sup>366</sup> En définitive, la constitutionnalisation de la question de la compétence a certainement contribué à lui donner un certain éclat.<sup>367</sup> Elle a toutefois montré ses limites, dont on aperçoit difficilement comment elles pourraient être surmontées sans un abandon du paradigme même des 'minimum contacts'.

## § 2. Le droit au procès équitable et la compétence internationale

62. **Généralités** – Les difficultés engendrées par la constitutionnalisation en droit américain des règles de compétence, n'ont pas empêché un nombre toujours croissant de commentateurs européens de s'inspirer de l'expérience américaine pour examiner l'influence potentielle des droits de l'homme et plus particulièrement du droit à un procès équitable, sur les règles de compétence internationale.<sup>368</sup> Cette réflexion se situe dans le

---

*Ca. v Mountain State Construction Co.*, 597 F.2d. 596 (7<sup>th</sup> Cir. 1979), *cert. denied* 445 U.S. 907, 63 L. Ed. 2d 325, 100 S.Ct. 1087 (1980) ("A strong case could be made for a set of concrete, objective standards, at least as a statutory matter, however arbitrary they might seem in individual cases, that would enable litigants to determine whether jurisdiction was present [...]").

<sup>365</sup> P. J. BORCHERS, *loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 1992, 121-157 (dans son zèle, l'auteur semble toutefois ignorer certaines failles de l'édifice européen, comme par exemple l'incroyable complexité qu'entraînait l'application du for du lieu d'exécution en matière contractuelle); F. K. JUENGER, "Judicial Jurisdiction in the U.S. and the European Communities: A Comparison", *Michigan L. Rev.*, 1984, 1195 e.s. V. déjà sur ce thème H. DE VRIES et A. LOWENFELD, « Jurisdiction in Personal Actions. A Comparison of Civil and Common Law Views », *Iowa L. Rev.*, 1959, 306 e.s.

<sup>366</sup> P. J. BORCHERS, *loc. cit.*, *Albany Law Rev.*, 1998, 1166-1167. V. également les espoirs exprimés par S. B. BURBANCK, « Jurisdictional Equilibration, the Hague Convention and Progress in National Law », *Am J. Comp. L.*, 2001, 203-247 (qui voit dans les négociations de La Haye une occasion de réformer la pratique américaine, du moins dans l'approche des conflits de procédures, spéc. pp. 227-235 et 242-246). *Adde* les efforts de l'*American Law Institute* pour préparer une loi fédérale qui accompagnera l'entrée en vigueur de la future Convention de La Haye, v. A. F. LOWENFELD and L. J. SILBERMAN, "A Different Challenge for the ALI: Herein of Foreign Country Judgments, an International Treaty, and an American Statute Proposal for Project on Jurisdiction and Judgments Convention", *Indiana Law Journal*, 2000, 635-647.

<sup>367</sup> V. les observations de M. REIMANN, *op. cit.*, 1995, 67-68, qui avertit le juriste américain qu'en Europe les controverses sur la compétence « lack the glamour of constitutional disputes » et qu'elles « are rarely fought all the way up to the highest tribunal ».

<sup>368</sup> Parmi l'abondante littérature, v. surtout les travaux de R. GEIMER ("Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Normierung der internationalen Zuständigkeit", *Europa in Aufbruch. Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*, F. MATSCHER et al. (éds.), Vienne, Manzsche, 1993, 179 e.s.; "Verfassung, Völkerrecht und Internationale Zivilverfahrensrecht", *Z. f. R.V.*, 1992, 311 e.s.; "Internationalrechtliches zum Justizgewährungsanspruch. Eine Skizze", in *Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Scheidungsgerichtsbarkeit. Festschrift für H. Nagel zum 75. Geburtstag*, W. J. HABSCHEID (éd.), Münster, Aschendorff, 1987, 36 e.s.) ainsi que de F. MATSCHER ("IPR und IZVR vor den Organen der EMRK. Eine Skizze", in *Festschrift für Karl H. Neumeyer*, Baden-Baden, 1985, 459 e.s. et "Die Einwirkungen der EMRK auf das Internationale Privat- und zivilprozessuale Verfahrensrecht", in *Europa in Aufbruch. Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*, F. MATSCHER et al. (éds.), Vienne, Manzsche, 1993, 71-85).

Pour une étude des difficultés posées par l'application du droit au procès équitable à la procédure d'exequatur, v. P. MAYER, "Droit au procès équitable et conflit de juridictions", in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 1996, 125-138.

La réflexion a même été portée sur le terrain de l'arbitrage, v. F. MATSCHER, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme", in *La Convention européenne des droits de l'homme*, L.-E. PETTITI et al. (éds.), Paris, Economica, 1995, 281-292 et plus récemment A. CAMBI FAVRE-BULLE et G.-A. DAL et al., *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 170 p.

prolongement du questionnement plus large sur les rapports entre le droit international privé et les droits de l'homme.

Après avoir présenté les analyses de la doctrine (A), on procédera à une évaluation du rôle potentiel du procès équitable dans la détermination de la compétence internationale des tribunaux tout en constatant que le débat n'a pas eu de répercussions significatives sur la pratique judiciaire (B).

(A) LA CONFRONTATION ENTRE LE PROCÈS ÉQUITABLE ET LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE DANS LA DOCTRINE

**63. Un débat en deux phases** - Le débat sur l'influence potentielle du procès équitable dans la détermination de la compétence internationale a connu plusieurs phases. Après s'être dans un premier temps attaqué aux seuls fors exorbitants, les commentateurs se sont ensuite penchés sur les règles de compétence en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen. Une présentation successive de ces deux étapes permettra ensuite d'en faire la synthèse.

(i) Procès équitable et fors exorbitants

**64. Introduction** - On a déjà évoqué les excès auxquels peuvent conduire les règles de compétence exorbitantes (*supra*, n° 39 e.s.). On ne s'étonnera dès lors pas que ces règles aient fait l'objet des premières investigations portant sur la légitimité de revendications de compétence à l'aune du procès équitable.

**65. L'étude pionnière de M. Lagarde** - Dans son cours consacré au principe de proximité, M. Lagarde a suggéré de déduire du droit à un procès équitable une clause d'exception fondée sur le principe de proximité qui permettrait d'exclure les fors les plus exorbitants. Lorsqu'un défendeur ne peut accéder au tribunal saisi ou ne peut le faire qu'au prix de frais prohibitifs, il y aurait selon l'internationaliste français une violation du droit à ce que sa cause soit entendue équitablement.<sup>369</sup> Sa condamnation est dirigée contre certains fors exorbitants, et en particulier le for de la nationalité du demandeur et le for du patrimoine du défendeur, lorsqu'ils sont appliqués à 'l'état pur', sans qu'existe *in casu* aucun autre lien concret entre le litige et le tribunal saisi.<sup>370</sup> L'auteur va même jusqu'à se demander si ne serait pas en formation un "principe général de droit international obligeant les tribunaux à se dessaisir lorsque leur compétence, le plus souvent exorbitante, est à ce point contraire au principe de proximité qu'elle équivaut à priver le défendeur d'un procès juste et équitable".<sup>371</sup>

Cette première analyse est toute en nuances, l'auteur se gardant d'ériger le procès équitable en censeur général et abstrait des règles de compétence. Elle est d'autant plus séduisante qu'elle rattache les exigences du procès équitable à un principe général de proximité dont on verra qu'il jouit d'un accueil de plus en plus important dans la détermination du juge compétent (*infra*, n° 110).

<sup>369</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, 157.

<sup>370</sup> *Idem*, 156, n° 159.

<sup>371</sup> *Ibid.*, 155-156.

66. **Les recherches de la doctrine allemande** – Les choses n'en sont pas restées là. Influencés sans doute par les investigations de M. Lagarde, et alimentés par la jurisprudence relative au for du patrimoine déjà évoquée (*supra*, n° 43), les chercheurs allemands se sont à leur tour intéressés à la confrontation entre le procès équitable et la compétence internationale. Les études qui se sont alors multipliées ont été l'occasion d'une systématisation des premiers résultats dégagés par M. Lagarde.<sup>372</sup>

D'emblée, la doctrine allemande, toujours soucieuse de se rattacher à un fondement de droit positif, a préféré substituer au principe général de proximité, principe noble mais ne faisant pas en tant que tel l'objet d'une consécration explicite générale, le droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.<sup>373</sup> L'idée générale développée par ces auteurs, est que le droit à un procès équitable, en tant qu'il comporte un droit d'accès *effectif* à la justice, peut avoir une influence sur la mesure dans laquelle les Etats permettent, par le biais de leurs règles de compétence internationale, aux parties de solliciter la protection de leurs tribunaux. Ce n'est pas l'impossibilité pour le demandeur de saisir un tribunal qui est au centre des préoccupations, chacun étant conscient que les règles de compétence offrent généralement un choix plus que satisfaisant au demandeur. Au contraire, c'est justement la diversité des fors accessibles au demandeur, et leur étendue, qui risque de causer préjudice au défendeur assigné d'une manière telle que l'équilibre entre les parties serait rompu. Toute la question est alors de savoir à partir de quand la contrainte qu'une règle de compétence fait peser sur le défendeur devient excessive.

On a ainsi pu déduire de l'article 6 de la Convention européenne une interdiction d'un exercice *abusif* de la compétence internationale. Ainsi, selon M. Matscher, les organes de la Convention pourraient-ils dénoncer une revendication abusive de compétence par un Etat dans une espèce internationale.<sup>374</sup> L'existence d'un abus devrait être examinée à la lumière des liens entre le for et les parties.<sup>375</sup> Selon M. Geimer l'application de l'article 6 doit se traduire par l'exigence de l'existence d'un lien entre le litige et le for. Alors que le droit international public se contenterait selon cet auteur d'un lien 'raisonnable', le droit à un procès équitable irait plus loin et exigerait que les fors compétents soient "*zumutbar*", c'est-à-dire qu'ils garantissent au défendeur une possibilité réelle d'assurer sa défense.<sup>376</sup>

<sup>372</sup> L'intérêt de la doctrine allemande pour la question ne doit pas étonner quand on connaît l'importance du contrôle de la constitutionnalité des lois dans le système juridique de la République fédérale allemande, importance qui est à son tour le fruit de l'influence américaine sur le système allemand de l'après-guerre.

<sup>373</sup> Soulignons d'emblée qu'il serait dangereux de prétendre établir un parallèle entre le droit au procès équitable tel que garanti par l'article 6 de la CEDH et la(es) clause(s) de 'due process' de la Constitution américaine. Il va de soi que si l'idée centrale est la même, ces dispositions recouvrent des réalités différentes et sont appelées à fonctionner dans des contextes fort différents.

<sup>374</sup> F. MATSCHER, *l.c.*, in *Europa in Aufbruch. Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*, F. MATSCHER et al. (éds.), Vienne, Manzsche, 1993, (72-85), 80 ("ein Verbot mißbrauchlicher Ausübung von Gerichtsbarkeit") et du même, "Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme", *Travaux du comité français de DIP*, 1996-97, (211-234), 218 ("on peut déduire de l'article 6 al. 1 aussi l'interdiction d'exercer la juridiction lorsque l'affaire ne présente pas un lien suffisamment étroit avec l'Etat du for"). V. également du même auteur l'étude parue in *Festschrift für W. Henkel zum 70. Geburtstag*, W. GERHARDT (éd.), Berlin, de Gruyter, 1995, 593 e.s.

<sup>375</sup> *Idem*, 80.

<sup>376</sup> R. GEIMER, "Menschenrechte im internationalen Zivilverfahrensrecht", in *Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Bd. 33, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993, (213-275), 226 ("es muß dem Beklagten eine reale Chance auf effektive verteidigung gegeben sein" et aussi "Der durch die [EMRK] geforderte Inlandsbezug ist wesentlich enger zu fassen als der Inlandsbezug, der [...] nach allgemeinen Völkergewohnheitsrecht Basis für die völkerrechtliche Zuständigkeit eines Staates zur [...] Rechtssprechung ist"). Dans le même sens, G. KAUFMANN-KOHLER, *l.c.*, in *Internet. Quel tribunal décide, quelle loi s'applique?*, K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDJIAN (éds.), La Haye, Kluwer Law International, 1998, (89), 97-98 (selon qui l'article 6 "interdit l'admission d'une compétence sans lien suffisant" et

Fidèle à sa préoccupation pour les droits de la demande, M. Geimer insiste également sur le fait que les exigences du procès équitable ne sont pas limitées à la protection du défendeur. Les règles de compétence doivent à ses yeux également prendre en compte les intérêts du demandeur.<sup>377</sup> En définitive, le droit au procès équitable se limite selon Rolf Geimer à tracer les frontières *extérieures* d'un système à l'intérieur duquel les Etats conserveraient entière liberté pour définir les limites de la compétence internationale de leurs tribunaux.<sup>378</sup>

67. **Les suites du débat en France** - Dans le même temps se développait en France un débat sur les privilèges de juridiction bien connus des articles 14 et 15 du Code civil, la doctrine voyant dans le procès équitable une nouvelle arme pour s'attaquer à ces dispositions jugées dépassées.<sup>379</sup> Ici encore on a évoqué la possibilité d'en appeler à l'article 6 de la Convention pour condamner le rôle dévolu à la nationalité des parties dans l'attribution de compétence internationale. Une fois la boîte de Pandore ouverte, d'aucuns en profitèrent pour élargir le champ des investigations aux règles de compétence en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen.

(ii) Procès équitable et règles de compétence européennes

68. **Les travaux de M. Schlosser** - S'il était naturel de se tourner d'abord vers les fors exorbitants, la doctrine ne se contenta pas de cette remise en question somme toute assez peu révolutionnaire. L'analyse se porta ensuite sur les chefs de compétence consacrés par la Convention de Bruxelles. Il revint à M. Schlosser de prendre l'initiative d'ouvrir les hostilités.<sup>380</sup>

Après avoir expliqué comment la Cour Suprême américaine<sup>381</sup> s'était fondée sur la clause du 'due process' pour reconstruire les règles de compétence en vigueur aux Etats-Unis,<sup>382</sup> M. Schlosser s'est proposé de soumettre les règles de compétence utilisées en Europe à un examen fondé sur les libertés fondamentales.<sup>383</sup> Il a ainsi passé en revue une série de chefs de compétence. Sa démonstration est on ne peut plus classique lorsqu'il s'interroge sur le privilège de la nationalité<sup>384</sup> ou encore sur le for du patrimoine.<sup>385</sup> M. Schlosser

le droit au procès équitable exige une appréciation centrée sur les parties, cette exigence étant plus stricte que le lien raisonnable du droit international général).

<sup>377</sup> R. GEIMER, *loc. cit.*, Heidelberg, Müller, Verlag, 1993, (213), 227.

<sup>378</sup> *Idem*, 227-228 et 257-258. M. Geimer déduit cependant de l'article 6 une interdiction pour les Etats de se déclarer systématiquement incompétents pour les litiges entre étrangers, pp. 257-258.

<sup>379</sup> V. surtout D. COHEN, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *R.C.D.I.P.*, 1989, (451-483), 454-463. Ces dispositions n'avaient d'ailleurs pas échappé à la critique allemande, v. déjà U. DROBNIG, "Verstösst das Staatshanghörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages?", *RabelsZ.*, 1970, 636-662 (examen des règles de conflit de loi sous l'angle de l'interdiction européenne de discrimination).

<sup>380</sup> P. SCHLOSSER, "Jurisdiction in International Litigation. The Issue of Human Rights in Relation to National Law and the Brussels Convention", *Rivista di diritto internazionale*, 1991, 5-34.

<sup>381</sup> Qu'il gratifie au passage du titre de "The discoverer and first master of a transnationally generalizable issue", p. 7.

<sup>382</sup> *L.c.*, *Riv. Dir. Int.*, 1991, (5), pp. 7-11.

<sup>383</sup> La question qu'il se pose est la suivante : "Assuming that a rule conferred absolutely arbitrary jurisdiction in international cases, may the Bill of Rights contained in European constitutions be invoked to invalidate them or, at least, to restrict their scope of application ?", (*loc. cit.*, *Riv. Dir. Int.*, 1991, (5), 13).

<sup>384</sup> *Id.*, 23-24.

<sup>385</sup> *Id.*, 25-28.

dépassa toutefois très vite le cadre limité des fors exorbitants traditionnels pour s'attaquer à certaines règles prévues par la Convention de Bruxelles.

Son analyse s'est ainsi portée en particulier sur le for du lieu d'exécution d'une obligation de paiement d'une somme d'argent ainsi que sur le for du lieu de survenance du dommage résultant d'un acte illicite.<sup>386</sup> Critiquant la jurisprudence de la Cour de Justice, qui a choisi de retenir, pour le premier de ces fors, l'obligation qui sert de base à la demande et non l'obligation caractéristique du contrat, il a constaté qu'accorder compétence au lieu de paiement de l'obligation contrevenait à la raison d'être même de la compétence spéciale prévue par l'article 5, à savoir l'idée qu'il existe un lien de rattachement étroit entre la contestation et le tribunal qui est appelé à en connaître (*infra*, n° 97). Or cette proximité territoriale et procédurale ne se vérifie pas nécessairement à l'égard du lieu du paiement du prix tel qu'il est déterminé dans la législation nationale applicable.<sup>387</sup> Et M. Schlosser d'en conclure que le for du lieu du paiement du prix, qu'il juge exorbitant, encourrait certainement la critique de la Cour Suprême américaine.

69. **Les études ultérieures** - L'analyse de M. Schlosser, bien que parfois susceptible d'être nuancée, met le doigt sur une faille du modèle européen de définition de la compétence internationale : le recours à des règles abstraites et générales, dépourvues d'un mécanisme de correction à l'image de la doctrine du *forum non conveniens*, fait naître le risque que le juge désigné soit, dans certaines hypothèses, dépourvu de liens substantiels avec la contestation. L'idée a séduit d'autres auteurs qui, à la suite de M. Schlosser, se sont attachés à examiner de façon critique les règles européennes.<sup>388</sup> La question a récemment été examinée par Mlle. *Chalas*, qui accepte volontiers que la saisine d'un tribunal qui ne présente pas de liens objectifs avec la cause, peut avantager le demandeur au point de mettre en péril la garantie d'un accès effectif à la justice du défendeur.<sup>389</sup>

Cet accord sur le principe n'empêche pas *Ch. Chalas* de se montrer critique à l'égard des condamnations que M. Schlosser prononce à l'encontre de plusieurs règles de compétence prévues par la Convention de Bruxelles. Elle insiste notamment sur l'existence, à côté du souci de protection du défendeur, d'autres considérations, telle que l'objectif de concentration du contentieux, qui méritent toutes autant d'être prises en considération.<sup>390</sup> Il est vrai que le droit au procès équitable est loin d'être la 'pierre philosophale' de la compétence internationale. C'est ce que nous allons constater dans la section suivante.

## (B) LES LIMITES DU DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE

70. **Généralités** - Un consensus semble se dégager dans la doctrine pour accepter que le droit à un accès effectif à la justice puisse exercer une influence sur les limites de la compétence revendiquée par un Etat pour ses tribunaux. Force est toutefois de constater que le débat n'a eu pour l'instant que peu de répercussions pratiques (i). De plus,

<sup>386</sup> Id., 28-33.

<sup>387</sup> Id., 30-31.

<sup>388</sup> P. ex. T. PFEIFFER, ac, 1995, 620 e.s. ; T. KLEINSTÜCK, ac, 1994, 166 e.s.

<sup>389</sup> CH. CHALAS, 428-456. V. aussi C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Paris, LGDJ, 2001, 327-340.

<sup>390</sup> Par ex. à l'égard de l'article 5-3, CH. CHALAS, p. 435, n° 490.

l'emprise du procès équitable sur la compétence internationale n'est pas sans soulever de difficiles questions, notamment sur la sanction d'une éventuelle violation des exigences posées par la liberté fondamentale (ii). Nous aborderons ces questions successivement.

- (i) Le droit au procès équitable et la compétence internationale, un débat bien académique

**71. Pauvreté des applications jurisprudentielles** - La confrontation entre le procès équitable et les conflits de juridiction s'annonce prometteuse. En marge du thème de la compétence internationale, les droits fondamentaux ont d'ailleurs déjà exercé une influence considérable sur d'autres aspects de la procédure internationale, comme par exemple le mécanisme de la *cautio iudicatum solvi*<sup>391</sup> ou encore la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères.<sup>392</sup> La remise en question des règles de compétence n'a toutefois trouvé que peu d'écho.

Avec M. Lagarde, il faut reconnaître qu'il n'existe pas encore de précédent direct pour l'examen des règles de compétence à la lumière du procès équitable.<sup>393</sup> La jurisprudence de la défunte Commission de Strasbourg n'est en tout cas pas d'un grand secours. Dans une espèce tranchée en 1976, un demandeur grec se plaignait de devoir procéder en Angleterre pour réclamer l'autorité parentale à l'égard de son enfant. La compétence des tribunaux anglais était fondée sur la résidence habituelle de l'enfant en Angleterre et la nationalité de la mère. La Commission décida que la revendication de compétence des tribunaux anglais ne constituait pas une violation de l'article 6, les facteurs de rattachement étant suffisants au regard des principes généraux du droit international.<sup>394</sup> La seule autre affaire pertinente soumise à la Commission n'a pas donné lieu à une décision, le grief formulé par le demandeur américain à l'encontre de l'exercice de compétence à son égard par les tribunaux anglais étant frappé de tardivité.<sup>395</sup>

<sup>391</sup> V. l'abondante jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes condamnant diverses dispositions nationales jugées discriminatoires envers le demandeur étranger : C.J.C.E., 1 juillet 1993, *Anthony Hubbard c. Peter Hamburger*, affaire C-20/92, *Rec.*, 1993, I-3777; *R.C.D.I.P.*, 1994, 633, note G. DROZ et les affaires qui ont suivi. Sur cette jurisprudence, v. M. FALLON, "Les conflits de loi et de juridiction dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne", *Recueil des cours*, 1995, t. 253, (9-282), 60-70 et A. A. VAN HOEK, "Artikel 12 EG-Verdrag en het (internationale) procesrecht", *N.I.P.R.*, 2000, 251-258.

La condamnation du privilège indirect de procédure que constitue la caution s'inscrit d'abord dans le cadre de la Convention de Bruxelles (art. 45) et plus largement du droit européen. Fondamentalement, la condamnation se justifie par la violation du principe de non-discrimination. Elle aurait pu être constatée par d'autres fors. V. d'ailleurs en dehors du cadre européen la condamnation de la *cautio* sur base de l'article 6 CEDH, J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 407, n° 462.

<sup>392</sup> Une jurisprudence récente a intégré à l'exception d'ordre public les exigences posées par l'article 6-1 de la CEDH, v. CJCE, 28 mars 2000, *Dieter Kronbacht c. Bamberski*, aff. C-7/98, *Rec.*, 2000, I-1935 et Cass. Fr., 16 mars 1999, *Pordea v Times Newspaper Ltd.*, *J.D.I.*, 1999, 773, note A. HUET ; *R.T.D. Ciu.*, 1999, 469, obs. J. PERROT et les commentaires de H. MUIR WATT, *Reu. Gén. Procédures*, 1999, 747 e.s.

<sup>393</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, 157. M. Geimer note que les organes de Strasbourg n'ont tranché que peu de cas et relativise la portée de son examen, qu'il assimile à de la 'spéculation' (*loc. cit.*, Heidelberg, Müller Verlag, 1993, 217). Dans le même sens, P. SCHLOSSER, *loc. cit.*, *Riv. Dir. Int.*, 1991, (5), 16 : "[...] no case law specifically referring to the European Convention on Human Rights is available [...]" et F. MATSCHER, *loc. cit.*, *Traité des droits de l'homme*, 1996-97, (211), 219 ("la discussion reste plutôt académique", et "la jurisprudence de Strasbourg est plutôt pauvre").

<sup>394</sup> Décision du 13 mai 1976, affaire 6200/73, X. contre Royaume-Uni, inédite, citée par F. MATSCHER, *loc. cit.*, Vienne Manzschke, 1993, (72), 80.

<sup>395</sup> Décision du 4 juillet 1983, Requête n° 10000/82, H. c. Royaume-Uni, D. & R., vol. 33, 1983, 247. En l'espèce le litige opposait un citoyen américain à une entreprise anglaise à propos des conséquences de l'expropriation par la Lybie d'une concession pétrolière sur le contrat conclu entre ces deux parties pour l'exploitation de cette concession. La High Court de Londres avait fondé sa compétence sur la circonstance que le contrat litigieux était régi par le droit anglais, comme le permettait l'Order 11 des Rules of the Supreme Court. Le demandeur

72. La difficile sanction de la méconnaissance du procès équitable - La pauvreté des applications jurisprudentielles n'est peut être que provisoire.<sup>396</sup> Elle s'explique sans doute, en partie au moins, par le caractère *obligatoire* des règles de compétence internationale dans la plupart des pays européens : en principe, les tribunaux de ces pays n'ont pas la liberté de refuser d'exercer une compétence que la loi, ou une convention internationale, leur attribue.<sup>397</sup> Il est dès lors plus difficile pour ces tribunaux de prendre argument de la violation d'un droit au procès équitable pour justifier la mise hors circuit d'une règle de compétence. De plus, les règles de compétence 'à l'européenne' sont souvent plus précises que leurs consœurs américaines, ce qui n'est pas sans prévenir certains excès. Outre les difficiles questions de hiérarchie de normes qu'entraîne l'invocation du droit au procès équitable,<sup>398</sup> se pose la question de la nature de l'éventuelle *sanction* d'une violation de ce droit fondamental.<sup>399</sup>

Constatant qu'il serait difficile pour le juge d'un Etat contractant de refuser d'exercer une compétence que lui confère la Convention de Bruxelles, M. Schlosser suggérerait d'avoir recours au refus de reconnaissance d'un jugement prononcé par un tribunal dont la compétence n'est manifestement pas justifiée au regard de l'impératif du procès équitable.<sup>400</sup> On peut avoir des doutes sur l'opportunité de cette solution - sans parler de sa justification dans l'état actuel des textes - au vu de l'objectif final de libre circulation des jugements que poursuivent les Conventions de Bruxelles et de Lugano.<sup>401</sup> Si elle propose une autre solution inspirée de la technique du *forum non conveniens*,<sup>402</sup> Ch. Chalas

---

reprochait aux tribunaux anglais d'avoir usurpé leur compétence et de l'avoir privé de son juge naturel, en violation des "principes généraux du droit international privé" (262-263). Mme. KAUFMANN-KOLHER cite également une décision dans laquelle la Commission a indiqué qu'un accès à la justice assorti de coûts "élevés" pouvait être contraire à l'article 6, décision 9379/81, citée par G. KAUFMANN-KOHLER, *loc. cit.*, in *Interne. Quel tribunal décide, quelle loi s'applique?*, 97.

V. également l'affaire franco-italienne citée par H. GAUDEMET-TALLON in "La désunion du couple en droit international privé, *Recueil des cours*, ac, 1991-I, t. 226, 60-61 (un ressortissant italien se plaignait devant la Commission parce qu'un tribunal français avait fondé sa compétence pour accorder le divorce à son épouse française, sur la nationalité de la demanderesse. Il invoquait la violation du principe d'égalité entre époux et le risque de partialité des juges français. La décision de la Commission ne nous est pas connue).

<sup>396</sup> Elle contraste en tout cas avec les nombreuses applications qui ont été faites des libertés fondamentales dans le domaine des conflits de lois, cf. les références citées *infra*, n° 71.

<sup>397</sup> Pour les exceptions à ce principe général, v. CH. CHALAS, 2001, 371-385 et 547-580.

<sup>398</sup> Sur les relations entre la Convention de Bruxelles, l'ordre juridique communautaire et la CEDH, v. P. SCHLOSSER, *loc. cit.*, *Riv. Dir. Intl.*, 1991, (5), 16-23. V. également l'étude déjà citée de C. BRIÈRE, *loc. cit.*, Paris, LGDJ, 2001, 327-342, qui prend résolument position pour le primat de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>399</sup> La question de la sanction ne se posait pas dans le débat parallèle, et plus ancien, qui a opposé les libertés fondamentales, et singulièrement le principe d'égalité entre hommes et femmes, aux règles de conflit de lois, les règles incriminées étant la plupart d'origine nationale ; elles pouvaient dès lors facilement être écartées en raison de la violation d'un principe fondamental consacré dans une convention internationale.

<sup>400</sup> P. SCHLOSSER, *loc. cit.*, *Riv. Dir. Intl.*, 1991, (5), 34.

<sup>401</sup> V. les doutes de P. LAGARDE sur cette solution, compte-rendu de l'article de Schlosser, *R.C.D.I.P.*, 1992, (626-630), 629. Au vrai, seule une révision des Conventions pourrait mettre fin à l'iniquité de certaines des solutions qu'elles consacrent. Lors de la dernière révision, le for du lieu du paiement du prix a disparu, ce qui constitue déjà un progrès appréciable. Sur le nouvel article 5-1 v. J. KROPHOLLER et M. VON HINDEN, "Die Reform des europäischen Gerichtsstandes am Erfüllungsort", in *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, H. SCHACK (éd.), München, Beck, 2000, 401 e.s. ainsi que P. VLAS, "Stoecien met verbintenissen, worstelen met art. 5 sub 1 EEX-Verordening", *W.P.N.R.*, 2002, n° 6485, 301-302.

<sup>402</sup> Après avoir rejeté la possibilité d'introduire dans le système conventionnel une exigence générale d'un lien minimum entre le for et la situation litigieuse, solution qu'elle juge porteuse d'une trop grande incertitude (pp. 438-447), Mlle. Chalas envisage une autre solution qui passe par l'introduction d'exceptions ponctuelles à certaines dispositions (2001, pp. 447-455).



prévient toutefois que cette solution nécessiterait une révision du texte de la Convention de Bruxelles<sup>403</sup> ou au minimum une intervention de la Cour de Justice dans le cadre de sa mission d'interprétation des règles européennes.<sup>404</sup> En réalité, la difficile recherche d'une sanction adéquate n'est qu'une des limites de la confrontation entre procès équitable et règles de compétence internationale. Il en est une autre, plus fondamentale, qui tient à la nature même de la question.

(ii) Dangers et critiques d'une approche centrée sur le procès équitable

**73. Les droits de l'homme et le droit international privé, un questionnement général** - La confrontation entre les règles de compétence internationale et le procès équitable a sans doute été pour une large part inspiré par l'expérience américaine. Elle s'inscrit dans un large mouvement de questionnement des règles de droit international privé à la lumière de normes supérieures, parmi lesquelles les dispositions du Traité de Rome tiennent depuis peu le haut du pavé. Il est indéniable que la réflexion sur l'interaction entre le droit international privé et les libertés fondamentales s'est avérée particulièrement fructueuse. Elle a ainsi permis de renforcer la prévisibilité et la cohérence de l'intervention de l'exception d'ordre public dans l'application de la loi étrangère, une évolution qui a connu une première concrétisation en 1971 avec la décision du Tribunal constitutionnel allemand dans l'affaire du remariage espagnol.<sup>405</sup>

Après les normes étrangères déclarées applicables par la règle de conflit du for, ce fut au tour des règles de conflit elles-mêmes de faire l'objet d'un examen critique,<sup>406</sup> ce qui a permis notamment en Allemagne<sup>407</sup> ainsi qu'en Italie<sup>408</sup> la neutralisation de règles de

<sup>403</sup> Révision qui a dans le passé été la voie empruntée pour remédier à certaines difficultés liées au caractère rigide des règles européennes de compétence ; on pense à l'introduction d'une exception à la compétence exclusive du juge du lieu de situation de l'immeuble pour les locations de courte durée, suite à la jurisprudence *Rösler*, (C.J.C.E., 15 janvier 1985, *Rösler c Rottwinkel*, aff. 241/83, *Rec.*, 1985, 109). M. Audit a d'ailleurs fort justement fait remarquer que la possibilité de réviser les règles de compétence a permis aux juristes européens de pallier quelque peu l'absence d'une exception de *forum non conveniens* (B. AUDIT, intervention lors du colloque *The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments...*, A. LOWENFELD et al. (éds.), Jurispublishing, New York, 2000, 127-128).

<sup>404</sup> CH. CHALAS, 2001, 437, n° 493.

<sup>405</sup> BVerfG, 4 mai 1971, *BverfGE.*, vol. 31, 58; *FamRZ.*, 1971, 414 ; *N.J.W.*, 1971, 1509 ; *R.C.D.I.P.*, 1974, 57 et les commentaires de C. LABRUSSE, *R.C.D.I.P.*, 1974, 1-46. En l'espèce, la Cour a refusé, au nom de la liberté de mariage garantie par la Constitution allemande, d'appliquer, pour déterminer la capacité matrimoniale d'un ressortissant espagnol, la loi nationale déniant à ce ressortissant le droit d'épouser une allemande auparavant divorcée. Sur cette décision v. les contributions rassemblées dans le numéro spécial de la *RebelsZ.*, 1972, 2-140 et notamment K. SIEHR, "Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und IPR. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Ordre Public", *RebelsZ.*, 1972, 92-115. V. aussi D. HENRICH, "Verfassungswidrige Kollisionsnormen - ein Rechtschaos ?", *RebelsZ.*, 1974, 490-506 ainsi que F. K. JUENGER, "The German Constitutional Court and the Conflict of Laws", *Am J. Comp. L.*, 1972, 290-298.

La doctrine allemande avait déjà ouvert le débat avant cette décision, v. p. ex. G. BEITZKE, *Grundgesetz und Internationalprivatrecht*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft, Berlin, de Gruyter, 1961, 37 p. et H.-J. SONNENBERGER, *Die Bedeutung des Grundgesetzes für das deutsche internationale Privatrecht*, München, Buchdr. H. Spranger, 1962, 192 p. V. la présentation de la doctrine qui a précédé l'arrêt de 1971 par R. E. JÜRGENS, *IPR und Verfassung in Italien und der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt, Peter Lang, 1990, 30-33.

<sup>406</sup> De manière générale sur les limites qu'imposent les normes constitutionnelles aux règles de droit international privé, v. P. HERZOG, "Constitutional Limits on Choice of Law", *Recueil des cours*, 1992-III, t. 234, 239-330 (due process, pp. 260-272 et full faith and credit, pp. 273-284) ainsi que F. RIGAUX, "Droit constitutionnel et droit international privé", *Mélanges en hommage à M. Waëlbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 111-137 et J.-L. VAN BOXSTAEL, "Constitution et conflits de lois", *Reu Belge Dr. Int'l.*, 1994, 184-209.

<sup>407</sup> BVerfG, 22 février 1983, *N.J.W.*, 1983, 1968; *J.D.I.*, 1984, 648 (déclarant anticonstitutionnel parce que contraire au principe de l'égalité des sexes l'ancien article 15-1 EGBGB sur les régimes matrimoniaux) et BVerfG, 8 décembre 1982, *FamRZ.*, 1983, 255; *IPRax.*, 1985, 290 (déclarant anticonstitutionnel l'ancien article 17-1 EGBGB réglant les conflits de lois en matière de divorce).

conflit qui portaient atteinte au principe d'égalité. Cette évolution a à son tour fait mûrir dans ces deux pays l'idée d'une réforme du droit international privé.<sup>409</sup> Depuis lors l'attention s'est progressivement détournée des normes constitutionnelles pour porter plus généralement sur les droits de l'homme.<sup>410</sup> Inévitablement les règles de compétence internationale ont également été soumises à examen.

74. **Des solutions qui confinent à l'évidence** - Il faut toutefois avouer que les fruits de la confrontation entre procès équitable et compétence internationale se révèlent modestes. Cette modestie se traduit tout d'abord par la *généralité* des exigences déduites du procès équitable. Le moins que l'on puisse dire c'est qu'elles confinent souvent à l'évidence. Mme. *Kaufmann-Kohler* conclut ainsi son analyse en soulignant que l'exercice d'une compétence est justifié au regard du procès équitable si l'on peut "légitimement attendre d'une partie qu'elle agisse ou se défende en justice devant un tel tribunal".<sup>411</sup> Cette directive générale peut difficilement être contredite. Elle ne fournit toutefois que peu d'indications précises.

A la réflexion, la maigreur des résultats s'explique sans doute par la vocation essentiellement *négative* du droit à un procès équitable. A l'instar du droit international, personne ne prétend déduire de ce principe général un système complet de règles de compétence internationale. M. *Schlosser* reconnaissait ainsi expressément que le but de son

<sup>408</sup> Décisions de la Cour constitutionnelle n° 71 du 26 février 1987, *R.D.I.P.P.*, 1987, 297; *R.C.D.I.P.*, 1987, 536, note B. ANCEL et du 25 novembre 1987, *R.D.I.P.P.*, 1988, 67; *R.C.D.I.P.*, 1988, 710, note B. ANCEL (condamnant pour contravention à l'égalité des sexes les articles 18 et 20 des dispositions préliminaires du Code civil). V. également A. GIARDINA, "La Corte costituzionale e i rapporti personali fra coniugi nel diritto internazionale privato", *R.D.I.P.P.*, 1987, 209 e.s.

<sup>409</sup> Les décisions de la cour constitutionnelle allemande ont influencé la réforme allemande du droit international privé en 1986, v. H.-J. SONNENBERGER, "Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la RFA", *R.C.D.I.P.*, 1987, 1-32, spéc. 13-14 et 26. En Italie les décisions de la Cour constitutionnelle invalidant la préférence donnée par certaines règles de conflit à la loi nationale du mari, ont contribué à faire avancer l'idée d'une refonte générale du droit international privé, v. T. BALLARINO, "Codification du droit international privé italien", *Travaux comité français DIP*, 1990-91, (95), 98. Sur les origines de la réforme de 1995, *cors.* également A. GIARDINA, "Les caractères généraux de la réforme", *R.C.D.I.P.*, 1996, 1-19, spéc. 4-7. V. déjà T. BALLARINO, "Costituzione e diritto internazionale privato", *Dir. Int.*, 1970, 18-47 et du même, *Costituzione e diritto internazionale privato*, Padoue, Cedam, 1974, 188 p.

Mme. Muir Watt explique l'absence de jurisprudence française sur la question des relations entre droits fondamentaux et droit international privé par le fait que le "droit international privé français, prétorien, n'a jamais été profondément sexiste". De la sorte, la question ne se serait jamais posée : H. MUIR WATT, "Les principes généraux du droit international privé français", *J.D.I.*, 1997, (403-415), 412.

<sup>410</sup> P. ex. CH. VON BAR, "Menschenrechte im Kollisionsrecht", in *Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht vol. 33, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993, 191-212; K.-D. DAMM, *Die Einwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes auf das nach deutschem Internationalen Privatrecht anzuwendende ausländische Sach- und Kollisionsrecht*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlag, 1993, 216 p.; E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 1999, 117 p.; P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *R.C.D.I.P.*, 1997, 1-31 ; C. ENGEL, "Ausstrahlungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Kollisionsrecht", *RabelsZ.*, 1989, 3-51; D. COESTER-WALTJENS, H. KRONKE et J. KOKOTT, "Die Wirkung der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug", *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 38, Heidelberg, C. F. Müller, 1998, 154 p.; D. LOOSCHELDERS, "Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrecht auf das Internationale Privatrecht", *RabelsZ.*, 2001, 463-491.

La doctrine belge s'est elle aussi penchée sur la question, v. A. HEYVAERT, "Het gelijkheidsbeginsel in het Belgisch internationaal huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht", *R.W.*, 1991-92, 1194-1202; H. JACOB, "Het gelijkheidsbeginsel in het Belgisch internationaal huwelijks- echtscheidings- en afstammingsrecht", *R.W.*, 1992-93, 26-30 et S. SAROLEA, "L'ordre public international et la Convention Européenne des droits de l'homme en matière de filiation", *R.T.D.F.*, 1996, 158-163.

<sup>411</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *loc. cit.*, in *Internet. Quel tribunal décide? Quelle loi s'applique*, 98. Elle résume cette exigence par l'expression de "Zumutbarkeit" du for.

étude déjà évoquée n'était pas de questionner les fondements mêmes du système de compétence, mais seulement de corriger les règles les plus perverses.<sup>412</sup>

De la même manière, les analyses que l'on vient d'évoquer concluent généralement à la seule élimination des chefs de compétence les plus abusifs. La seule conclusion *positive* qui semble pouvoir être déduite de l'article 6 de la Convention est sans doute l'obligation pour les Etats de mettre un for à la disposition du demandeur en l'absence de for étranger compétent, ou encore lorsque ce for ne répond pas aux garanties minimales d'une bonne administration de la justice.<sup>413</sup> Cette obligation correspond à l'interdiction du déni de justice qui est généralement déduite du droit international.

**75. Controverse sur le caractère inéquitable de certaines règles de compétence**  
 – On constate en outre qu'il n'y a guère d'unanimité sur l'étendue exacte du rôle négatif assigné aux droits fondamentaux, et donc sur la marge de manœuvre dont disposent les Etats. Pour certains le for de la nationalité du demandeur, tel qu'il existe encore en droit français par exemple, ne peut être justifié à la lumière des exigences du procès équitable.<sup>414</sup> D'autres, à l'instar de M. Geimer, soutiennent de façon plus convaincante que le for de la nationalité du demandeur ne constitue pas en tant que tel une violation du droit à un procès équitable, ni de l'interdiction de discrimination basée sur la nationalité.<sup>415</sup>

Il n'y a pas non plus d'unanimité sur les chefs de compétence de la Convention de Bruxelles : là où pour M. Schlosser, le for de l'action pénale peut mener à des abus,<sup>416</sup> Ch. Chalas montre que les règles de la Convention de Bruxelles prévoient elles-mêmes une limitation de ce for, qu'elle justifie par ailleurs par un souci de concentration du contentieux.<sup>417</sup> On voit qu'il reste à s'accorder sur l'ampleur de la correction qu'apporte le droit à un procès équitable aux règles de compétence. Ceci est d'autant plus vrai qu'on

<sup>412</sup> P. SCHLOSSER, *l.c.*, *Riv. Dir. Int.*, 1991, (5), 13 ("On the European continent an alteration in the general approach is not required. Nevertheless human rights approaches in Europe may correct particular misconceived legislation or compel adaptation of rules which might have been defensible in earlier times").

<sup>413</sup> F. MATSCHER, *l.c.*, Vienne, Manzschke, 1993, 79-80 (l'auteur note cependant qu'une telle obligation ne naît que lorsque le litige présente un certain lien – Inlandsbezug – avec le for) et du même auteur, *l.c.*, *Travaux comité français DIP*, 1996-97, (211), 218 (lorsque l'affaire présente des liens suffisamment étroits avec un ordre juridique, celui-ci doit mettre un for à la disposition des parties pour éviter un déni de justice). Dans le même sens, R. GEIMER, *l.c.*, Heidelberg, Müller Verlag, 1993, 258-259 et A. HELDRICH, *o.c.*, 1969, 138-140 (qui parle d'une "subsidiäre Notzuständigkeit zur Vermeidung einer Justizverweigerung").

<sup>414</sup> P. ex. D. COHEN, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *R.C.D.I.P.*, 1989, (451-483), 454-463 (l'auteur conclut que "Les articles 14 et 15 de notre code civil heurtent donc, en certaines hypothèses, la Convention européenne des droits de l'homme", 463). V. également P. SCHLOSSER, *l.c.*, *Riv. Dir. Int.*, 1991, (5), 23-24 (selon qui la nationalité du demandeur ne peut justifier la revendication de compétence même dans les affaires d'états). Dans le même sens, H. MUIR WATT, "Les principes généraux en droit international privé français", *J.D.I.*, 1997, (403-415) 412 (l'auteur dénonce en particulier le caractère indirectement exclusif conféré par la jurisprudence française aux articles 14 et 15, qui a pour conséquence de priver d'effectivité la créance constatée par un tribunal étranger à l'encontre d'un débiteur français. Elle y voit une situation "attentatoire à la fois au principe de non-discrimination, de l'égalité des armes, voire de l'accès à la justice [...]"). Dans une autre contribution, Mme. Muir Watt estime que, si le privilège de juridiction fait peser sur le justiciable étranger une contrainte en soi incompatible avec les droits fondamentaux, il serait par trop radical de vouloir l'abolir. Elle suggère au contraire un aménagement, qui conférerait au juge la faculté de décliner l'exercice de sa compétence, mais également de l'exercer si besoin est (H. MUIR WATT, "Droit judiciaire international. Qui a peur de la compétence exorbitante?", *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1995, n° 2, (332-341) 338-339). V. également les hésitations de H. GAUDEMET-TALLON, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1991-I, t. 226, (9), 60-61.

<sup>415</sup> R. GEIMER, *l.c.*, Heidelberg, Müller Verlag, 1993, 258-259 (M. Geimer relève que le for de la nationalité est utilisé couramment dans de nombreux pays dans les litiges relatifs à l'état des personnes).

<sup>416</sup> P. SCHLOSSER, *l.c.*, *Riv. Dir. Int.*, 1991, (5), 24-25.

<sup>417</sup> CH. CHALAS, 2001, 432-434.

s'accorde généralement pour reconnaître aux Etats une certaine marge d'appréciation dans la mise en œuvre des exigences du procès équitable.<sup>418</sup>

**76. Une approche trop restrictive de la compétence internationale** - La possibilité d'invoquer le droit à un procès équitable comme mécanisme de correction des règles de compétence fait enfin peser sur ces règles le danger d'une méconnaissance de la pluralité des objectifs qui peuvent informer la détermination de la compétence. Le droit au procès équitable protège avant tout le défendeur. Or la revendication de compétence dans le chef d'un Etat peut viser d'autres objectifs, comme par exemple le souci d'une bonne administration de la justice ou encore celui de concentration du contentieux. L'analyse des règles de compétence au regard du seul droit à un procès équitable risque dès lors de méconnaître les autres considérations qui peuvent influencer la définition des limites de la compétence.

On doit sans doute comprendre en ce sens les critiques des observateurs qui en appellent à une certaine prudence dans la confrontation entre les deux types de normes.<sup>419</sup> Il en est d'autant plus ainsi dans le contexte de l'espace judiciaire européen : comme on le verra, les règles de compétence européennes répondent à des objectifs précis, qui ont été mis en lumière par la jurisprudence de la Cour de Justice (*infra*, n° 93). Parmi ces objectifs, la prévisibilité des solutions et la sécurité juridique occupent une place importante. La jurisprudence de la Cour trahit une volonté délibérée de faire primer ces considérations sur le souci d'assurer la proximité entre le juge et le litige. L'intervention du procès équitable viendrait perturber l'équilibre ainsi atteint. Si une correction n'est pas exclue, elle devra nécessairement passer par une réforme des règles de la Convention.

En outre, il faut insister sur ce que le procès équitable ne saurait être invoqué de façon *abstraite*, en considération de la seule question de la compétence internationale. Comme on l'a judicieusement remarqué, le contrôle de la conformité à la Convention européenne ne consiste pas à vérifier abstraitement la validité du texte incriminé, mais doit au contraire être envisagé concrètement, en pleine connaissance des circonstances de chaque espèce.<sup>420</sup> Ainsi il n'est pas exclu que le juge tienne compte dans son appréciation du caractère équitable de l'assignation, des possibilités réelles de défense dont dispose la partie qui invoque l'article 6. Lorsqu'un citoyen allemand est assigné en Belgique, ces possibilités seront différentes selon qu'il réside à Aix-la-Chapelle et doit comparaître devant les tribunaux de Liège ou qu'il réside à Munich et est attiré devant les tribunaux

<sup>418</sup> R. GEIMER, *l.c.*, Heidelberg, Müller Verlag, 1993, 225 ('Ermessensspielraum'); F. MATSCHER, *l.c.*, Vienne, Manzsche, 1993, 73-74 et du même, *l.c.*, in *Travaux comité français DIP*, 1996-97, (211), 227 (la Convention laisse aux Etats une marge d'appréciation. Le choix des règles de conflit n'est pas commandé par la Convention, il faut seulement faire attention à respecter les principes de base comme l'interdiction de discrimination).

<sup>419</sup> P. ex. J. BERTELE, *o.c.*, 1998, 209-210 (*M. Bertele* se montre très critique à l'égard des thèses de MM. Schlosser et Geimer et plaide pour une interprétation prudente de l'article 6, qui n'aille pas au-delà de ce que les Etats parties à la Convention ont voulu). On doit sans doute comprendre en ce sens l'hésitation de C. McLachlan, qui évoque un risque de "coloniser" le champ des droits de l'homme pour un but qui n'est pas le leur (*l.c.*, *Annuaire de La Haye de Droit International*, 1993, 142).

V. également la réserve exprimée par M. Mayer de façon plus générale à l'égard d'un contrôle éventuel des règles de conflit et de juridictions à la lumière des droits fondamentaux. Selon cet auteur, le plein contrôle des organes de Strasbourg ne devrait s'exercer qu'à l'égard des espèces internes, un contrôle plus 'souple' devant être préféré pour les situations présentant un élément d'extranéité (P. MAYER, "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères", *R.C.D.I.P.*, 1991, (651-665), 665). L'auteur note qu'il serait souhaitable que le contrôle soit suffisamment souple pour que chaque Etat conserve la maîtrise de ses règles de conflit de juridiction et de lois.

<sup>420</sup> P. COURBE, note sous Cass. fr., 31 janvier 1995, *D.*, 1995, jurispr., (472), 473, n° 16 e.s. Dans le même sens, J.-P. KRAFFT, *o.c.*, 1999, 15-16.

d'Ostende. On le voit, il n'est pas question ici de se contenter de condamnations générales.

77. **Conclusion** - Au terme de cet aperçu, on peut conclure que la rencontre entre la compétence internationale et les libertés fondamentales n'est pas de nature à apporter une contribution décisive à la prévention des conflits de procédure. Certes, le droit au procès équitable peut se montrer d'une aide précieuse pour corriger certaines règles de compétence trop larges. Certes encore, le procès équitable peut attirer l'attention sur les inéquilibres qu'engendrent des règles héritées du passé.

Tout comme le droit international, le droit au procès équitable est toutefois au mieux appelé à jouer un rôle *négatif*. On peut douter de la viabilité d'un système de règles de compétence entièrement fondé sur ce principe général. Les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique en souffriraient trop, de même que les autres considérations qui peuvent jouer un rôle dans la détermination des limites de la compétence. L'appel aux normes supérieures n'a en définitive vocation qu'à exercer une influence *marginale* sur la compétence internationale et, par conséquent, également dans la prévention des conflits de procédures. Il convient dès lors d'explorer les possibilités offertes par la coordination des règles de compétence.

\* \*  
\*



## CHAPITRE 2

### LA COORDINATION DES RÈGLES DE COMPÉTENCE

78. **Généralités et plan** - On a constaté les limites de l'appel aux normes supérieures dans la prévention des conflits positifs de compétence. La démarche est loin d'être inutile; elle ne sera toutefois que d'une aide marginale dans la prévention des fors concurrents. La subordination des règles de compétence à un socle commun issu de normes supérieures n'est toutefois pas le seul remède pour mettre de l'ordre dans les revendications concurrentes de compétence. Comme le note Mme. *Gaudemet-Tallon*,<sup>421</sup> la coordination des règles de compétence peut également trouver sa source dans les efforts individuels de chaque Etat (section 1). On va voir que, s'agissant de prévenir les conflits de compétence, ces efforts sont nécessairement limités. C'est pourquoi il faudra dans un second temps se pencher sur les possibilités offertes par la concertation internationale (section 2).

#### Section 1 : La coordination d'origine nationale

79. **Deux mécanismes d'origine nationale permettant de coordonner les règles de compétence** - La prévention des conflits de procédure est un objectif qui ne peut laisser les ordres juridiques indifférents. Il ne s'agit certes que d'un objectif parmi d'autres, qui ne pourra dès lors être décisif dans toutes les situations. Il peut toutefois exercer une certaine influence sur les choix que va effectuer chaque ordre juridique dans la délimitation de la compétence internationale de ses tribunaux. Cette influence peut se traduire dans des mécanismes variés. Nous nous proposons d'en examiner deux.

##### § 1. Prise en compte de la règle de compétence étrangère

80. **Assainissement du contentieux par l'autodiscipline des Etats** - L'unilatéralité et le caractère alternatif des règles de compétence internationale ont déjà été évoqués (*supra*, n° 31). Chaque Etat décide librement, sous réserve des limites, bien timides, qu'imposent le droit international et le droit à un procès équitable, des circonstances qui justifient la saisine de ses tribunaux. De la coexistence des règles nationales alternatives naît la possibilité pour les justiciables de saisir plusieurs tribunaux du même litige. Pour éviter cette concurrence de fors, un Etat peut envisager de tenir compte, dans la délimitation et/ou l'exercice de la compétence de ses tribunaux, des règles de compétence en vigueur à l'étranger. Ainsi contribuerait-il à l'assainissement du contentieux international par la réduction des procédures concurrentes.

La prise en compte des règles étrangères peut intervenir à deux stades différents : elle peut conditionner l'existence même de la compétence ou au contraire s'attacher à son exercice. Nous allons examiner successivement ces deux hypothèses.

<sup>421</sup> H. GAUDEMET-TALLON, "La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXIème siècle. Quelques tendances", in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, (123-148), 141, n° 159.

## A. PRISE EN COMPTE DES RÈGLES DE COMPÉTENCE ÉTRANGÈRE DANS LA DÉLIMITATION DE LA COMPÉTENCE DU FOR

81. Quelques applications ponctuelles de la prise en compte des normes étrangères dans le procès civil international - Peut-on imaginer qu'un ordre juridique tienne compte, lors de la définition de ses règles de compétence, des revendications de compétence des autres Etats, de manière à éviter des conflits de compétence? Le phénomène de la prise en compte des normes étrangères n'est pas inconnu du droit international privé en général,<sup>422</sup> et des conflits de juridictions en particulier.

Le droit comparé fournit quelques exemples d'application de l'idée de prise en compte de la norme étrangère à l'occasion d'une procédure internationale. L'exemple le plus connu est sans conteste la réserve dont sont assorties certaines règles de compétence, dont l'exercice est subordonné à la circonstance que la décision future puisse sortir ses effets dans un autre Etat intéressé à la cause. On cite classiquement<sup>423</sup> pour illustrer cette possibilité le paragraphe 606a du ZPO allemand,<sup>424</sup> ainsi que l'article 77-2 de la loi suisse sur le droit international privé.<sup>425</sup> Dans les deux cas, le législateur a imposé au juge de s'assurer qu'aucun obstacle fondamental ne viendra paralyser l'exécution à l'étranger de sa décision. Le but avoué de cette restriction apportée à la compétence du juge du for est d'éviter l'intervention des tribunaux du for lorsqu'il est manifeste que cette intervention restera vaine.<sup>426</sup> Il s'agit surtout dans les matières d'état, d'assurer la continuité du statut des personnes.<sup>427</sup>

L'hypothèse particulière du *pronostic de reconnaissance*, dont M. Picone souhaite la généralisation, ne vise pas à proprement parler la prise en compte de la règle de compétence étrangère.<sup>428</sup> Ce sont plutôt les règles étrangères relatives à l'effet des

<sup>422</sup> V. l'étude de P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, LGDJ, 1994, spéc. pp. 328-383.

<sup>423</sup> P. ex. P. LAGARDE, "Perpetuatio fori et litispendance en matière internationale", in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, 242 e.s. et l'étude d'ensemble de P. PICONE, "La méthode de référence à l'ordre juridique compétent", *Recueil des cours*, 1986, vol. 197, (233), 27'-286.

<sup>424</sup> Selon cette disposition, "Les tribunaux allemands sont compétents en matière matrimoniale [...] lorsque l'un des conjoints a sa résidence habituelle sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, à moins que la décision à rendre ne soit manifestement reconnue par la loi d'aucun des Etats dont l'un des conjoints est ressortissant". V. les commentaires de H. SCHACK, 1996, 145-147, n° 369-375. Sur la portée de cette règle après l'entrée en vigueur du Règlement Bruxelles II, v. D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, 2ème éd., Frankfurt aM, Verlag für Standesamtswesen, 2000, 141.

<sup>425</sup> Sur cette disposition, v. A. BUCHER, *Droit international privé suisse. II Personnes, famille et successions*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1992, 241-243 et V. MOSIMANN, "Art. 77", in *Internationales Privatrecht. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, H. HONSELL e.a. (éds.), Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1996, 501-506.

<sup>426</sup> Mme. Gaudemet-Tallon y voit un "mécanisme de coordination d'origine nationale" : H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, (123-148), 142, n° 160.

<sup>427</sup> En droit anglais, la facilité avec laquelle la décision anglaise pourra être reconnue dans d'autres pays constitue un facteur qui est pris en compte dans l'appréciation du caractère approprié des fors, en application de la doctrine du *forum non conveniens*. V. p. ex. *Iran' Credit & Investment Comp. (Overseas) Ltd. v Shaikh Kamal Adham*, [1999] I.L.Pr 302 et *Dubai Bank Ltd. v Abbas*, [1998] I.L.Pr 391, 404. Le sort éventuel de la décision du for devant le juge étranger de la reconnaissance ne constitue plus alors un obstacle dirimant à la compétence du for mais bien une circonstance parmi d'autres dans l'appréciation de l'opportunité de son exercice. V. aussi K. KERAMEUS, "Enforcement in the International Context", *Recueil des cours*, 1997, vol. 264, (183), 399, n° 143, note 1059.

<sup>428</sup> L'exigence de la reconnaissance à l'étranger de la décision constitue une variante de la théorie de l'*efficacité*, qui entend fonder la compétence internationale sur la possibilité de donner une suite pratique au jugement. On sait que l'effectivité, elle-même déduite du droit international, a largement inspiré la doctrine anglaise de droit international privé, v. la première édition de l'ouvrage de G. C. CHESHIRE, *Private international law*, Oxford, 1935, 50. Cette insistance sur l'effectivité comme limite à la compétence internationale se retrouve également chez J.P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, VI, Paris, Sirey, 1949, 266-268, n° 1719 (qui invoque le principe du



jugements qui sont visées.<sup>429</sup> Il est toutefois quelques hypothèses, limitées, dans lesquelles la prise en considération porte directement sur la règle de compétence étrangère. On peut évoquer le mécanisme bien connu de la réciprocité dont est parfois assorti un privilège de juridiction, comme par exemple l'article 638 du Code judiciaire belge.<sup>430</sup> La prise en compte du droit étranger, qui amène de nombreuses difficultés d'application,<sup>431</sup> conditionne alors une mesure de *rétorsion*.

**82. Quelques applications ponctuelles de la prise en compte des normes étrangères dans le procès civil international (suite) - L'effet réflexe** dont on a pu parer certaines règles de compétence exclusive, participe du même raisonnement : lorsque l'on confère à une règle de compétence un effet 'réflexe',<sup>432</sup> on prétend l'appliquer par analogie lorsque les éléments de rattachement qu'elle retient, se matérialisent dans un ordre juridique étranger. Ceci permet aux tribunaux du for de refuser de se déclarer compétents alors même qu'ils le seraient sur base d'autres règles de compétence, du moins lorsque celles-ci sont jugées moins fortes que la règle ainsi 'bilatéralisée'.

A première vue, l'opération ne met en jeu que les seules règles de compétence du for, dont l'une, qui occupe une place prépondérante dans la hiérarchie, se voit conférer un effet extraterritorial qui empêche les autres de se réaliser. En réalité, la théorie de l'effet réflexe, dont il n'est pas encore établi qu'elle puisse s'inscrire, et si oui, dans quelle mesure, au sein de l'espace judiciaire européen,<sup>433</sup> suppose nécessairement que le juge du for prenne en compte la règle de compétence prévue par le droit étranger. Comment imaginer en effet que le juge européen du domicile du défendeur par exemple décide de renoncer à une compétence que la Convention ou le Règlement lui attribue, parce que la contestation porte sur un bien immobilier situé dans un pays tiers, sans qu'il se soit d'abord assuré que ce pays revendique effectivement compétence sur cette contestation ? La courtoisie dont il ferait preuve conduirait alors à un déni de justice ! Indirectement dès lors, il faut supposer que l'effet réflexe passe par une prise en compte de la règle de compétence étrangère.

**83. La prise en compte des règles étrangères de compétence, une idée à rejeter** - Ces quelques applications particulières, qui posent d'ailleurs de grandes difficultés

---

tribunal "qui est assuré d'avoir le dernier mot"). L'effectivité semble avoir ensuite reçu un bon accueil au Québec, v. E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 303, n° 129 (ces auteurs en font l'un des deux "principes généraux" de délimitation de la compétence internationale à côté du principe d'opportunité). V. également le dictum de la Cour Suprême du Québec dans l'affaire *ASG Industries Inc. C. Corporation Superséal*, [1983] RCS 781, [1983] R.D.J. 340 (C.S.A) (selon lequel "il est de principe en droit international que les tribunaux d'un Etat ont juridiction sur toute matière au sujet de laquelle ils peuvent donner une adjudication efficace, mais n'ont pas de juridiction sur les matières au sujet desquelles leur adjudication n'aurait pas l'efficacité de faire produire les effets et les droits qui doivent en découler [...]"). A côté des observations de M. MIAJA DE LA MUELA, *ac*, *Recueil de cours*, 1972-I, t. 135, (1), 85, sur le principe de l'effectivité et ses conséquences sur la compétence internationale, ainsi que I. SZASZY, *International Civil Procedure*, Seythoff, Leiden, 1967, 311.

<sup>429</sup> On peut d'ailleurs constater, avec M. Schack, que l'introduction d'une telle condition ne vise pas avant tout à rendre hommage au droit étranger, mais plus directement à éviter la naissance de *matrimonium claudicans*, H. SCHACK, 1996, 83, n° 210. La subordination de la compétence internationale des tribunaux allemands à la reconnaissance de leurs décisions à l'étranger est en outre depuis longtemps contestée, v. H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands. Etude comparative*, Paris, Dalloz, 1965, 32-36 et les références.

<sup>430</sup> Les droits autrichien et italien connaissaient jusqu'en 1983 resp. 1995 une règle comparable.

<sup>431</sup> V. récemment l'aperçu que donnent MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 575-583.

<sup>432</sup> La formule est de G. A. L. DROZ, 1972, n° 164.

<sup>433</sup> On sait qu'une controverse couve toujours sur la question de savoir si les règles de compétence exclusive prévues par la Convention de Bruxelles doivent être assorties d'un effet réflexe, v. p. ex. H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 60, n° 84 et pour une étude très fouillée, A. NUYTS, n° 230-232.

d'application pratiques, sont loin de constituer une théorie générale de la prise en considération de la règle de compétence étrangère. Il s'agit à chaque fois d'applications ponctuelles, qui ne visent d'ailleurs pas exclusivement à favoriser l'harmonie des solutions.<sup>434</sup> Il serait à notre sens peu judicieux d'imposer une telle prise en compte comme règle générale.

Une telle règle présenterait tout d'abord de nombreuses difficultés pratiques. Elle nécessiterait une connaissance encyclopédique des conflits de juridiction, à laquelle ne peuvent prétendre même les meilleurs spécialistes de droit comparé, sans parler de la nécessité de tenir compte des nombreux changements et évolutions dans ce domaine. Il y a plus. Même si on réduit le champ de la comparaison à quelques pays voisins, l'exercice paraît fort dangereux : une chose est pour un État d'observer une certaine réserve dans la formulation des règles de compétence afin d'éviter de multiplier les fors exorbitants, autre chose est de s'imposer de tenir compte des revendications étrangères de compétence pour éviter à tout prix les concurrences de procédures. A vouloir prévenir le chevauchement des règles de compétence, un Etat en viendrait vite à réduire ses prétentions à la portion congrue.

Tout est en effet prétexte à compétence concurrente : dans un cas, le for étranger s'appuiera sur le domicile du défendeur pour asseoir sa compétence, dans l'autre sur le lieu d'exécution du contrat, dans un troisième enfin sur la localisation du délit. Comment tenir compte de toutes ces hypothèses? Il est quasiment impossible de prévoir et, a fortiori, de prévenir les hypothèses où les règles de compétence feront double emploi. A ce rythme, la plupart des règles de compétence deviendraient vite suspectes. Même la règle traditionnelle du domicile du défendeur pourrait se révéler source de conflits dès lors qu'un Etat étranger peut revendiquer compétence à l'égard du même litige, par exemple en en appelant à la nationalité des parties.

**84. La prise en compte des règles étrangères de compétence, une idée à rejeter (suite)** - On le conçoit aisément, la prise en compte des règles de compétence étrangères obligerait un Etat à abandonner quasiment toute emprise sur les litiges internationaux. Il est donc exclu qu'un Etat se laisse exclusivement guider dans la détermination de ses règles de compétence par ce qui se fait à l'étranger.<sup>435</sup> Personne ne prétend du reste imposer une telle obligation aux législateurs nationaux. Les encouragements à une certaine modération dans la revendication de compétence sont généralement plus modestes. Ainsi on enseigne que l'une des règles générales dont le respect s'impose lors de la détermination des limites de la compétence des tribunaux, est celle de la *réciprocité* : idéalement, il conviendrait qu'un Etat ne revendique compétence pour ses tribunaux que pour autant qu'il soit prêt à en reconnaître dans les mêmes circonstances l'exercice dans le chef d'un tribunal étranger.<sup>436</sup>

Certains en ont même appelé dans ce contexte à l'impératif kantien (déjà évoqué, *supra*, n° 15) qui, transposé à la question de la compétence internationale, voudrait qu'un Etat rédige ses règles de compétence de manière telle qu'elles puissent servir d'exemple pour

<sup>434</sup> P. ex. hypothèse de l'article 638 C. Jud.

<sup>435</sup> Les auteurs allemands s'empressent d'ailleurs de noter que le souci d'harmonie internationale n'a rien d'absolu et qu'il doit composer avec d'autres objectifs tout aussi légitimes, par exemple H. SCHACK, 1996, 82-83, n° 210.

<sup>436</sup> P. ex. A. HELDRICH, *ac*, Berlin/Tübingen, Walter de Gruyter/J. C. B. Mohr, 1969, 105 ; H. SCHACK, 1996, 82, n° 209 : "Ideal wäre es also, wenn jeder Staat nur soviel an Zuständigkeit für sich beanspruche würde, wie er umgekehrt anzuerkennen bereit ist".

les autres Etats.<sup>437</sup> La doctrine allemande a systématisé ces considérations, qu'elle regroupe sous l'expression '*Ordnungsinteressen*', que l'on pourrait traduire par 'les objectifs liés à l'harmonie internationale'. L'idée est que ces objectifs doivent sous-tendre la formulation des règles de compétence.<sup>438</sup> On est bien loin d'une subordination systématique de la compétence du for aux revendications étrangères. La prise en compte de la règle de compétence étrangère peut toutefois également intervenir à un stade ultérieur. Elle prend alors la forme d'un *renvoi* de compétence.

## B. LE RENVOI DE COMPÉTENCE

**85. Application du principe du renvoi aux règles de compétence** - Le mécanisme du renvoi est bien connu. Il permet, là où il est accepté, à un ordre juridique de tenir compte des règles de conflit en vigueur dans un Etat étranger, dans le but avoué, même si pas nécessairement atteint, de contribuer à l'harmonie internationale des solutions. L'application de ce mécanisme aux conflits de juridiction, et à la question de la compétence en particulier, est moins souvent évoquée. Il s'agirait alors pour un juge de prendre en considération les règles de compétence de l'Etat que ses propres règles 'désignent' comme pouvant se saisir du litige.

Le mécanisme a été invoqué dans la doctrine allemande comme solution aux conflits négatifs de compétence : <sup>439</sup> pour éviter le déni de justice, le tribunal allemand, incompétent selon ses propres règles, pourrait toutefois se saisir du litige lorsqu'il est 'désigné' par les règles de compétence d'un autre Etat. M. *Milleker* préfère ainsi cette solution à l'introduction d'un for de nécessité, en ce qu'elle permettrait selon lui d'éviter le reproche d'un exercice illégitime de compétence qui pourrait affecter une future décision allemande fondée sur un tel for de la dernière chance.<sup>440</sup>

C'est également autour de la constatation de la carence d'une compétence étrangère et de la crainte du déni de justice qui pourrait en résulter, qu'on a pu évoquer le renvoi de compétence dans la jurisprudence française, notamment en matière de statut personnel. Le principe – aujourd'hui heureusement abandonné – de l'incompétence des tribunaux français dans les litiges entre étrangers, pouvait ainsi être contourné en invoquant une compétence fondée sur le renvoi fait par les règles étrangères de compétence internationale.<sup>441</sup> Tout en dénonçant la circonstance qu'une juridiction française ait à statuer sur l'injonction d'une législation étrangère, *Niboyet* croyait pouvoir déceler l'application du mécanisme du renvoi de compétence dans certaines décisions.<sup>442</sup>

<sup>437</sup> Selon A. MIAJA DE LA MUÉLA, *oc.*, *Recueil des cours*, 1972-I, t. 135, (1), 46, le législateur national est invité à « éviter que l'usage de sa liberté de réglementation de la compétence judiciaire internationale [devienne] la source de résultats défavorables pour le développement normal du trafic privé international » (v. aussi pp. 20-21).

<sup>438</sup> P. ex. H. SCHACK, 1996, 82-83, n° 209-213 ; H. KRONKE, "Distributie bepaalt attributie. Internationale Zuständigkeit zwischen Faustregel und Kodifikation", in *De internationale bewegelijkheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, NIPR numéro spécial, 1996, T.M.C. Asser Instituut, (44), 53-54.

<sup>439</sup> V. surtout E. MILLEKER, *Negativer internationaler Kompetenzkonflikt. Versuch eines Beitrages zur Lehre vom Renvoi im internationalen Zivilprozess*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1975, 81 e.s. et également J. SCHRÖDER, *oc.*, 1979, 798 e.s.

<sup>440</sup> E. MILLEKER, *oc.*, 1975, 73 e.s.

<sup>441</sup> V. surtout la note de J.-P. NIBOYET, sous Cass., 23 janvier 1923, *J.D.I.*, 1924, 161.

<sup>442</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, VI, Paris, Sirey, 1949, 274-276, n° 1721-1722. V. également les auteurs cités par PH. FRANCESCOAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, 253-257. Adde l'institution du 'requerre' qui permettait au Moyen-Age le renvoi de compétence, mais uniquement lorsque la compétence de l'Etat souverain s'étendait aux deux juridictions concernées.

86. Le renvoi de compétence, une mauvaise solution pour les conflits de procédures - Le renvoi de compétence - dont M. *Francescakis* écrivait qu'il s'agissait d'une « extravagance théorique »<sup>443</sup> - repose en réalité sur une *fiction*, puisque aussi bien l'unilatéralité, bien comprise, des règles de compétence rend impossible l'attribution de compétence à un tribunal par les règles d'un autre Etat que le sien. C'est en dénonçant cette fiction, et les difficultés pratiques d'application du renvoi,<sup>444</sup> qu'une doctrine majoritaire rejette l'application du renvoi de compétence.<sup>445</sup> M. *Kropholler* a très justement montré que le renvoi de compétence se heurte à l'enracinement national des règles de compétence : celles-ci représentent le résultat d'une mise en balance de différents objectifs, entre lesquels le législateur national a établi un équilibre. Cet équilibre serait rompu si un tribunal venait à fonder sa compétence sur une règle étrangère elle-même fruit d'une décision politique.<sup>446</sup> Pour répondre à un éventuel déni de justice, ces auteurs préfèrent envisager l'introduction d'un for de nécessité. M. *Francescakis* a par ailleurs montré qu'une fois les apparences écartées, les décisions invoquées à l'appui du renvoi de compétence, s'expliquaient par d'autres motifs.<sup>447</sup>

Le renvoi de compétence, ultime avatar d'une vaine tentative d'établir un parallélisme entre conflit de lois et conflit de juridictions, n'apporte en outre aucune solution au conflit positif de compétence.<sup>448</sup> Au contraire, cette technique n'a pas vocation à être invoquée lorsque le for est compétent : si l'on s'en tient au mécanisme tel qu'il existe dans le conflit de lois, le renvoi ne pourrait intervenir que lorsque le for est dépourvu de compétence ! Dans ce cas, il n'est pas question de conflit positif. Une application éventuelle au conflit positif se révélerait d'ailleurs inefficace : au mieux le for, compétent selon ses propres règles, pourrait-il aller chercher dans les règles de compétence étrangère, la confirmation que celles-ci prévoient un chef de compétence identique à celui sur lequel il se fonde. Au pire y apprendrait-il que le tribunal étranger revendique une compétence exclusive. Dans les deux cas, cette constatation ne saurait le priver de la compétence qu'il exerce. Bref, le renvoi de compétence ne semble pas être de nature à remédier à la concurrence de procédures.

La prise en compte de la règle de compétence étrangère a démontré ses limites. Il est toutefois un autre mécanisme qui permet de coordonner les compétences.

<sup>443</sup> PH. FRANCESKAKIS, *ac*, Paris, Sirey, 1958, 253, n° 264.

<sup>444</sup> Qui imposerait au juge du for d'examiner les règles de compétence de tous les Etats pour voir si l'un d'entre eux lui 'attribue' compétence ! Dans le conflit de lois, cette difficulté est évitée puisque par hypothèse le système de conflit compétent est connu.

<sup>445</sup> H. SCHACK, 1996, 156, n° 399 ; J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 275-276, n° 200-202 ; R. GEIMER, 1997, n° 1018 ; H. BAUER, *ac*, 1965, 148-149 ; A. MIAJA DE LA MUELA, *ac*, *Recueil des cours*, 1972, t. 135, 58 et CH. FRAGISTAS, *ac*, *Recueil des cours*, 1961-III, t. 104, 191-182. *Comp. G. KEGEL, Internationales Privatrecht*, München, Beck, 8<sup>ème</sup> éd., 898, qui ne condamne pas la 'Verweisungszuständigkeit' mais conseille la « prudence dans son utilisation ». V. aussi PH. FRANCESKAKIS, *ac*, Paris, Sirey, 1958, 253, n° 264, qui dénonce la « confusion théorique » qui vient du parallélisme que l'on essaye d'établir entre conflits de lois et conflits de juridiction, ainsi que les observations de D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger...*, Paris, Dalloz, 1970, 151-163.

<sup>446</sup> J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 276, n° 201. V. aussi H. BAUER, *ac*, 1965, 145-146, n° 148.

<sup>447</sup> PH. FRANCESKAKIS, *ac*, Paris, Sirey, 1958, 254-256. Pour la jurisprudence allemande, v. H. BAUER, *ac*, 1965, 139-142. *Cors.* toutefois J.-L. ELHOUËISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, Thèse Paris II, 2000, 401-402 (l'auteur s'attache à démontrer que l'impuissance étatique à imposer une compétence juridictionnelle étrangère n'est qu'un « leurre » et que si le renvoi de compétence juridictionnelle n'est pas possible, on peut lui substituer un renvoi « classique » : à défaut de pouvoir désigner un juge étranger et de lui imposer une compétence, le for peut appliquer directement le système étranger de droit international privé, en ce compris la possibilité de renvoi. L'auteur y voit un substitut au renvoi de compétence. Il est bien maigre, puisque l'affaire ne quittera pas le giron du for).

<sup>448</sup> V. toutefois à propos de la seconde forme du renvoi de compétence, H. BAUER, *ac*, 1965, 147-148, n° 150.

§ 2. La compétence internationale dérivée, instrument de coordination du contentieux

**87. Rôle de la compétence dérivée dans la prévention des conflits de procédures** - Les contestations modernes répondent de moins en moins souvent au schéma classique du demandeur, personne physique, qui s'oppose au défendeur, de même qualité. Bien souvent le demandeur n'hésitera pas à assigner plusieurs adversaires, dans l'espoir qu'au moins l'un d'entre eux puisse satisfaire une éventuelle condamnation. Une partie assignée en justice peut à son tour éprouver le besoin d'intéresser un tiers à la cause, qui pourrait le dédouaner ou supporter une partie de la responsabilité qu'on lui impute. Les litiges 'complexes' se sont multipliés à tel point qu'ils ont donné naissance à une littérature spécialisée.<sup>449</sup>

Lorsqu'ils se déroulent dans un même pays, divers mécanismes de consolidation peuvent permettre au même juge de connaître de l'ensemble du litige. Il n'en ira pas aussi facilement lorsque le litige dépasse les frontières nationales. Encore faudra-t-il en effet que les règles de compétence internationale permettent au juge d'étendre son emprise sur tous les aspects du litige. A défaut, les parties se verront dans l'obligation de multiplier les instances pour obtenir pleine justice. Partant on peut craindre l'apparition de procédures concurrentes.

Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer le contentieux de la responsabilité du fait des produits : lorsqu'un consommateur victime d'un défaut affectant un bien dont il s'est rendu acquéreur, sollicite des dommages et intérêts de son cocontractant, celui-ci voudra naturellement appeler à la cause son propre fournisseur pour mettre en jeu son obligation de garantie. Si les règles de compétence du for le permettent, le même juge pourra connaître de l'ensemble du litige, évacuant ainsi tout risque de contrariété de décisions.

Dans un scénario tout aussi classique, la question de l'extension de la compétence peut également se poser à l'égard d'éventuelles demandes reconventionnelles. Bien souvent en effet, une procédure engagée concurrentement se révélera n'être en réalité qu'une banale demande reconventionnelle : alors qu'une partie réclame des dommages et intérêts pour inexécution du contrat devant les tribunaux du pays A, son adversaire engage une action concurrente devant les tribunaux du pays B pour obtenir l'annulation du même contrat. Cette dernière action aurait évidemment pu être formée par voie reconventionnelle devant le premier juge, du moins pour autant que ses règles de compétence lui permettent d'en connaître.

Ces quelques exemples montrent à suffisance l'intérêt pour les Etats d'offrir à leurs tribunaux une compétence 'étendue' – par le biais de ce que l'on appelle généralement les règles de *compétence dérivée* – pour réduire l'incidence des procédures concurrentes. Si ces règles ne garantissent pas que les justiciables se laisseront nécessairement séduire par la possibilité de confier l'entière responsabilité de leur litige à un seul juge – il faudrait pour cela que tous les fors soient égaux devant l'intérêt des parties, *supra*, n° 4 – il demeure que sur le plan

<sup>449</sup> Pour le droit international privé, v. J. J. FAWCETT, "Multi-Party Litigation in Private International Law", *I.C.L.Q.*, 1995, 744-770 ainsi que K. TAKAHASHI, *Claims for Contribution and Reimbursement in an International Context. Conflict of Laws Dimensions of Third Party Procedure*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2000, 305 p.

des principes au moins, la compétence dérivée offre un excellent remède à la dispersion du contentieux.<sup>450</sup>

Il n'est dès lors pas sans intérêt pour la présente étude d'examiner ce que les droits nationaux offrent en la matière. Le droit comparé révélera que les Etats réservent un accueil plus que mitigé aux règles de compétence dérivée (A). Seuls les droits de tradition romane permettent à leurs tribunaux de s'intéresser à tous les aspects d'un même litige. Cette première constatation, purement empirique, nous incitera à tenter de cerner les limites de la compétence dérivée en droit international privé. Pour ce faire nous prendrons comme objet de réflexion le for de la connexité en droit européen (B).

#### A. LES RÈGLES DE COMPÉTENCE DÉRIVÉE, L'EXCEPTION EN DROIT COMPARÉ

**88. La perspective trompeuse de l'espace judiciaire européen** – Pour qui ne connaît des conflits de juridiction que la Convention de Bruxelles et ses avatars, les règles de compétence dérivée s'imposent comme une évidence : pluralité de défendeurs, demande en garantie et en intervention, demande reconventionnelle, le juge européen peut, sous réserve de certaines conditions il est vrai, étendre sa juridiction à toutes ces hypothèses. Et cette extension paraît légitime, puisqu'elle vise à favoriser la concentration du contentieux et, partant, à prévenir la naissance de décisions contradictoires.<sup>451</sup> Point n'est besoin de s'attarder sur la légitimité de cet objectif, à la fois pour les parties, à qui l'on évite de devoir multiplier les instances, et pour les Etats, qui ne doivent pas craindre d'être confrontés à des décisions contradictoires.

On pourrait en déduire que la compétence dérivée est une valeur sûre des conflits de juridictions. Or rien n'est moins vrai. Malgré les avantages manifestes qu'elles procurent pour une bonne administration de la justice, les règles de compétence dérivée sont plutôt rares en droit comparé.<sup>452</sup>

**89. La compétence dérivée en droit commun belge** – Les règles de compétence dérivée sont nombreuses en droit belge. Le Code Judiciaire prévoit pas moins de trois dispositions différentes qui visent à permettre une concentration du contentieux devant le même juge. Le demandeur peut ainsi attirer en Belgique les co-défendeurs qu'il estime indispensables à la cause (art. 635-1° C. Jud.). Le défendeur peut à son tour formuler une demande reconventionnelle ou encore obtenir qu'un tiers doive répondre de son obligation de garantie devant ce même juge (art. 635-9 C. Jud.). Enfin, cerise sur le gâteau, le Code Judiciaire prévoit également un for général de la connexité (art. 635-6° C. Jud.).

Ce faisant, le juge belge saisi d'une demande tendant à la liquidation des successions d'un mari et d'une femme pour laquelle il fondait sa compétence sur le dernier domicile de l'épouse en Belgique (art. 635-4° C. Jud.), peut également connaître d'une demande

<sup>450</sup> M. Goldstein et Mme. Groffier évoquent ainsi "l'utilité" de ce type de règle "dans une stratégie globale d'opposition à la multiplication des procédures internationales parallèles", (ac, 1998, 339, n° 140. V. également les justifications avancées par J. FAWCETT, *Id.*, *I.C.L.Q.*, 1995, 746 pour l'existence d'un for de la consorité en droit anglais.

<sup>451</sup> V. pour l'article 6(1) de la Convention de Bruxelles, C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Khalifes c. Banque Schröder*, aff. 189/87, *Rec.*, 1988, 5573, point 11, qui évoque à son appui le Rapport Jenard.

<sup>452</sup> V. l'aperçu de droit comparé de U. SPILLENBERG, "Örtliche Zuständigkeit kraft Sachzusammenhang", *Zugl. Wiss.*, 1980, 89-131 et du même Z.Z.P., 1982, 17-45. *Cors.* également S. LA CHINA, "La connessione nel diritto processuale civile internazionale", *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 344-385.

tendant à la liquidation de la communauté conjugale ayant existé entre les deux époux.<sup>453</sup> Voilà la compétence internationale du juge belge considérablement élargie par le bais de la connexité. Avec les autres fors dérivés dont il dispose, le juge belge devrait ainsi pouvoir pleinement répondre au besoin de justice de parties soucieuses de lui soumettre l'ensemble de leurs prétentions.<sup>454</sup>

A l'avenir, la compétence 'attrape-tout' du juge belge devrait se perpétuer. Le projet de Code de droit international privé reprend en effet à son compte les trois fors dérivés déjà évoqués.<sup>455</sup> On va voir que l'extension de compétence que permet le droit belge est isolée en droit comparé.

**90. Compétence internationale dérivée en droit commun français** – Au vrai, seul le droit français a adopté, par le biais de l'extension aux espèces internationales des règles de compétence dérivée prévues pour les espèces internes, une attitude aussi généreuse que celle du législateur belge. Ce faisant, le tribunal français est compétent pour connaître d'actions connexes formées contre plusieurs défendeurs dès lors que l'un d'eux est domicilié en France.<sup>456</sup> Il en va de même pour les demandes incidentes, qu'elles soient reconventionnelles ou en intervention.<sup>457</sup>

Dépassant d'ailleurs le cadre des dispositions législatives internes, la jurisprudence française a même été jusqu'à consacrer un for de la connexité pour les espèces internationales,<sup>458</sup> alors que, on le sait, la connexité n'existe dans le code de procédure civile que sous la forme d'un déclinatoire de compétence (art. 101 NCPC). Cette consécration, qui n'a certes pas encore été confirmée par la Cour de Cassation, traduit un préjugé favorable à l'attraction de compétence dans un souci de concentration du contentieux.

**91. Compétence internationale dérivée en droit italien** - La place importante que réservent les droits français et belge aux compétences internationales dérivées est unique en Europe. Le droit commun des autres États se montre plus réservé. Il en va tout d'abord ainsi de l'Italie : si depuis la réforme de 1995, le droit italien a incorporé les règles de compétence dérivée qui ont cours au sein de l'espace judiciaire européen,<sup>459</sup> il ne connaît pas de for général de la connexité. La seule compétence dérivée que le législateur a cru bon d'ajouter à l'édifice européen, confère au juge italien compétence pour trancher les questions préliminaires, entendues comme celles dont la solution est nécessaire pour

<sup>453</sup> Civ. Bruxelles, 31 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, 677.

<sup>454</sup> Ce qui était déjà le cas sous l'empire de la loi du 25 mars 1876, qui conférait au juge belge une large compétence dérivée, v. l'analyse de P. DE PAEPE, « Onzième étude. De la compétence résultant à l'égard des étrangers de la connexité des demandes », in *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers avec un exposé sommaire de la loi qui leur est applicable et mise en rapport avec la Convention franco-belge du 8 juillet 1899*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, II, 1902, 1-32.

<sup>455</sup> Article 5-2 : for des co-défendeurs ; art. 8 : for des demandes incidentes (demande en garantie ou en intervention et demande reconventionnelle) ; art. 9 (for de la connexité).

<sup>456</sup> Art. 42, al. 2 NCPC. V. p. ex. Cass, 29 novembre 1948, *J.C.P.*, 1949, II, 4862, note SARRAUTE ; Cass. Civ. (1<sup>ère</sup> Chambre), 17 juin 1958, *R.C.D.I.P.*, 1958, 704, note PH. FRANCESCakis ; Cass., 18 juin 1958, *R.C.D.I.P.*, 1958, 754, note E. MEZGER ; Cass., 2 janvier 1968, *R.C.D.I.P.*, 1968, 506, note J. NORMAND.

<sup>457</sup> A. HUET, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 581-40, n° 31 ; P. MAYER, 1998, 187, n° 286 ; B. AUDIT, 1997, 322-323, n° 367 ; H. GAUDEMET-TALLON, v° Compétence civile et commerciale, in *Répertoire droit int'l*, Paris, Dalloz, 1998, n° 146-149. P. ex. Cass., 19 octobre 1959, *Pelassa, D.*, 1960, 37, note G. HOLLEAUX ; *R.C.D.I.P.*, 1960, 215, note Y.L. ; *J.D.I.*, 1960, 486, obs. STALELLI.

<sup>458</sup> Lyon, 8 juin 1978, *R.C.D.I.P.*, 1979, 113, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.*, 1978, IR, 368.

<sup>459</sup> V. article 3-2 de la loi n° 218 du 31 mai 1995 qui se réfère aux sections 2 à 4 du Titre II de la Convention de Bruxelles.

la solution sur le fond du litige principal.<sup>460</sup> Ainsi le juge italien ne pourra-t-il, au contraire de ses collègues belge ou français, se saisir d'une demande en raison de sa seule connexité avec une autre qui lui a déjà été soumise.<sup>461</sup>

Cette première comparaison révèle déjà l'étendue exceptionnelle de la compétence des tribunaux français et belges.<sup>462</sup> Le contraste est encore plus grand lorsque la comparaison porte sur les droits de tradition germanique. Ceux-ci se montrent plus réticents encore à étendre la compétence de leurs tribunaux, fut-ce au nom d'une bonne administration de la justice.

**92. La compétence dérivée en droit suisse** - Les règles générales de compétence en vigueur en Suisse depuis 1987 ne prévoient qu'une seule compétence dérivée, qui permet au tribunal suisse de prendre connaissance d'une demande reconventionnelle (art. 8 LFDIP). Des dispositions spécifiques autorisent certes les tribunaux suisses à étendre leur compétence, dans des matières particulières, aux questions jugées annexes.<sup>463</sup> La loi ne permet toutefois pas d'attirer plusieurs défendeurs devant le juge du domicile de l'un d'entre eux.<sup>464</sup>

*A fortiori* le droit suisse ne connaît-il pas de for général de la connexité. L'extrême réticence des tribunaux suisses face à toute attraction de compétence fondée sur la connexité ou la consorité peut avoir comme conséquence qu'un demandeur se trouve dans l'impossibilité de soumettre l'ensemble de ses prétentions au juge suisse, et soit dès lors contraint d'introduire une action concurrente devant un juge étranger. C'est semble-t-il ce qui s'est produit dans l'affaire *First National Bank of Boston*, où une banque américaine s'est vue 'contrainte' d'engager des poursuites en Angleterre, parce que le juge suisse, déjà saisi du litige par son adversaire, ne pouvait étendre sa compétence aux tiers que la banque était désireuse d'impliquer à la cause.<sup>465</sup> On a certes proposé, pour permettre de réaliser une concentration du contentieux, d'avoir recours au for de nécessité prévu par l'article 3 de la loi suisse.<sup>466</sup> Il reste que cette solution d'expédient,

<sup>460</sup> Article 6 de la même loi.

<sup>461</sup> Il en va de même en droit Québécois, où le nouveau Code civil prévoit comme seule règle de compétence dérivée un article 3139, qui permet au juge québécois d'étendre sa saisine aux demandes incidentes ou reconventionnelles, v. E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, 1998, 336-339.

<sup>462</sup> Le droit néerlandais occupe une position médiane, similaire à celle du droit italien : s'il prévoit un for de la pluralité des défendeurs (art. 7(1)) du Code) ainsi qu'une extension de la compétence aux demandes reconventionnelles et en garantie (art. 7(2) du Code), dont l'exercice est d'ailleurs subordonné à l'existence d'un lien de connexité entre les demandes. Le Code de procédure civile tel qu'amendé récemment ne connaît pas de for de la connexité.

<sup>463</sup> P. ex. article 63(1) qui permet aux tribunaux compétents en matière de divorce de se prononcer également sur les "effets accessoires", ou l'article 64 qui autorise ces mêmes tribunaux à trancher une action en complément ou en modification d'un jugement de divorce. V. également les articles 75(2) et 71(2) en matière de filiation et l'article 81 qui étend la compétence du tribunal qui a la charge de se prononcer sur les effets de la filiation, aux prétentions des tiers.

<sup>464</sup> Les articles 109(2) et 129(3) permettent certes dans des matières spécifiques d'attirer plusieurs défendeurs devant le même juge, mais uniquement s'ils "peuvent être recherchés en Suisse", c-à-d dire si la compétence des tribunaux suisses est réalisée par rapport à chacun des défendeurs (A. BUCHER, 1998, 78-79).

<sup>465</sup> *First National Bank of Boston v Union Bank of Switzerland*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (le juge Michael Kerr explique que "The position is that the Courts in Geneva have no [...] power to allow third party proceedings, at any rate against persons who are not amenable to their jurisdiction").

<sup>466</sup> A. BUCHER, 1998, 77, n° 212 et 98, n° 274. M. Bucher explique que si le législateur suisse s'est montré peu favorable aux fors fondés sur la connexité, "l'intérêt d'une bonne administration de la justice au moyen d'une certaine concentration des litiges peut se manifester avec une telle force que l'on ne saurait 'raisonnablement exiger', suivant les termes de l'article 3 [for de nécessité] que la partie demanderesse introduise son action à l'étranger et soit privée d'un for de la connexité en Suisse ».



outre qu'elle risque de conférer une portée trop large à une disposition qui se veut exceptionnelle, ne permettra pas d'embrasser l'ensemble des hypothèses qui ressortissent à la connexité ou même à la consorité.<sup>467</sup>

**93. La compétence dérivée en droit allemand** - Le droit allemand se montre tout aussi réticent face à la compétence internationale dérivée : il ne prévoit tout d'abord pas de compétence générale à l'égard des co-défendeurs.<sup>468</sup> Ceci s'explique lorsque l'on sait que le droit allemand, tout comme le droit français, repose toujours en grande partie sur l'application aux espèces internationales des règles de compétence territoriale de droit interne.<sup>469</sup> Or le Code de procédure civile allemand ne fait pas de la consorité un chef de compétence. En cas de pluralité de défendeurs, et à défaut d'un for qui leur soit commun, il revient selon l'article 36(3) ZPO à la juridiction immédiatement supérieure de désigner le tribunal compétent. Cette disposition est bien inapplicable dans le contentieux international.

Il n'est pas non plus question pour les tribunaux allemands de revendiquer compétence sur le simple fondement de la *connexité* entre plusieurs demandes.<sup>470</sup> C'est encore une fois l'absence en droit interne de for général de la connexité qui explique, en raison de la projection des règles internes sur le plan international, l'impossibilité pour les tribunaux allemands d'étendre leur compétence aux litiges connexes – ce qui montre bien les faiblesses d'un système fondé sur une telle transposition.<sup>471</sup> La Cour fédérale a eu l'occasion de confirmer cette limitation de la compétence internationale des tribunaux allemands.<sup>472</sup> La timidité des tribunaux allemands n'est toutefois pas absolue. Ainsi, la jurisprudence accepte l'extension aux espèces internationales de la règle de compétence interne qui permet aux tribunaux de prendre connaissance des demandes reconventionnelles.<sup>473</sup> En outre l'absence de for de la connexité est en pratique largement compensée par la possibilité pour le juge allemand de se prononcer sur les questions

<sup>467</sup> Ainsi M. *Bucher* explique-t-il que le for de nécessité peut servir à faire jouer une consorité passive ou encore permettre l'appel en acuse ou la dénonciation du litige à un tiers (1998, 98-99, n° 274). Il n'évoque toutefois pas la possibilité d'invoquer ce même for de nécessité pour pallier l'absence d'un for de la connexité. *Comp.* cependant S. OTHENIN-GIRARD, « Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse (art. 3. LDIP) », *Reu Suisse Dr. Eur. Intl.*, 1999, (251), 261-262 (qui se montre critique à l'égard d'une telle application du for de nécessité pour tenter de combler les lacunes éventuelles des règles de compétence).

<sup>468</sup> V. sur ce point, R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4<sup>ème</sup> éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 384-386 et 494, n° 1578 et H. SCHACK, 1996, 140, n° 356, qui fait mention de certaines exceptions particulières, par exemple à l'égard d'une demande d'aliments à l'encontre de deux parents. V. aussi le § 603 al. 2 ZPO, qui prévoit un for de la pluralité de défendeurs en matière de lettre de change ainsi que le § 440 II HGB. V. aussi J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 370-371, n° 436-437, qui insiste par ailleurs (p. 469, n° 719) sur "l'obligation nouvelle" qui pèse sur les tribunaux allemands en vertu de l'article 6-1 de la Convention de Bruxelles. M. Kropholler appellait de ses vœux l'introduction d'une "Streitgenossenzuständigkeit" en droit commun allemand (p. 371, n° 437).

Le droit autrichien connaît par contre le for de la pluralité des défendeurs : § 93 I de la JN.

<sup>469</sup> V. les observations de H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2002, 106-107.

<sup>470</sup> H. SCHACK, 1996, 134, n° 341 ; R. GEIMER, *ac*, 4<sup>ème</sup> éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 494, n° 1579 et 342, n° 1023; du même, "Fora connexitatis. Der Sachzusammenhang als Grundlage der internationalen Zuständigkeit", *W.M.*, 1979, (350), 351 (350-361) ainsi que U. SPELLENBERG, *lc*, ZZZP, 1982, (17-45), 28-36. En général, K. OTTE, *Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhang - Gerechtigkeit durch Verfahrensabstimmung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 926 p.

<sup>471</sup> V. toutes le § 25 du ZPO qui permet une forme limitée de connexité en matière de droits réels ainsi que le § 34.

<sup>472</sup> BGH, 28 février 1996, BGHZ, vol. 132, 105; *N.J.W.*, 1996, 1411; *FamRZ.*, 1996, 601; *IPRax*, 1997, 187; *J.Z.*, 1997, 88; *IPRspr.*, 1996, n° 142.

<sup>473</sup> Application par analogie aux espèces internationales du § 33 ZPO, v. J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 369-370 ; H. SCHACK, 1996, 138, n° 352; R. GEIMER, *ac*, 4<sup>ème</sup> éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 493, n° 1575 et par exemple BGH, 8 mai 1992, *R.I.W.*, 1992, 673.

'annexes' ou 'préliminaires'. Ainsi on accepte que si le juge allemand est compétent pour prononcer le divorce, il peut également se pencher sur les prétentions matérielles des époux et le devoir d'entretien à l'égard d'éventuels enfants.<sup>474</sup>

Le droit allemand ne permet enfin que de façon très limitée d'étendre la compétence internationale du juge à l'égard d'un tiers. On le comprendra pour la demande en garantie, inconnue en tant que telle du Code de procédure civile. En droit commun allemand il n'est pas possible de formuler directement une demande en garantie contre un tiers. Le droit procédural connaît certes une institution qui permet d'obtenir, *mutatis mutandis*, le même effet que la demande en garantie, à savoir la *litis denunciatio*.<sup>475</sup> Il ne semble toutefois pas possible de déduire de cette institution un chef de compétence dérivée. Le défendeur désireux d'appeler un tiers à la cause devra donc d'abord montrer que le tribunal possède compétence à son égard.<sup>476</sup> Ceci explique d'ailleurs qu'il ait fallu adopter une disposition particulière lors de la conclusion de la Convention de Bruxelles pour 'neutraliser' à l'égard de l'Allemagne l'article 6-2° qui prévoit précisément une extension de compétence aux demandes en garantie.<sup>477</sup>

L'hostilité du droit commun allemand à l'égard de l'extension de compétence internationale aux tiers s'est également traduite par le rejet d'une projection aux espèces internationales du § 33 ZPO, qui permet à une partie de formuler une demande reconventionnelle contre un tiers. La Cour fédérale allemande a jugé que cette extension n'était pas justifiée parce qu'elle pénaliserait trop lourdement le tiers.<sup>478</sup> La partie

<sup>474</sup> V. sur ce point et les autres hypothèses citées par R. GEIMER, 4<sup>ème</sup> éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 485-492, ainsi que H. SCHACK, 1996, 135-136, n° 345-346.

<sup>475</sup> La fameuse 'Streitverkundung' (§§ 68 et 72 ZPO) : à la différence de la demande en garantie, le tiers ne devient pas partie au procès. Il est simplement appelé en déclaration de jugement commun, et ne pourra donc plus contester le bien-fondé du jugement dans une action ultérieure, lorsque le défendeur réclamera l'application de l'obligation de garantie, légale ou conventionnelle. V. également le § 21 du CPC autrichien. L'appel en déclaration de jugement commun, figure connue des droits de tradition romane, va évidemment moins loin que l'appel en garantie puisqu'il ne permet pas d'éviter la conduite de deux instances. En général, W. LÜKE, *Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess : eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Grundfragen der subjektiven Verfahrenskonzentration*, Tübingen, Mohr, 1993, 494 p. et U. SPELLENBERG, « Die Drittbeteiligung im Zivilprozess in rechtsvergleichender Sicht », *Z.Z.P.*, 1993, 283-340.

<sup>476</sup> V. H. SCHACK, 1996, 142-145 ; J. KROPHOLLER, "Internationalz Zuständigkeit", 371, n° 438.

<sup>477</sup> L'article V du protocole 'neutralise' l'article 6-2 à l'égard de l'Allemagne : cette règle ne peut être invoquée pour étendre la compétence du juge allemand à l'égard d'une partie domiciliée dans un autre Etat contractant. Le défendeur attiré devant un juge allemand peut toutefois appeler un tiers en garantie par le biais de la *litis denunciatio*, qui se voit conférée valeur de chef de compétence. Cette réserve a été étendue aux autres pays de tradition germanique par la Convention de Lugano : article V du protocole 1, relatif à l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse ainsi qu'à l'Espagne. On la retrouve à l'article 65 du Règlement 44/2001. En général, H. P. MANSSEL, "Streitverkundung und Interventionsklage im Europäischen internationalen Zivilprozessrecht (EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen)", in *Europäischer Binnenmarkt - Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, P. HOMMELHOFF (éd.), Heidelberg, Müller Verlag, 1995, 161-262. Cette réserve ne connaît pas de pendant au stade de la reconnaissance, ce qui s'explique puisque la Convention interdit en principe le contrôle de la compétence indirecte. Sur les difficultés que ceci pose pour la reconnaissance à l'étranger d'un jugement de *litis denunciatio*, v. G. A. L. DROZ, 1972, 75, n° 97. La doctrine se montre critique à l'égard de cette réserve parce qu'elle n'empêche pas une partie domiciliée en Allemagne d'être appelée en garantie dans un autre Etat membre. M. Schack y voit un danger pour les exporteurs allemands, qui pourraient être appelés en garantie dans un autre Etat membre devant un juge qui tire sa compétence, pour la demande principale, d'un for exorbitant - si le défendeur principal n'est pas domicilié dans l'Union européenne - ce qui n'empêcherait pas l'Allemagne de devoir reconnaître le jugement! V. H. SCHACK, 1996, 143-144, n° 365. M. Schack y voit une atteinte aux "Zuständigkeitsinteressen" du tiers. La Cour de Justice a encore précisé à l'égard de l'article 6-2 qu'il revient aux Etats membres de déterminer les conditions d'admissibilité d'une demande en garantie, sous réserve de l'effet utile de la Convention, v. C.J.C.E., 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen c. Zeebague*, aff. 365/88, *Rec.*, 1990, I-1860, points 19-20. L'institution de la *litis denunciatio* a été adoptée dans certaines conventions internationales, v. par exemple l'article 62 de la Convention CIM et l'article 39 de la Convention CMR et les explications de K. TAKAHASHI, *ac.*, 2000, 103-106.

<sup>478</sup> BGH, 20 janvier 1981, *N.J.W.*, 1981, 2462; *R.I.W.*, 1981, 706. Il ne s'agit pas alors à proprement parler d'une demande reconventionnelle, mais le droit allemand semble ne connaître qu'un seul terme pour désigner les deux,

désireuse d'impliquer le tiers devra donc prouver l'existence d'une compétence indépendante à son égard. On le voit, le droit allemand se montre très réservé lorsqu'il s'agit d'étendre la compétence de ses tribunaux.

**94. Compétence dérivée en droit anglais** - Le droit anglais se montre tout aussi restrictif à l'égard des litiges complexes. La raison en est simple : sur le plan des principes au moins, la compétence du juge anglais dérive de la remise de l'assignation à la personne du défendeur. Il est donc particulièrement difficile d'imaginer une extension de compétence à l'égard de justiciables qui n'auraient pas, d'une manière ou d'une autre, été soumis à l'emprise du tribunal par le biais de la signification de la citation. On constate donc sans surprise qu'il a fallu l'intervention du législateur pour permettre l'introduction d'une forme limitée de compétence à l'égard d'une pluralité de défendeurs.

La règle 1(1)(c) de l'*Order XI* permet ainsi à un demandeur d'intéresser un co-défendeur à la cause, pour autant que la citation ait été signifiée au premier défendeur.<sup>479</sup> Comme il s'agit d'une compétence extraterritoriale, elle ne pourra être exercée qu'après que le co-défendeur ait lui-même reçu signification de la citation. En outre, la compétence ainsi conférée au tribunal anglais ne peut être invoquée *ipso facto*; le tribunal devra dans un premier temps se pencher sur l'opportunité de permettre utilisation de ce chef de compétence.<sup>480</sup> Tout en reconnaissant l'utilité pratique que revêt cette règle,<sup>481</sup> les tribunaux anglais insistent toutefois sur la nécessité de prévenir toute utilisation abusive du for de la consorité passive. Le texte de l'article 1(1)(c) les y aide, puisqu'il ne permet l'extension de la compétence qu'à l'égard d'une partie dont l'implication est jugée 'nécessaire' ou 'adéquate' à la bonne administration de la justice.<sup>482</sup> Cette insistance se traduit par une certaine hésitation à autoriser le recours à ce chef de compétence.<sup>483</sup> La jurisprudence a ainsi souligné le caractère inhabituel de la règle et la nécessité d'être particulièrement prudent dans son utilisation.<sup>484</sup>

**95. Les dangers de la compétence dérivée internationale** - La concentration des actions par le biais des compétences dérivées ne connaît pas le même succès dans tous les pays. Certes il semble unanimement admis qu'un juge saisi d'une action puisse, même si le litige dépasse les frontières nationales, prendre connaissance d'une demande reconventionnelle.<sup>485</sup> Cette extension de compétence permettra, au moins sur le plan des

à savoir 'Widerklage'. V. en général, W EICKERHOFF, *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, 203 p.

<sup>479</sup> Sur ce chef de compétence, v. CHESHIRE et NORTH, 1999, 300-302 et J. J. FAWCETT, *l.c.*, *I.C.L.Q.*, 1995, (744), 746-49.

<sup>480</sup> Selon les modalités du *forum conveniens*, cf. *infra*, n° 422. V. par exemple *Golden Ocean Assurance Ltd. and World Mariner Shipping SA v Martin, The Golden Mariner* [1990] 2 Lloyd's Rep. 215, 222 (C.A.).

<sup>481</sup> *Amarual v Alexandros Shipping Co.*, [1986] 1 Q.B. 464, 478.

<sup>482</sup> L'article 1(1)(c) évoque une « necessary or proper party ».

<sup>483</sup> V. les décisions citées par J. J. FAWCETT, *l.c.*, *I.C.L.Q.*, 1995, (744), 748-749 ainsi que par CHESHIRE et NORTH, 1999, 301. En général, K. TAKAHASHI, *op.cit.*, 2000, 157-163.

<sup>484</sup> V. *Arab Monetary Fund v Hashim (N° 4)* [1992] 1 W.L.R. 553, 557 et *Multinational Gas & Petrochemical Co v MPG Services Ltd.*, [1983] Ch. 258 (C.A.).

<sup>485</sup> Même si cette extension de la compétence est elle-même généralement soumise à certaines conditions. Au sein de l'espace judiciaire européen par exemple, la compétence dérivée suppose que la demande reconventionnelle « dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire » (art. 6(3) du Règlement 44/2001). Sur cette condition, v. H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 169, n° 229, qui relève que cette condition « exigeante quant à la nature du lien entre demande initiale et demande reconventionnelle est plus sévère que celle retenue en général dans les droits nationaux [...] ». Sur la distinction entre simples moyens de défense et demande reconventionnelle, v. C.J.C.E., 13 juillet 1995, *Damuern Produktion A/S c Schulzfabriken Otterbade GmbH*, aff. C-341/93, *Rec.*, 1995, I-2071, points 12 à 17. La jurisprudence nationale prend parfois quelques libertés avec le

principes, d'appréhender un grand nombre de procédures concurrentes. Il demeure que l'on peut s'étonner de la frilosité de certains droits nationaux, en particulier à l'égard de la consorité, qui a fait ses preuves au sein de l'espace judiciaire européen. On peut se demander pourquoi certains montrent tant d'hésitation devant des règles qui permettraient, comme on l'a fait valoir devant la Cour de Justice, "de préserver une organisation utile du procès en évitant une fragmentation des compétences".<sup>486</sup> Car il n'y a pas que la réserve des droits allemand, suisse et anglais qui témoigne de la réticence face aux règles de compétence dérivée. L'hésitation se manifeste aussi dans les nombreuses conditions dont ces règles sont assorties, que ce soit par le biais d'une exigence de 'bonne foi',<sup>487</sup> d'un 'lien étroit'<sup>488</sup> ou encore d'un 'lien de connexité' entre des demandes que ne relie que la proximité entre les co-défendeurs.<sup>489</sup>

Le contraste entre la réserve germanique et la générosité des règles françaises et belges ne peut s'expliquer par la seule existence, en droit interne belge et français, de règles de compétence dérivée qui auraient trouvé leur prolongement dans le contentieux international.<sup>490</sup> Si la compétence dérivée est entourée d'une certaine réserve en droit comparé, c'est sans doute avant tout, comme le remarque M. *Audit*, qu'elle est plus lourde de conséquences dans l'ordre international que dans l'ordre interne.<sup>491</sup> Pour prendre l'exemple du for des co-défendeurs, il peut s'avérer difficile pour un justiciable grec de se voir assigné devant un tribunal belge, pour la seule raison qu'un co-défendeur y est domicilié alors que le contrat à l'origine du litige était dénué de tout lien avec la sphère juridique belge. L'avantage en terme d'économie de procédures peut être certes considérable, le danger ne l'est pas moins de voir une partie ainsi soustraite à son juge 'naturel', ou du moins atraite devant un juge avec lequel elle n'a d'autre lien qu'une communauté alléguée d'intérêts avec le défendeur.

On comprend dès lors que les règles de compétence dérivée soient très souvent assorties de limites, voire tout simplement rejetées. Ceci diminuera d'autant leur utilité dans la prévention des conflits de compétence. Car on ne peut nier que les règles de compétence dérivée apportent une aide précieuse dans l'entreprise de prévention des procédures concurrentes.

Pour tenter d'expliquer plus avant la réticence que l'examen de droit comparé a permis de découvrir et dans le même temps de montrer pourquoi les règles de compétence dérivée

prescrit de l'article 6(3), v. Cass. fr., 18 février 1994, *D.*, 1994, 245 ; *J.D.I.*, 1995, 150, note A. HUET. V. également l'article 5 du Règlement Bruxelles II, qui précise que la demande reconventionnelle doit entrer dans le champ d'application du règlement pour pouvoir être prise en compte.

<sup>486</sup> C.J.C.E., 5 octobre 1999, *Leathertex Divisione Simetici c. Bodetex*, aff. C-420/97, *Rec.*, 1999, I-6747, point 28, par Bodetex.

<sup>487</sup> A propos de la pluralité des défendeurs en droit commun belge, sur base de l'article 635-10 C. Jud., v. Civ. Bruxelles, 7 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1992, 25.

<sup>488</sup> C.T. Liège, 21 octobre 1992, *J.T.T.*, 1994, 181, à propos de la même disposition et les commentaires de MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 574-575, n° 304.

<sup>489</sup> Exigence posée par la C.J.C.E. au for de la pluralité des défendeurs, C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Khalifes*, aff. 189/87, *Rec.*, 1988, 5579, points 10-12, confirmé depuis dans C.J.C.E., 27 octobre 1998, *Réunion européenne c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV.*, aff. C-51/97, *Rec.*, 1998, I-6511, point 48. Cette jurisprudence a été intégrée dans le nouvel article 6(1) du Règlement 44/2001. V. également la théorie de "l'araignée au centre de la toile", développée par la jurisprudence néerlandaise en matière de contrefaçon de brevets, et les explications de M. PERTEGÁS SENDER, "Cross-Border Injunctions in Patent Litigation : Ingenious Tactics or Misuse of Private International Law Rules?", *Jura Falconis*, 2000-01, (505), 509-511.

<sup>490</sup> On se rappellera que le droit interne allemand ne permet pas d'attirer plusieurs défendeurs devant le juge de l'un d'entre eux.

<sup>491</sup> B. AUDIT, 1997, 320, n° 364.

doivent impérativement être assorties de certaines limites, nous prendrons comme exemple le débat sur la nécessité et la légitimité d'un for direct de la connexité en droit européen.

## B. VERS UN FOR EUROPÉEN DE LA CONNEXITÉ?

**96. Absence de for de connexité au sein de l'espace judiciaire européen** - On a constaté que les règles de compétence dérivée n'étaient pas légion en droit comparé. Pour expliquer la méfiance qui semble entourer cette extension de la compétence internationale, on évoquera la controverse sur l'introduction en droit européen d'un for de la connexité.<sup>492</sup> Tout comme le droit commun belge, qui a d'ailleurs servi de source d'inspiration en droit européen, la Convention de Bruxelles consacre une exception de connexité qui permet de réunir plusieurs demandes liées par une proximité de questions. Le regroupement ne peut toutefois s'opérer que de façon *négative* : la connexité européenne n'est pas un chef de compétence, mais seulement un déclinateur de compétence.<sup>493</sup> Il appartient dès lors au juge second saisi de décider si les liens qui unissent les différentes demandes sont tels qu'ils justifient l'octroi d'un sursis à statuer.<sup>494</sup> La Cour de Justice a à plusieurs reprises souligné la fonction négative de la connexité européenne, en premier lieu dans l'affaire *Elefanten Schuh*.<sup>495</sup> En l'espèce, elle a indiqué que l'article 22 "n'est pas attributif de compétence" et qu'il "n'établit pas la compétence d'un juge d'un Etat contractant pour statuer sur une demande qui est connexe à une autre demande dont ce juge est saisi en application des règles de la Convention".<sup>496</sup>

L'absence de for de la connexité a été regrettée par une partie de la doctrine, pour qui la consécration de l'idée de connexité dans quelques dispositions ponctuelles ne suffit pas pour éviter une dispersion des fors risquant d'entraîner des décisions inconciliables.<sup>497</sup> Cette lacune est mise en rapport avec le risque d'éclatement du for contractuel que fait courir la jurisprudence de la Cour. On sait en effet que la Cour a opté pour une interprétation 'pointilliste' de l'article 5-1 de la Convention, selon laquelle le juge désigné par cette disposition n'est compétent qu'à l'égard de l'obligation contractuelle qui sert de

<sup>492</sup> Il ne s'agit plus alors de coordination *nationale*, comme annoncé dans le titre de cette section. Les Etats membres peuvent toutefois être considéré, aux fins de l'application de la Convention de Bruxelles et plus encore du Règlement 44/2001, comme formant un seul espace judiciaire.

<sup>493</sup> Les jurisprudences nationales n'ont pas toujours pris la pleine mesure du rôle exclusivement négatif de la connexité européenne, v. les références citées par M. FALLON et H. BORN, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1978-1982)", *J.T.*, 1983, 209, n° 105 et "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1983-1985)", *J.T.*, 1987, 479, n° 65.

<sup>494</sup> L'examen de la jurisprudence nationale révèle que les tribunaux sont pour le moins réticents à donner suite au déclinateur de connexité. Il est vrai que le caractère simplement permissif de l'article 22 (devenu l'article 28 du Règlement 44/2001) et la définition assez lâche de la connexité fait reposer sur eux l'entière charge de la coordination. On peut également voir dans cette jurisprudence une réaction indirecte à l'absence totale de flexibilité de la litispendance européenne, qui agit sur la saisine du juge second saisi comme la guillotine sur la tête du condamné !

<sup>495</sup> C.J.C.E., 24 juin 1981, *Elefanten Schuh c. Pierre Jacquemin*, aff. 150/80, *Rec.*, 1981, 1671.

<sup>496</sup> *Idem*, point 19. V. aussi C.J.C.E., 27 octobre 1998, *Réunion européenne c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV.*, aff. C-51/97, *Rec.*, 1998, I-6511 point 39 et C.J.C.E., 5 octobre 1999, *Leathertex Divisione Sintetici c. Bodetex*, aff. C-420/97, *Rec.*, 1999, I-6747, point 38.

<sup>497</sup> V. surtout H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 214, n° 297 et les notes de A. HUET, *J.D.I.*, 1988, 138 et *J.D.I.*, 1987, 472 et de G. A. L. DROZ, *R.C.D.I.P.*, 1987, 804. V. aussi P. JENARD, "La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements", in *Répertoire Notarial*, t. XI, livre VI, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 143.

base à la demande judiciaire et non de l'ensemble du contrat.<sup>498</sup> Ce faisant, le for contractuel ne permettrait pas d'agréger devant un seul et même juge l'ensemble des demandes qui peuvent résulter de l'inexécution d'un contrat.<sup>499</sup>

Au rang des insuffisances du régime conventionnel qu'une consécration positive de la connexité viendrait combler, on cite encore les difficultés posées par les demandes complexes, qui se fondent tant sur la responsabilité délictuelle que contractuelle. Le cloisonnement auquel procède l'article 5<sup>500</sup> peut conduire à une dispersion du contentieux. Comme on le sait, la Cour de Justice a en effet refusé d'étendre la compétence du juge du lieu du fait dommageable aux "autres éléments de la même demande reposant sur des fondements non délictuels",<sup>501</sup> ouvrant ainsi la voie à un éclatement des compétences pour une même affaire.<sup>502</sup> Ici encore, la doctrine a vu dans l'introduction d'un for de la connexité une solution à la dispersion des compétences.<sup>503</sup>

97. Les affaires *Leathertex* et *Réunion européenne* et les limites de la connexité européenne - Le débat sur la reconnaissance d'un chef de compétence directement déduit de la connexité a récemment été relancé par deux affaires soumises à la Cour de Justice. Dans les deux cas, la juridiction nationale de renvoi tentait d'obtenir un fléchissement de la jurisprudence de la Cour pour lui permettre d'étendre sa compétence à certaines questions connexes à celles sur lesquelles elle pouvait légitimement revendiquer compétence. La Cour de Justice se voyait ainsi contrainte de se pencher sur la question de la connexité : elle pouvait s'en tenir à sa jurisprudence antérieure et accepter, comme le prétendait le demandeur, le morcellement de compétence, ou dévier, au nom de la concentration du contentieux, de la ligne tracée précédemment. Dans les deux espèces, la Cour s'en est tenue à sa jurisprudence antérieure, refusant de s'aventurer dans les eaux troubles de la connexité. Ces décisions sont déjà intéressantes par le résultat qu'elles consacrent. Elles le sont plus encore lorsque

<sup>498</sup> V. déjà l'arrêt C.J.C.E., *de Bloos c Bouyer*, 6 octobre 1976, aff. 14/75, *Rec.*, 1976, 1497, formule que la Cour n'a eu cesse de confirmer, par exemple C.J.C.E., 15 janvier 1987, *Sberanui c Kreisder*, aff. 266/85, *Rec.*, 1987, 251, attendu 17 dans lequel la Cour précisa qu'en règle générale, « il n'est ni nécessaire, ni indiqué d'identifier l'obligation qui caractérise le contrat et de centraliser à son lieu d'exécution la compétence judiciaire, au titre du lieu d'exécution, pour les litiges relatifs à toutes les obligations contractuelles ». V. aussi C.J.C.E., arrêt *Leathertex* précité, point 36 ; C.J.C.E., 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde*, aff. C-440/97, *Rec.*, 1999, I-6307, point 19 et C.J.C.E., 19 février 2002, *Besix c Wabag*, aff., C-256/00, non encore publié au *Rec.*, point 40.

<sup>499</sup> Cette difficulté, et celles liées au raisonnement conflictualiste imposé par la Cour, ont poussé la jurisprudence à prendre des libertés avec la ligne tracée par la Cour, v. les décisions citées par H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 118-119, n° 164.

<sup>500</sup> Et qui soulève de sérieuses difficultés lorsque la demande échappe à la fois à la qualification délictuelle et contractuelle. Ainsi, selon l'opinion majoritaire, l'article 5-1 ne pourrait être invoqué lorsque l'action est fondée sur un quasi-contrat, v. H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 116, n° 162 et la thèse de H. CHANTELOUP, *Les quasi-contrats en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé t. 304, Paris, L.G.D.J., 1998, 359 p. Dans l'affaire *Kleinwort Benson Ltd v Glasgow City Council*, [1997] 4 All ER 641 (H.L.), une banque tentait d'obtenir le remboursement de sommes prêtées à la ville de Glasgow. Celle-ci ayant obtenu l'annulation du contrat la liant à la banque pour excès de compétence (doctrine de *ultra vires*), la banque se vit contrainte d'avoir recours à la doctrine de la 'restitution' pour demander le remboursement. La Chambre des Lords décida qu'une telle demande ne tombait ni dans la catégorie des contrats de l'article 5-1°, ni dans celle des délits de l'article 5-3°, et qu'en conséquence seuls les tribunaux écossais étaient compétents. V. P.A. MCGRATH, « *Kleinwort Benson v. Glasgow City Council* : A Simple Point of Jurisdiction », *Civil Justice Quarterly*, 1999, 41-57. Sur la doctrine de la restitution, v. J. GARETH, *The Law of Restitution*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 912 p. En général sur les problèmes posés par la 'restitution' en droit international privé, v. F. ROSE, *Restitution and the Conflict of Laws*, Oxford, Manfield, 1995, 233 p.

<sup>501</sup> C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Khalifes*, aff. 189/87, *Rec.*, 1988, 5579, point 19.

<sup>502</sup> Du moins lorsque le droit applicable admet le cumul des modes de responsabilité. Sur la question du droit applicable à la détermination du concours, v. J. MEEUSEN, "De samenloop en de coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in het Belgische internationaal privaatrecht", *R.W.*, 1994-95, 1066-1067.

<sup>503</sup> P. ex. pour les actions mixtes, H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 114, n° 160 ; A. HUET, note, *J.D.I.*, 1989, 457.

l'on examine les motifs invoqués par la Cour. Ces motifs permettent en effet d'apercevoir en filigrane les *limites* de la connexité.

98. L'affaire *Leathertex* et le morcellement du for contractuel – La première des deux espèces portait sur un litige entre un agent commercial et son principal.<sup>504</sup> A la suite de difficultés dans l'exécution du contrat, l'agent réclamait le paiement d'arriérés de commission ainsi qu'une indemnité compensatoire de préavis. Le tribunal belge à qui l'affaire avait été soumise constata qu'il s'agissait de deux obligations distinctes dont aucune ne pouvait être considérée comme principale au sens de la jurisprudence *Sbenavui*.<sup>505</sup> Le malheur voulait que, selon les règles de conflit du juge, la première obligation devait être exécutée en Belgique, alors que la seconde devait l'être en Italie.

Alors que les tribunaux du fond avaient pris quelques libertés avec la rigueur du for contractuel européen,<sup>506</sup> la Cour de cassation a préféré en référer à la Cour européenne. En substance, elle lui demandait s'il était possible de faire exception à la loi d'airain de l'article 5-1° et de permettre à un seul tribunal de prendre connaissance de l'entiereté du litige lorsque le demandeur allègue la violation de deux obligations dont aucune ne peut être subordonnée à l'autre. Ce faisant la juridiction de renvoi essayait clairement d'obtenir la reconnaissance d'une forme limitée de connexité.

99. Le refus de la Cour d'étendre la compétence du for contractuel – La question posée par la Cour de cassation belge mettait à nu les insuffisances du for contractuel. Il était clair en effet qu'une application orthodoxe de la jurisprudence de la Cour aurait dû conduire le juge belge à se déclarer incompétent pour partie du litige. Soucieux de pouvoir présenter l'ensemble de ses griefs au juge belge, et d'éviter ainsi l'obstacle du procès à l'étranger, le demandeur invoquait en dernier ressort la connexité entre les deux obligations, soutenant que la compétence du juge du lieu de l'exécution d'une des obligations devait s'étendre à l'ensemble du litige en raison du lien de connexité et pour éviter "une fragmentation des compétences".<sup>507</sup>

La Cour fit la sourde oreille à ces arguments. Rappelant certes qu'un des objectifs de la Convention était "d'éviter, dans la mesure du possible, la multiplication des chefs de compétence judiciaire par rapport à un même contrat",<sup>508</sup> elle constata qu'en l'espèce aucune des obligations litigieuses ne pouvait être considérée comme principale.<sup>509</sup> Ne

<sup>504</sup> C.J.C.E., 5 octobre 1999, *Leathertex Divisione Sintetici c. Bodeltex*, aff. C-420/97, *Rec.*, 1999, I-6747.

<sup>505</sup> C.J.C.E., 15 janvier 1987, *Sbenavui c. Kreischer*, aff. 266/85, *Rec.*, 1987, 239.

<sup>506</sup> Le tribunal de commerce s'était reconnu compétent pour l'obligation de payer l'indemnité compensatoire de préavis, et n'avait pas hésité à en appeler à la connexité entre cette obligation et celle de payer les commissions pour se déclarer compétent sur l'ensemble du litige. En appel, la Cour de Gand a confirmé, sans s'exprimer apparemment sur la connexité, la compétence intégrale du tribunal de commerce. Ces stratagèmes ne sont pas uniques. Les jurisprudences nationales ont fait preuve d'une certaine créativité pour contourner les interdits de la Cour de Justice, particulièrement en matière contractuelle, v. p. ex. Mons, 21 décembre 1998, *J.T.*, 1999, 275 (qui procède directement à la localisation *en fait* de l'obligation litigieuse, sans s'interroger d'abord sur la loi applicable); v. aussi Comm. Bruxelles, 29 mai 1990, *R.D.C.B.*, 1992, 907 (qui adopte une vision globale du litige et retient le lieu d'exécution de la prestation caractéristique plutôt que celui de l'obligation litigieuse).

<sup>507</sup> C.J.C.E., affaire *Leathertex* précitée, pts. 27-28. La Commission appuyait cet argument, qui correspondait à ses yeux "le mieux au système de la Convention", point 30. Elle y voyait une application *mutatis mutandis* du principe qui fondait l'article 6(1) et faisait remarquer que l'article 22 conduisait, fut-ce de façon négative, à la même solution.

<sup>508</sup> C.J.C.E., affaire *Leathertex* précitée, pt. 31.

<sup>509</sup> La Cour a refusé de modifier les termes de la question préjudicielle, comme le lui demandait le gouvernement anglais, pour considérer que l'obligation de payer les commissions constituait l'obligation principale. Sur les difficultés liées à la détermination de l'obligation 'principale', v. MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 116-120.



s'agissant pas d'un contrat de travail, il n'était selon la Cour "ni nécessaire, ni indiqué d'identifier l'obligation qui caractérise le contrat et de centraliser à son lieu d'exécution la compétence judiciaire [...]".<sup>510</sup> La Cour se contenta de rappeler sa jurisprudence relative aux articles 5-1 et 22 pour constater que "le même juge n'est pas compétent pour connaître de l'ensemble d'une demande fondée sur deux obligations équivalentes découlant d'un même contrat, lorsque, selon les règles de conflit de l'Etat de ce juge, ces obligations doivent être exécutées l'une dans cet Etat et l'autre dans un autre Etat contractant".<sup>511</sup>

Ainsi fut rejetée toute prétention à l'introduction d'une mesure de connexité dans le for contractuel. On pourrait s'étonner que cette Cour, dont on sait l'importance qu'elle accorde à la prévention des conflits de procédures (*supra*, n° 9), se refuse à modifier sa jurisprudence pour permettre au for contractuel de connaître de l'ensemble d'un litige. Ce n'est pas en réalité que la Cour néglige l'objectif de concentration du contentieux. C'est plutôt qu'elle estime qu'une telle modification bouleverserait le nécessaire équilibre entre les règles européennes de compétence.<sup>512</sup>

**100. Le difficile équilibre entre le for contractuel et le for du défendeur** - Pour comprendre la décision de la Cour, il faut en effet avoir à l'esprit la préoccupation constante qui est la sienne de ne pas modifier l'équilibre existant ou supposé exister entre les règles de compétence de la Convention de Bruxelles. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a pris soin d'explicitier les objectifs de politique législative dont ces règles constituent à son sens la traduction.<sup>513</sup> Ces objectifs n'ont pas tous la même importance ; la Cour s'est également attachée à dégager une certaine *hiérarchie* parmi les règles de compétence. Or une extension de la portée du for contractuel ne manquerait pas de porter atteinte aux objectifs poursuivis par d'autres dispositions et, partant, de bouleverser la subtile hiérarchie que la Cour a cru pouvoir distinguer.

C'est ainsi que la Cour a identifié comme un des *leitmotifs* des règles européennes le souci d'économie de procédure et de concentration du contentieux. Cette préoccupation occupe une place importante dans la jurisprudence de la Cour, parce qu'elle permet d'éviter les difficultés que pourrait faire naître la concurrence de procédures, difficultés qui mettraient en péril la raison d'être même de la Convention, à savoir "faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires".<sup>514</sup>

L'importance accordée à la concentration du contentieux explique notamment l'interprétation extensive que la Cour donne de l'exception de litispendance

<sup>510</sup> Point 36. V. La jurisprudence *Sherazai* précitée, consacrée depuis lors par l'article 19-2 du Règlement 44/2001.

<sup>511</sup> Point 40.

<sup>512</sup> V. en ce sens les conclusions de l'avocat général Léger, qui faisait observer qu'introduire une mesure de connexité dans l'article 5-1 serait « modifier l'économie de la Convention sur la question des demandes connexes [...] », point 60.

<sup>513</sup> V. l'exposé synthétique que donnent MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 16-23.

<sup>514</sup> C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik AG c. Giulio Palmiro*, affaire 144/86, *Recueil*, 1987, 4861, point 8. V. aussi C.J.C.E., 7 mars 1985, *Spitzey v Sommer*, aff. 44/84, *Rec.*, 1985, 794, point 21 : qui évoque les « besoins de l'économie de procédure qui [...] sont à la base de l'ensemble de la Convention [...] » et dans le même sens, C.J.C.E., 9 novembre 1978, *Meeth v Glacetal*, aff. 23/78, *Rec.*, 1978, 2133, point 8 et récemment C.J.C.E., affaire *Bsix* précitée, 19 février 2002, aff. C-256/00, point 27 ("Il est de jurisprudence constante qu'il est indispensable d'éviter dans la mesure du possible, une multiplication des juridictions compétentes par rapport à un même contrat, afin de prévenir le risque de contrariété de décisions et de faciliter ainsi la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en dehors de l'Etat dans lequel elles ont été rendues").



européenne.<sup>515</sup> L'objectif premier de libre circulation des décisions doit toutefois composer avec la finalité poursuivie par les règles de compétence directe, la tension entre ces intérêts expliquant bien des difficultés. On relèvera en particulier deux dispositions centrales de l'architecture européenne, que la Cour a d'emblée associées à des objectifs précis. D'un côté il y a le for du défendeur : on connaît l'importance que la Cour accorde à cette disposition, qui constitue à ses yeux la traduction même des impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité.<sup>516</sup> L'attribution de compétence au for du défendeur constitue l'assurance à l'égard de tous les justiciables qu'ils pourront sans peine identifier la juridiction à laquelle présenter leurs griefs.<sup>517</sup>

L'assimilation entre for du défendeur et sécurité juridique repose certes en partie sur une généralisation,<sup>518</sup> puisqu'elle néglige l'hypothèse dans laquelle le domicile du défendeur est difficilement localisable, voire peut être localisé simultanément dans plusieurs Etats membres, à défaut de définition uniforme du domicile.<sup>519</sup> Toujours est-il que dans la jurisprudence de la Cour, l'idée fondatrice justifiant la place prépondérante réservée au for du défendeur est celle de sécurité juridique.<sup>520</sup>

<sup>515</sup> C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik AG c Giulio Palumbo*, affaire 144/86, *Recueil*, 1987, 4861 ; C.J.C.E., 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship "Tatry" c The owners of the Ship "Maciej Rataj"*, affaire C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5439 ; *infra*, n° 481.

<sup>516</sup> L'assimilation entre for du défendeur et sécurité juridique a été affirmée à de nombreuses reprises par la Cour, le plus souvent à l'occasion d'affaires mettant en jeu d'autres dispositions comme par exemple l'article 16 (p. ex. C.J.C.E., 9 juin 1994, *Lieber c Göbel*, aff. C-292/93, *Rec.*, 1994 I-2545, point 12 ; C.J.C.E., 10 janvier 1990, *Reichert c Dresdner Bank*, aff. C-115/88, *Rec.*, 1990, I-38, point 9) et l'article 5 (p. ex. C.J.C.E., *Réunion européenne*, précité, point 16). On remarque en effet que jamais avant l'affaire *Group Josi* (C.J.C.E., 13 juillet 2000, *Group Josi Reinsurance Comp. c UGIC*, aff. C-412/98, *Rec.*, 2000, I-5925), l'article 2 n'avait été en tant que tel au centre d'une question préliminaire. La Cour a encore récemment rappelé l'importance de l'impératif de « sécurité juridique » qui exige que les justiciables puissent prévoir raisonnablement devant quelle juridiction autre que celle de leur domicile ils pourraient être attirés en justice », C.J.C.E., arrêt *Besix* précité, points 24 à 26).

<sup>517</sup> On notera que s'il s'agissait uniquement d'assurer la prévisibilité des solutions, le *forum actoris* ferait aussi bien l'affaire! Au delà de la simple sécurité juridique, l'article 2 traduit également le souci du législateur européen que le défendeur soit attiré devant son propre juge afin, comme le notent MM. Rigaux et Fallon, « de lui éviter les inconvénients du phénomène de distance » (DIP, t. I, édition refondue, 406). La Cour de Justice a expressément reconnu cette justification; dans l'arrêt *Group Josi*, précité, elle expliquait que le « caractère de principe général que revêt [l'article 2], [lequel] est l'expression de l'adage actor sequitur, s'explique par le fait qu'elle permet au défendeur de se défendre, en principe, plus aisément » (point 35. V. aussi C.J.C.E., 17 juin 1992, *Handte c TMCS*, aff. C-26/91, *Rec.*, 1992, I-3990, point 14). On a pu invoquer que du point de vue de l'opportunité, la règle contraire se justifierait tout autant, notamment parce que la position procédurale des parties n'a rien de « naturelle », v. dernièrement V. HEUZÉ, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *R.C.D.I.P.*, 2000, (595), 634-635, n° 52 et sur l'ensemble de la question, B. BUCHNER, *Kläger- und Beklagerschutz im Recht der internationalen Zuständigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 170 p., spéc. Pp. 50-94.

<sup>518</sup> On notera en outre que la Cour semble perdre de vue cette autre justification possible du for du défendeur que constitue la facilité d'exécution pour le demandeur, puisque c'est normalement au domicile de son adversaire que celui-ci trouvera des biens susceptibles d'une mesure d'exécution forcée.

<sup>519</sup> Une hypothèse qui n'est pas exclue, puisque le Règlement 44/2001 se contente de renvoyer au droit des Etats membres pour la définition du domicile. Pire encore, l'article 60 prévoit une triple définition pour le domicile des personnes morales, qui constitue une source de conflits de compétence peu compatibles avec l'objectif de sécurité juridique ! Cette définition, directement inspirée de l'article 48 Traité CE, n'a en réalité pas sa place dans un instrument destiné à déterminer la compétence internationale des tribunaux.

<sup>520</sup> L'interprétation quasi-exclusivement téléologique que livre la Cour des dispositions de la Convention – il n'est pas un arrêt dans lequel elle n'en appelle au but de telle ou telle disposition – n'est sans doute pas du goût de tous. On pense en particulier aux juristes anglais plus familiers de l'interprétation littérale, sur cette difficulté, A. BRIGGS et P. REES, 1997, 15-16, n° 2.07, qui observent que pour l'interprétation des dispositions de la Convention, « a sound teleological argument may well defeat a good literal one ! ». V. déjà dans le premier arrêt rendu par la Cour, dans l'affaire *Tessili c Dunlop*, l'affirmation selon laquelle « la Convention doit être interprétée en tenant compte, à la fois, du système et des objectifs qui lui sont propres » (6 octobre 1976, *Tessili Como c Dunlop*, aff. 12/76, *Rec.*, 1976, 1473, point 9, nous soulignons). On pense par exemple à l'éclatement du for délictuel entre for du dommage et for du fait dommageable, division certes justifiée dans l'arrêt *Bier* (C.J.C.E., 30 novembre 1976, *Bier c Mines de Potasse d'Alsace*, aff. 21/76, *Rec.*, 1976, 1735) par des raisons de principe tout à fait légitimes, mais dont on avouera qu'elle se laisse difficilement réconcilier avec le texte de l'article 5-3°. Au vrai, ce qui

Dans le « système »<sup>521</sup> de la Convention – et du Règlement qui lui a succédé-, le for du défendeur entre directement en concurrence avec l'article 5. Celui-ci trouve, toujours selon la Cour, sa justification dans l'idée de bonne administration de la justice, et en particulier dans le souci d'attribuer compétence au juge "le mieux placé géographiquement pour l'établissement des faits dont dépend la solution du litige". Les règles de compétence consacrées par cette disposition visent à rapprocher le juge et les données du litige en vue de l'organisation utile du procès, et en particulier de l'efficacité de l'administration de la preuve. La Cour le rappelait déjà dans le premier arrêt dans lequel elle s'est penchée sur l'article 5 : après avoir indiqué que le "système" de la Convention était fondé "sur une attribution générale de compétence [...] au tribunal du domicile du défendeur",<sup>522</sup> elle expliqua que l'option offerte au demandeur par l'article 5 "a été introduite en considération de l'existence, dans certaines hypothèses bien déterminées, d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès".<sup>523</sup>

Certes, comme on l'a souligné, la justification ainsi attribuée à l'article 5 "ne vaut qu'à raison d'une extrapolation", qui peut ne pas se révéler justifiée.<sup>524</sup> La Cour ne s'est toutefois jamais embarrassée de telles nuances, se contentant de répéter, comme pour s'en convaincre elle-même, que la règle de compétence spéciale énoncée à l'article 5 est fondée sur l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et le tribunal compétent.<sup>525</sup>

**101. La connexité comme grain de sable dans les relations entre chefs de compétence européens** – Ainsi se dessine le cadre de référence élaboré au fil des décisions par la Cour de Justice, et qui éclaire, s'il ne permet de l'accepter, la solution

---

déroute vraiment dans la jurisprudence de la Cour, ce n'est pas tant l'argumentation quasi-exclusivement téléologique, mais bien le fait que la Cour, une fois l'objectif d'une disposition dégagé, se réfère constamment à cette décision, comme s'il s'agissait là d'une vérité immuable, v. sur ce point, B. ANCEL, note l'arrêt *Concorde*, R.C.D.I.P., 2000, 264.

<sup>521</sup> Expression qu'affectionne la Cour, v. par ex. l'arrêt *Besix* précité, point 52.

<sup>522</sup> C.J.C.E., 6 octobre 1976, *Tessili Como c Dunlop*, aff. 12/76, *Rec.*, 1976, 1473, point 12.

<sup>523</sup> Point 13. Curieusement, la Cour n'en appelle pas à l'autorité du rapport Jenard pour justifier cette déduction. Sur les méthodes d'interprétation de la Cour, v. K. VANDEKERCKHOVE, "De interpretatie van Europees bevoegheids- en executierecht", in *Het nieuwe Europees ipr : van verdrag naar verordeningen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Anvers, Intersentia, 2001, (11), 16-19.

<sup>524</sup> V. HEUZÉ, *lc.*, R.C.D.I.P., 2000, (595), 632, n° 48. L'avocat général Lenz avait déjà mis en évidence les failles du raisonnement : C.J.C.E., 29 juin 1994, *Custom Made*, aff. C-288/92, *Rec.*, 1994, I-2913, 2928. Si l'article 5-1 vise à désigner un juge « proche » du litige, de façon à permettre l'organisation utile du procès, le détour que la jurisprudence de *Blox* impose par le droit national peut s'avérer désastreux puisque la désignation du lieu d'exécution d'une obligation par le droit national poursuivra bien souvent d'autres objectifs que celui de permettre une organisation utile du procès ! *Infra* sur le correctif suggéré par Lenz à cette occasion. Dans le même sens, G. A. L. DROZ, note sous C.J.C.E., arrêt *Sheranui*, R.C.D.I.P., 1987, 803, n° 8. Outre la difficulté soulevée par le recours à la *lex contractus* pour la détermination du lieu d'exécution, c'est aussi la possibilité d'attirer le cocontractant devant le juge du lieu de paiement d'une somme d'argent qui allait à rebours de la raison d'être même de l'article 5.

<sup>525</sup> P. ex. pour l'article 5-3, les arrêts *Réunion européenne*, précité, point 27 ; C.J.C.E., 30 novembre 1976, *Bier c Mines de Potasses d'Alsace*, aff. 21/76, *Rec.*, 1976, point, 11 ; C.J.C.E., 11 janvier 1990, *Durrez - Tracoba c Hessische Landesbank*, aff. 220/88, *Rec.*, 1990, point 17 ; C.J.C.E., 7 mars 1995, *Shevill c Presse Alliance*, aff. C-68/93, *Rec.*, 1995, point 19 et C.J.C.E., 19 septembre 1995, *Marinari*, aff. C-364/93, *Rec.*, 1995, I-2719, point 10. *Comp.* avec l'arrêt *Leathertex*, précité, dans lequel cette justification n'est plus rappelée. Cette justification a récemment conduit la Cour à exclure l'application de l'article 5-1 à un litige portant sur une obligation de ne pas faire, dont elle a constaté qu'elle n'était pas susceptible "d'être rattachée à une juridiction qui serait particulièrement apte à connaître du différend relatif à cette obligation" (arrêt *Besix* précité, point 49).

retenue par la Cour dans l'arrêt *Leathbertex*. Même si la décision de la Cour se révèle bien sommaire, on aperçoit en filigrane les raisons qui l'ont poussé à rejeter la version étendue du for contractuel qu'on lui demandait de consacrer. Le souci de préserver le délicat équilibre entre le for du défendeur et celui de l'exécution du contrat n'est en effet certainement pas étranger au refus de la Cour de modifier, même de façon limitée, sa jurisprudence pour mieux servir l'objectif de concentration du contentieux.

C'est que l'extension du for contractuel aurait mis à mal la suprématie du for défendeur. La Cour rappelle fort à propos que le demandeur a toujours la possibilité de porter l'ensemble de sa demande devant le for du défendeur.<sup>526</sup> Or permettre au juge du lieu de l'exécution d'une des obligations litigieuses, de se prononcer sur l'ensemble du litige contractuel, reviendrait à donner à ce juge autant d'attrait qu'à celui du domicile du défendeur.<sup>527</sup> La primauté de l'article 2, sur laquelle la Cour a tant insisté, s'en verrait sérieusement ébranlée, les deux fors se trouvant sur un pied d'égalité.<sup>528</sup> Bien sur l'économie de procédure en serait sortie gagnante, mais sans doute au prix des vertus de la prévisibilité et de la sécurité juridique que la Cour attribue au for du défendeur.<sup>529</sup> En somme la Cour a choisi de privilégier le défendeur et le souci de prévisibilité sur l'objectif d'économie de procédures.<sup>530</sup>

## 102. Quelques nuances sur la portée des arguments invoqués - L'analyse de l'arrêt *Leathbertex* à la lumière du système et des objectifs du régime de la compétence

<sup>526</sup> Affaire *Leathbertex* précitée, point 41.

<sup>527</sup> Et sans doute plus puisque l'on sait que le for de l'exécution de l'obligation est souvent, par le biais des droits nationaux, le *forum actoris*. C'est en effet une des conséquences paradoxales de la jurisprudence *Tessili* et de *Bloos* que d'aboutir dans de nombreux cas à consacrer un *forum actoris*, qui est l'antithèse de la règle de compétence fondamentale sur laquelle est basée le système européen.

<sup>528</sup> Il en aurait sans doute été de même si la Cour avait accueilli la suggestion faite par son Avocat général, qu'elle n'a toutefois même pas mentionnée. A la suite d'autres suggestions formulées par ses collègues pour pallier les difficultés que fait naître la jurisprudence de la Cour (v. en particulier, la proposition formulée par l'avocat général Lenz, C.J.C.E., 29 juin 1994, *Custom Made Commercial*, aff. C-288/92, *Rec.*, 1994, I-2913, qui proposait une clause de correction à l'article 5-1, permettant de s'écarter de la compétence du juge du lieu de l'exécution lorsque celui-ci n'est manifestement pas le plus proche du litige, et celle de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, in C.J.C.E., *GIE Group Concord*, 28 septembre 1999, aff. C-420/97, qui proposait d'étendre à tous les contrats la solution retenue pour les contrats de travail, à savoir la compétence du juge du lieu d'exécution de la prestation caractéristique), l'avocat général Léger y était également allé dans l'affaire *Leathbertex* de sa proposition, qui s'attachait à ne retenir pour l'application de l'article 5-1 que le lieu d'exécution effectif, à l'exclusion du simple lieu de paiement d'une somme d'argent. Ce faisant, l'article 5-1 aurait permis d'agréger un certain nombre de demandes devant un seul juge, tout en assurant la compétence d'un juge proche du litige. Cette relecture de l'article 5-1, approuvée par certains (H. GAUDEMET-TALLON, note, *R.C.D.I.P.*, 2000, 87-88) et rejetée par d'autres (F. L., note *J.D.I.*, 2000, 545-547) butait sur le même obstacle que la suggestion de la Commission, à savoir que l'extension envisagée du for contractuel pouvait faire de l'ombre au for du demandeur.

<sup>529</sup> On sait que la Cour a adopté une autre attitude à l'égard des contrats de travail, permettant ici la concentration du contentieux devant le juge du lieu de l'exécution de l'obligation caractéristique. Est-ce à dire que le souci de protection du défendeur n'a plus cours lorsque c'est un contrat de travail qui est en jeu ? Comme le rappelle l'avocat général Léger, si la Cour a permis la concentration du contentieux du contrat de travail au lieu d'exécution de celui-ci, c'est parce que ce lieu entraîne l'application de dispositions impératives particulières, et qu'il convient de permettre au travailleur, partie faible, d'avoir facilement accès à un juge qui fera application de ces dispositions (affaire *Leathbertex* précitée, points 168-169). C'est donc le souci de protection d'une catégorie spécifique de justiciables qui explique que l'arbitrage entre le for du défendeur et celui du contrat soit différent. V. également l'attendu n° 16 dans l'arrêt *Sbernavui* du 15 juin 1987, précité, dans lequel la Cour justifie l'existence d'une solution différente pour les contrats de travail en notant que « les contrats de travail [...] présentent par rapport aux autres contrats [...] certaines particularités en ce qu'ils créent un lien durable qui insère le travailleur dans le cadre d'une certaine organisation des affaires de l'entreprise [...] et en ce qu'ils se localisent au lieu de l'exercice des activités, lequel détermine l'application de dispositions de droit impératif et de conventions collectives ».

<sup>530</sup> Une autre raison a certainement joué, à savoir la perspective d'une révision de l'article 5 que l'on savait imminente. La Cour a sans doute voulu éviter de s'engager dans une entreprise de redéfinition de cette disposition au moment où elle faisait l'objet de négociations entre les Etats membres.

directe dans l'espace judiciaire européen permet d'apercevoir les limites de l'objectif de concentration des litiges : souci en soi légitime, il peut se heurter à d'autres préoccupations tout aussi louables, comme celle de garantir une certaine primauté à la règle *actor sequitur*. L'extension du for contractuel par l'introduction d'une dose de connexité aurait, du moins aux yeux de la Cour, réduit d'autant la protection du défendeur.<sup>531</sup>

Cette analyse appelle bien sur d'importantes nuances : ainsi, l'économie de procédures n'aura pas trop à souffrir du refus opposé par la Cour à l'extension du for contractuel; d'autres mécanismes permettent en effet d'éviter un trop grand morcellement du contentieux.<sup>532</sup> D'autre part on peut avoir des doutes sur le risque qu'aurait posé une extension limitée du for contractuel sur l'objectif de prévisibilité pour les justiciables. Le changement sollicité par la juridiction de renvoi était loin d'être radical – il ne s'agissait pas de consacrer la connexité comme chef de compétence directe, mais plus modestement de corriger les effets pervers de la jurisprudence *Tessili*. Plus spécifiquement on peut se demander si l'extension du for contractuel rejetée par la Cour allait vraiment plus loin que celle qu'elle avait entérinée dans l'affaire *Sbernavui* : le regroupement du contentieux qu'autorise cette jurisprudence au profit du juge du lieu de l'exécution de l'obligation principale n'est en effet pas moins dangereux pour le primat de l'article 2 que ne l'aurait été l'extension de la compétence du juge du lieu d'exécution d'une obligation à une autre.<sup>533</sup>

Toujours est-il que la Cour a fermé la porte à une plus ample et plus directe concentration du contentieux.<sup>534</sup> L'arrêt *Réunion européenne* témoigne de la même

<sup>531</sup> A côté du risque posé à la suprématie de l'article 2, la Cour a sans doute également été sensible au risque que faisait peser l'extension du for contractuel à la justification même de ce for, à savoir l'existence d'un lien étroit entre juge et litige permettant l'organisation utile du procès : ouvrir la compétence du juge du lieu d'exécution d'une seule obligation à l'ensemble du contentieux contractuel pourrait conduire à conférer compétence à un juge dont l'absence de proximité avec certains éléments du litige enlève toute sa justification au for contractuel.

<sup>532</sup> On pense en particulier à la jurisprudence *Sbernavui* précitée, et à l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*, ainsi qu'au caractère général de la compétence du for du défendeur. Le déclinatoire de connexité permet aussi un regroupement des procédures ; en pratique il ne se révèle toutefois pas d'une grande utilité en raison des hésitations des tribunaux nationaux à l'appliquer. Sur les limites de l'application de cette disposition dans l'affaire *Leathbertex*, v. H. GAUDEMET-TALLON, note sous cet arrêt, *R.C.D.I.P.*, 2000, 85-86. A l'avenir d'ailleurs, le nouvel article 5-1 adopté dans le Règlement 44/2001 permettra d'éviter – dans certains cas au moins – une éventuelle dispersion des fors qui résulterait de la primauté accordée aux intérêts du défendeur puisque dans sa nouvelle rédaction, cette disposition isole, pour deux grandes catégories de contrat, une seule et unique obligation au lieu d'exécution de laquelle l'ensemble des litiges contractuels peuvent être portés – v. H. GAUDEMET-TALLON, note précitée, *R.C.D.I.P.*, 2000, 88, qui applique la solution à l'affaire *Leathbertex* et conclut qu'il s'agit d'une "amélioration notable". Sur l'effet "fédérateur" du nouvel article 5-1, v. P. VLAS, "Stoeien met verbintenissen, worstelen met art. 5 sub 1 EEX-Verordening", *W.P.N.R.*, 2002, n° 6485, (301), 302.

<sup>533</sup> V déjà en ce sens, la note de J. M. BISSCHOF et A. HUET sous *Sbernavui*, *J.D.I.*, 1987, 472, qui observaient que le système de l'obligation principale retenu par la Cour de Justice n'échappe pas au reproche de méconnaître les principes de la Convention de Bruxelles relatifs à la connexité. Sur les difficultés de qualification et de définition des obligations 'équivalentes', v. F. L., note *Leathbertex*, *J.D.I.*, 2000, 545.

<sup>534</sup> Dans le même temps, la Cour a coupé court à toute volonté de réforme prétorienne d'une disposition dont on sait qu'elle est loin de recueillir l'assentiment général, certains tribunaux, et non des moindres, s'étant ouvertement révolté contre la méthode conflictualiste imposée par la Cour, p. ex. Cass. fr., 1 mars 1997, *C.C.O. c Medtrafina*, *R.C.D.I.P.*, 1997, 585, note H. GAUDEMET-TALLON et les commentaires de A. HUET, *J.D.I.*, 1998, 131, la doctrine ne se montrant pas en reste, des voix plus qu'autorisées appelant à la suppression de ce chef de compétence (G. A. L. DROZ, "Delendum est forum contractus ?", *D.*, 1997, Chron., 351-356), d'autres se prononçant pour une réforme intégrale qui laisserait subsister le for contractuel, p. ex. MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 131, n° 71 et sur l'ensemble de la question, v. V. HEUZÉ, *l.c.*, *R.C.D.I.P.*, 2000, 595 e.s. ainsi que H. MUIR WATT, "Peut-on sauver le for européen du contrat?", *Reu Générale des procédures*, 1998, 371 e.s. et L. PALSSON, "The Unruly Horse of the Brussels and Lugano Conventions : the Forum Solutionis", in *Festskrift für Ole Lando*, L. L. ANDERSEN (éd.), Copenhague, 1997, 259 e.s.

préoccupation de la Cour d'éviter que le regroupement du contentieux ne mette à mal l'équilibre qu'elle a cru bon de distinguer entre les chefs de compétence.

103. L'affaire *Réunion européenne* et le morcellement des litiges complexes - Dans l'affaire *Réunion européenne*,<sup>535</sup> l'éclatement du contentieux que la Cour de cassation française cherchait à éviter ne découlait pas de la jurisprudence *Tessili*, mais bien du fractionnement imposé par la Convention entre les différents chefs de responsabilité, le juge compétent pour la responsabilité délictuelle ne l'étant pas nécessairement pour la responsabilité contractuelle.<sup>536</sup> En l'espèce, un juge français avait été saisi de plusieurs demandes en réparation d'un préjudice, les unes fondées sur la responsabilité contractuelle, les autres sur la responsabilité délictuelle. Les juridictions du fond n'avaient pu que constater les limites de leur compétence, qui ne s'étendait qu'à une partie du litige, à l'exclusion de l'autre. Devant la Cour de cassation, les demandeurs invoquèrent alors le caractère "indivisible" du litige pour tenter de convaincre la Cour d'admettre l'extension de compétence. Celle-ci préféra, sagement, s'en remettre à la Cour de justice, encore une fois dans l'espoir de voir s'ouvrir le carcan de la connexité.<sup>537</sup>

Comme le note un annotateur, la question posée par la juridiction nationale visait à s'assurer que "la notion d'indivisibilité, plus forte que celle de simple connexité, ne pouvait fonder la saisine d'une juridiction par ailleurs incompétente au vu des règles de la Convention".<sup>538</sup>

La Cour eut tout d'abord beau jeu de constater que la notion de litige 'indivisible' était inconnue de la Convention<sup>539</sup> et de rappeler que celle de connexité figure certes à l'article 22 mais n'est nullement attributive de juridiction.<sup>540</sup> De plus cette disposition ne pouvait être invoquée en l'espèce, à défaut de demandes connexes formées devant les tribunaux de plusieurs Etats contractants.<sup>541</sup> Le déclinatoire de connexité une fois écarté, la Cour expliqua pourquoi elle ne pouvait sanctionner, même au nom de l'objectif de concentration du contentieux, l'extension de compétence que la Cour de cassation fondait sur "l'indivisibilité" du litige.<sup>542</sup>

<sup>535</sup> C.J.C.E., 27 octobre 1998, *Réunion européenne c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV.*, aff C-51/97, *Rec.*, 1998, I-6511.

<sup>536</sup> On peut se demander s'il est judicieux de distinguer, pour les besoins de la compétence internationale, entre contrat et délit. Une telle distinction permet certes une approche plus fine qui retient différents critères pour chaque catégorie. Elle suppose toutefois qu'il soit possible de séparer le domaine contractuel du domaine délictuel. Or cette distinction quasi ontologique de catégories bien définies et étanches les une par rapport aux autres est aussi difficile en droit qu'en métaphysique !

<sup>537</sup> En l'espèce, les choses se compliquaient parce que l'extension de compétence réclamée se fondait sur la qualité de co-défendeur d'une partie, domiciliée dans un Etat contractant, que l'on tentait d'arrimer à une autre partie, à l'égard de laquelle la compétence existait, mais pas sur base de son domicile puisqu'elle était domiciliée en dehors de l'espace judiciaire européen. L'article 6-1, qui consacre la connexité 'subjective', ne pouvait dès lors trouver à s'appliquer, seuls subsistait une éventuelle connexité 'matérielle' dont les demandeurs prétendaient obtenir le bénéfice en invoquant l'indivisibilité du litige, une forme 'supérieure' de connexité.

<sup>538</sup> F[rédéric] L[égrand], note sous *Réunion européenne*, *J.D.I.*, 1999, 634.

<sup>539</sup> Point 38.

<sup>540</sup> Point 39.

<sup>541</sup> Points 40-41.

<sup>542</sup> Le recours à cette notion n'est pas fortuit, on sait que la Cour de cassation française en a en effet appelé au caractère 'indivisible' du litige pour justifier la primauté du for des co-défendeurs sur une éventuelle clause d'élection de for invoquée par l'un d'eux, v. Cass. fr., 23 octobre 1990, *Bull. Civ.*, I, n° 219, p. 136 et P. MAYER, 1998, 199, n° 305 et B. AUDIT, 1997, 321-322, n° 366.

104. **Les justifications du rejet de la connexité** - Pour ce faire, la Cour en appela à "l'objectif de sécurité juridique que poursuit la Convention",<sup>543</sup> objectif que mettrait en péril la reconnaissance aux fors consacrés par l'article 5 d'un pouvoir d'attraction à l'égard de demandes connexes ou même indivisibles. Le regroupement du contentieux qu'une telle extension permettrait, aurait pour corollaire une modification sensible de l'économie des chefs de compétence conventionnels, puisque le défendeur pourrait être attiré, pour l'entièreté de la demande, non seulement devant son propre juge, mais également devant les fors spéciaux que prévoit l'article 5.

A suivre la Cour, ceci poserait un risque pour les justiciables qui ne pourraient plus s'en remettre à l'assurance de la hiérarchie familière des règles de compétence.<sup>544</sup> La Cour évoque également le souci de protection du défendeur : au-delà de la prévisibilité, la Convention lui donne la garantie de pouvoir se défendre sur son propre terrain, ce qui ne serait plus le cas si une mesure de connexité venait à étendre les règles de l'article 5.<sup>545</sup> La Cour en déduit, non sans avoir rappelé l'importance de l'objectif de concentration du contentieux et les possibilités offertes par la Convention pour y parvenir,<sup>546</sup> qu'il n'est pas possible d'étendre la compétence du juge chargé de trancher un litige délictuel aux aspects contractuels du même litige.<sup>547</sup>

105. **Connexité et économie des règles européennes de compétence** - Tout comme dans l'arrêt *Leathbertex*, la Cour en a appelé, cette fois-ci directement, aux objectifs des règles de compétence et à l'équilibre entre celles-ci pour refuser d'accéder à la demande de la Cour de cassation. Le regroupement du contentieux bute<sup>548</sup> dès lors une nouvelle fois sur le primat fondamental de l'article 2 et le principe général de la prévisibilité des règles de compétence.

L'hostilité manifestée par la Cour à l'égard d'une extension éventuelle de la compétence attribuée par l'article 5<sup>549</sup> doit se comprendre à la lumière de l'équilibre qu'elle essaye de préserver entre les dispositions de la Convention. Elle choque d'autant moins que, comme on l'a fait remarquer, en l'espèce le fait que la responsabilité de chaque défendeur était recherchée sur une base unique, soit contractuelle, soit délictuelle, situait l'affaire "fort bas sur l'échelle des degrés possibles de connexité croissante".<sup>550</sup> Il faut dire aussi

<sup>543</sup> Point 46.

<sup>544</sup> Dans le même sens, F[rédéric] L[egrand] qui, sans être convaincu par l'argument, explique que la Cour "voit dans l'extension de la connexité un obstacle à la sécurité juridique" (note sous l'arrêt *Réunion européenne*, *J.D.I.*, 1999, 635).

<sup>545</sup> Point 47.

<sup>546</sup> Point 51.

<sup>547</sup> Point 50.

<sup>548</sup> Sans toutefois trébucher, puisque, comme la Cour le rappelle, l'article 2 offre toujours la possibilité de porter l'ensemble du litige devant un seul juge. Cette possibilité n'offrait toutefois pas de remède en l'espèce, puisque l'un des défendeurs était domicilié en dehors de l'Union européenne. De plus, l'article 22 était également hors jeu, la Cour ayant précisé qu'il n'y avait pas connexité, au sens de la jurisprudence *Khalifes*, entre les demandes. Mme. GAUDEMET-TALLON voit donc à juste titre un manque de logique dans l'appel par la Cour au déclinatoire de connexité (note sous l'arrêt *Réunion européenne*, *R.C.D.I.P.*, 1999, 340).

<sup>549</sup> F. L. parle d'une "arrêt de verrouillage à l'encontre de la connexité" (note sous l'arrêt *Réunion européenne*, *J.D.I.*, 1999, 635) tout en le regrettant. On doit comprendre par là que l'annotateur considère que la Cour a définitivement rejeté l'utilisation de la connexité comme chef de compétence direct. A notre sens, l'annotateur n'entendait pas se prononcer sur une éventuelle application de l'arrêt de la Cour pour l'interprétation du concept de connexité prévu à l'article 22, dont on sait qu'il ne s'accorde pas nécessairement avec la connexité au sens de la jurisprudence *Khalifes*, comp. avec les observations de MM. Born, Fallon et van Boxstael, 440-441, n° 221.

<sup>550</sup> MM. Born, Fallon et van Boxstael, 440-441, n° 221. Mais v. le rapport du conseiller J.-P. REMERY, sur la décision à l'origine de la question préjudicielle, *R.C.D.I.P.*, 1998, 117.

que l'accueil d'une mesure de connexité, dont on demandait à la Cour d'assortir l'article 5-3, aurait singulièrement contrasté avec l'interprétation restrictive que la Cour s'efforce d'imprimer à cette disposition depuis la générosité dont elle a fait preuve dans l'arrêt *Bier*.<sup>551</sup>

**106. Conclusions sur la compétence internationale dérivée** – Ces deux décisions traduisent une certaine vision de la compétence internationale, qui fait primer le souci de prévisibilité et de certitude sur celui de concentration du contentieux. On peut regretter l'importance que la Cour accorde au principe de la compétence du domicile du défendeur, importance qu'elle pousse parfois jusqu'à la caricature. Au moins cette jurisprudence a-t-elle toutefois le mérite de la constance. Elle met également en relief les limites de la connexité comme remède à la dispersion du contentieux.

Personne ne contestera que le souci du regroupement du contentieux soit un objectif légitime qui sert les intérêts des parties et des Etats. La doctrine allemande, qui s'est attachée à dégager et à systématiser les objectifs auxquels doivent répondre les règles de compétence (*infra*, n° 111), a d'ailleurs unanimement reconnu la légitimité de l'objectif de concentration du contentieux. Encore faut-il éviter qu'une trop grande extension de la compétence internationale de tel ou tel juge ne mette à mal l'équilibre entre les règles de compétence. La coordination des compétences concurrentes par le biais de la compétence dérivée trouve dès lors ses limites dans le respect d'autres considérations. Elle ne permettra pas de résoudre tous les conflits de procédures, loin s'en faut. Il en va de même au niveau international, comme va le montrer la prochaine section.

## Section 2 : Les limites de la coordination internationale

**107. Le succès grandissant des conventions internationales portant règles uniformes de compétence** - La coordination nationale des compétences concurrentes connaît ses limites. Les règles de compétence dérivée favorisent certes la concentration d'actions qui, prises isolément, pourraient relever des tribunaux d'Etats différents. Ces règles se heurtent toutefois vite à la nécessité de préserver l'effet utile d'autres chefs de compétence. C'est ici que l'effort concerté de la communauté internationale doit prendre le relais des solutions purement nationales.<sup>552</sup>

Les Etats sont pleinement conscients des avantages que procure la définition de règles communes de compétence pour leurs tribunaux. On en veut pour preuve que déjà au 18<sup>ème</sup> siècle, certains accords internationaux prévoyaient de telles règles.<sup>553</sup> Leur nombre

<sup>551</sup> *Comp. Born/Fallon/van Boxstael*, 441-442, n° 221, qui estiment que la décision de la Cour tend avant tout à éviter une hypertrophie de l'article 6-1 au détriment de l'article 5-3.

<sup>552</sup> V. aussi l'observation de la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire *Lotus* précitée. Après avoir constaté la grande liberté dont jouissent les Etats dans la délimitation de leur compétence, la Cour expliqua que « c'est en vue d'apporter un remède aux inconvénients qui dérivent de pareille variété qu'on s'efforce, depuis des années, en Europe aussi bien qu'en Amérique, d'élaborer des conventions, dont l'effet serait justement de restreindre la liberté que le droit international laisse actuellement aux Etats dans cette matière, en [...] faisant disparaître des concurrentes de compétences résultant de la diversité des principes adoptés dans les différents Etats » (arrêt *Lotus* précité, p. 19).

<sup>553</sup> V. les traités cités par M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois en matière de droit privé*, 4<sup>ème</sup> éd., revue et augmentée par DEMANGEAT, Paris, 1866, vol. 1, 323, n° 154 et notamment le traité conclu entre la France et la Russie le 11 janvier 1757, dont l'article 7 prévoyait qu'en cas de contestation entre deux sujets de l'un des Etats, le demandeur pouvait toujours s'adresser aux tribunaux du lieu de sa résidence si son adversaire ne consentait pas à soumettre la contestation au consul de sa nation. V. aussi le traité conclu entre la France et la Suisse, le 18 juillet 1823 ainsi que la convention entre les Etats de Bavière et de Wurtemberg du 7 mai 1821, sur



n'a fait que croître avec le temps. La conclusion de traités portant sur la compétence s'expliquait sans doute à l'origine par un fort sentiment d'appartenance régionale<sup>554</sup> ou plus simplement par le désir de certains Etats de mettre leurs ressortissants à l'abri de revendications de compétence outrancières d'un Etat particulier.<sup>555</sup>

Le mouvement a depuis lors gagné de l'ampleur, poussé notamment par le succès de l'intégration européenne. Alors qu'au départ la Communauté n'avait envisagé que la seule libre circulation des jugements entre les Etats membres, les règles de compétence directe que les experts ont développés, suite aux recommandations de M. Weser,<sup>556</sup> ont sans doute été pour une bonne part dans le succès qu'a connu la Convention de Bruxelles et ses multiples avatars.<sup>557</sup> Et c'est, entre autre, pour échapper à un des effets pervers du principe d'assimilation au national qui sous-tend cette convention,<sup>558</sup> que les Etats-Unis ont lancé l'idée de négocier une convention mondiale qui puisse satisfaire l'idéal de Spert d'une "réglementation internationale de la compétence en matière civile".<sup>559</sup> A la différence de la précédente tentative,<sup>560</sup> le projet en discussion à La Haye porte également sur la compétence directe des tribunaux des Etats membres.<sup>561</sup>

---

laquelle K. LIPSTEIN, "Unification of Jurisdiction : An Early German Example", in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padoue, Cedam, 1989, 543-558.

<sup>554</sup> P. ex. en Amérique latine, avec le traité de Montévideo de 1889, revu en 1940, qui liait l'Argentine, l'Uruguay, le Paraguay, la Bolivie et le Pérou, ainsi que le Code dit de Bustamanté de 1928, ratifié par pas moins de 15 Etats. Sur ces deux traités, v. J. SAMTLEBEN, *Internationales Privatrecht in Lateinamerika. Die Código Bustamante in Theorie und Praxis*, Tübingen, Mohr, 1979, 58 e.s. et M. A. VIEIRA, "Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaines", *Recueil des cours*, 1970, II, 351-453, spéc. pp. 398-402. V. plus récemment le protocole de Buenos Aires de 1994 prévoyant des règles de compétence internationale en matière contractuelle : *Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual* du 5 août 1994, traduction anglaise parue in *I.L.M.*, 1997, 1263. Sur ce protocole, v. J. SAMTLEBEN, "Das internationale Prozeß- und Privatrecht des Mercosur. Ein Überblick", *RechtsZ.*, 1999, (1-69), spéc. 32-45.

<sup>555</sup> Circonstance qui contribue sans doute à expliquer le grand nombre de conventions bilatérales conclues par la France, dont les articles 14 et 15 pesaient sur les relations juridiques comme de véritables menaces, alors que la plupart des conventions bilatérales conclues par l'Allemagne par exemple ne portaient que sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, v. l'étude d'ensemble de G. A. L. DROZ, "L'harmonisation des règles de conflit de lois et de juridiction dans les groupes régionaux d'Etats", in *Rapports généraux au VIème Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1964, (393), 411-433.

<sup>556</sup> M. WESER, "Les conflits de juridictions dans le cadre du Marché Commun. Difficultés et remèdes", *R.C.D.I.P.*, 1959, 613-649, et 1960, 21-41, 151-172, 313-333 et 533-556. V. de la même ultérieurement : "La libre circulation des jugements dans le marché commun", *Travaux comité français D.I.P.*, 1970, 353-361 ainsi que "La convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions réalise-t-elle la libre circulation des jugements dans le Marché commun?", *J.T.*, 1973, 229-234.

<sup>557</sup> MM. Briggs et Rees expliquent fort justement que les Conventions de Bruxelles et de Lugano constituent "a giant step towards harmonisation in the civil jurisdiction [...]" (1997, 1).

<sup>558</sup> A savoir la possibilité pour tout ressortissant d'un Etat membre d'avoir recours aux fors exorbitants prévus par le droit de l'Etat dans lequel il a son domicile – fors par ailleurs mis à l'index par l'article 3 – pour attraire, le plus souvent devant son tribunal, le défendeur domicilié en dehors de l'Union européenne et profiter ainsi du régime simplifié de circulation des décisions, situation qui a été dénoncée, parfois avec une violence sans proportion avec son effet pratique, v. *supra*, note 271.

<sup>559</sup> H. SPERL, *Eine internationale Zuständigkeitsordnung in bürgerlichen Rechtsachen*, paru in *Zeitschrift für Internationales Recht (NiemZ.)*, 1925, 19 e.s. et tiré à part : *Vienne*, 1926. V. aussi E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 204, qui voyait dans une telle réglementation internationale "das Ende viele Schwierigkeiten". *Aide* le projet de traité mondial sur la compétence et la reconnaissance présenté par J. KOSTERS, *Bijdrage tot internationale regeling der rechtsmacht in burgerlijke en handelszaken*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1914, 107 p. L'internationaliste néerlandais expliquait que "Door een internationaal verdrag, dat de grenzen der rechtsmacht van onderscheidene Staten vaststelt, zullen de internationale moeilijkheden, rijzende uit den toestand van uiteenlopende, zelfstandig afbakening der rechtsmacht door de verschillende Staten afzonderlijk, worden weggenomen" (p. 12). Le traité qu'il concevait prévoyait une exception de litispendance (art. 11).

<sup>560</sup> Convention de La Haye du 1er février 1971, qui n'a jamais remporté le succès escompté

<sup>561</sup> Ce qui explique d'ailleurs les difficultés auxquelles sont confrontés les négociateurs, un accord s'étant dessiné plus ou moins rapidement sur le régime des jugements étrangers. Force est par ailleurs de constater que la voie tracée par la Convention de Bruxelles pour mettre fin à la discrimination des défendeurs domiciliés en dehors de



108. Les limites de l'effet préventif des règles de compétence harmonisées sur les conflits de procédures – l'exemple du Règlement Bruxelles II – Outre une plus grande prévisibilité du contentieux international privé, ces conventions, qu'elles soient régionales ou visent de façon plus ambitieuse un cadre géographique plus étendu, oeuvrent toutes dans le sens d'une plus grande coordination des règles de compétence.<sup>562</sup> Cette coordination est d'autant plus importante que les règles que ces conventions posent sont parfois reprises par le législateur national, comme cela a été le cas pour les règles de la Convention de Bruxelles en Italie,<sup>563</sup> en Espagne, en Ecosse<sup>564</sup> et, dans une moindre mesure, aux Pays Bas (*supra*, n° 49 e.s.).

L'harmonisation des règles de compétence est sans conteste positive, ne fut-ce que parce que la conclusion d'une convention internationale s'accompagne le plus souvent d'une neutralisation réciproque des fors exorbitants des Etats contractants.<sup>565</sup> Elle n'est toutefois pas de nature à éliminer radicalement toute concurrence des chefs de compétence. Là n'est d'ailleurs pas son but premier. L'on peut certes espérer que l'exercice ne se réduira pas à additionner tous les chefs de compétence prévus par les droits nationaux en présence, mais qu'au contraire la rédaction de dispositions communes contribuera à assainir les prétentions nationales, souvent héritées du passé. A ce titre, l'espace laissé aux procédures concurrentes ne devrait pas gagner en ampleur. Rien ne garantit cependant qu'il diminuera radicalement. Au contraire, un régime uniforme de la compétence internationale peut expressément tendre à assurer aux justiciables la possibilité d'accéder à un tribunal, et multiplier pour ce faire les règles de

---

l'Union européenne, à savoir la conclusion d'accords bilatéraux par lesquels les Etats s'engageraient à ne pas donner effet à un jugement rendu dans un autre Etat membre à l'encontre d'un défendeur domicilié dans l'Etat avec lequel l'accord est conclu (art. 59), n'a connu qu'un succès limité. Le projet de Convention entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis par exemple n'est jamais entré en vigueur (projet en date du 26 octobre 1976, paru in *I.L.M.*, 1977, vol. 16, 71. V. P. HAY et R. J. WALKER, "The Proposed United States - United Kingdom Recognition of Judgments Convention: Another Perspective", *Virginia J. Int'l L.*, 1978, 753 e.s.; des mêmes, "The Proposed Recognition-of-Judgments Convention between the United States and the United Kingdom", *Texas Int'l. L.J.*, 1976, 421 e.s.; "Le projet anglo-américain de convention sur la reconnaissance des décisions et la convention communautaire", *Cahier dr. Eur.*, 1977, 3 e.s.; P. M. NORTH, "The Draft UK/ US Judgments Convention: A British Viewpoint", *New J. Int'l L. & Bus.*, 1979, 219 e.s.; M.-A. ALFORD, "The Effect of the Proposed U.S. - U.K. Reciprocal Recognition and Enforcement of Civil Judgments Treaty on Current Recognition Practice in the United States", *Columbia J. Transnat'l L.*, 1979, 119 e.s. et H. SMIT, "The Proposed United States - United Kingdom Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments: A Prototype for the Future?", *Virginia J. Int'l L.*, 1977, 443 e.s. ainsi que l'étude de J.-P. KRAFFT, *op. cit.*, 1999, 226-259 sur les autres conventions conclues sur base de l'article 59, et notamment la convention anglo-canadienne du 24 avril 1984 et la convention anglo-australienne du 23 août 1990.

<sup>562</sup> En ce sens p. ex. J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 209, n° 28.

<sup>563</sup> La récente codification italienne, qui a vu le législateur italien renoncer au privilège de la nationalité déduit de l'ancien article 4 du Code de procédure civile et intégrer dans son œuvre la plupart des chefs de compétence prévus par la Convention de Bruxelles : article 3 de la loi n° 218 du 31 mai 1995, traduction en français parue à la *R.C.D.I.P.*, 1996, 174. V. les commentaires de V. STARACE, "Le champ de la juridiction selon la loi de réforme du système italien de droit international privé", *R.C.D.I.P.*, 1996, 67-82, spéc. 69-73 ainsi que T. BALLARINO et A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Milan, Cedam, 1999, 98-107.

<sup>564</sup> Schedule 8 de l'Act de 1982, v. CH. CHALAS, n° 20, note 33.

<sup>565</sup> *Supra*, n° 41. V. p. ex. déjà l'article 1-2 de la Convention belgo-néerlandaise du 25 mars 1925 qui dispose que l'article 127 du C.P. civile néerlandais n'est pas applicable aux défendeurs belges et qu'inversement, l'article 53 de la loi belge du 25 mars 1876 n'est pas applicable aux défendeurs néerlandais. V. toutefois le véritable brûlot que livre M. HEUZÉ contre les règles uniformes de compétence (V. HEUZÉ, *loc. cit.*, *R.C.D.I.P.*, 2000, 595 e.s.). Remarquons que s'il condamne de manière générale "l'entreprise d'uniformisation de la compétence", sa démonstration ne porte que sur un cas isolé, qui est à nos yeux l'exception qui confirme la règle de l'efficacité du droit uniforme. On pourrait évoquer à l'égard de sa démonstration le proverbial bébé que l'on jete avec l'eau du bain...

compétence. Le Règlement dit de Bruxelles II illustre fort à propos cette tendance,<sup>566</sup> dont les règles, au contraire de celles du Règlement Bruxelles I qui assurent la primauté du for du défendeur, ne désignent aucun for privilégié.<sup>567</sup>

L'absence de toute hiérarchie entre les règles européennes de compétence pour le divorce traduit la volonté des instances européennes d'assurer aux époux un choix entre plusieurs tribunaux afin de garantir un accès effectif à la justice. On reconnaîtra là un souci d'éviter le déni de justice qui verrait un justiciable dans l'impossibilité de soumettre sa requête de divorce à un juge.<sup>568</sup> Les règles européennes sont dès lors fort larges.<sup>569</sup> A côté des chefs de compétence 'classiques' comme la résidence habituelle des époux ou du défendeur, ou encore la dernière résidence habituelle des époux, le Règlement consacre aussi des fors que l'on rencontre plus rarement dans un texte international. Il en va ainsi de la possibilité pour un des époux de demander le divorce au tribunal de sa résidence habituelle, à condition qu'il y réside depuis au moins un an, ou 6 mois s'il s'agit d'un régnicole. L'addition de ces possibilités fait craindre que l'on assiste à une multiplication des conflits positifs de compétence.<sup>570</sup> Fort heureusement, le Règlement prévoit un double mécanisme qui permet de dénouer les conflits de procédure.<sup>571</sup> On quitte alors le terrain de la prévention de ces conflits pour entrer dans celui de leur résolution.<sup>572</sup> Il demeure que dans ce cas précis, l'harmonisation des règles de compétence pourrait avoir comme effet paradoxal de *favoriser* l'apparition de procédures concurrentes.

<sup>566</sup> Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, *J.O.C.E.* du 30 juin 2000, L-160/19.

<sup>567</sup> Comme le remarquent B. ANCEL et H. MUIR WATT ("La désunion européenne : le Règlement dit 'Bruxelles II'", *R.C.D.I.P.*, 2001, (403), 415), qui évoquent à ce propos la "fongibilité des rattachements juridictionnels" retenus par le Règlement. C'était déjà le cas de la proposition de Convention, beaucoup plus ambitieuse, que l'on doit au Groupement européen de droit international privé (parue in *R.C.D.I.P.*, 1993, 841). Comme l'observe M. PATAUT, les règles de compétence proposées dans ce projet se caractérisaient également par une "absence de hiérarchie" (E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Etude de droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999, 114, n° 170).

<sup>568</sup> S'appuyant sur le régime simplifié de reconnaissance des décisions étrangères que le Règlement met en place, M. Anxel et Mme. Muir Watt vont plus loin puisqu'ils expliquent que le Règlement consacre un véritable "droit subjectif à un démariage effectif" (*Id.*, *R.C.D.I.P.*, 2001, p. 415).

<sup>569</sup> Même si ces règles sont pour la plupart fort 'réalistes', à savoir qu'elles désignent un juge dont on peut s'attendre à ce qu'il ne soit pas dénué de tout lien avec le couple. A cet égard, la préférence donnée au juge de la *résidence habituelle*, concept factuel et plus difficile à contourner, contribuera certainement à maintenir un certain équilibre entre volonté de permettre aux justiciables de saisir un juge proche d'eux et nécessité de combattre le forum shopping.

<sup>570</sup> Conséquence remarquée par M. Anxel et H. Muir Watt, qui expliquent (*Id.*, *R.C.D.I.P.*, 2001, p. 412) que "l'élargissement des critères de compétence risque de générer un chaos procédural par la prolifération des instances concurrentes". Sur les possibilités de 'forum shopping' qu'offre la Convention de Bruxelles II, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "Marriage Dissolution in an Integrated Europe : The 1998 Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II)", *Yearbook Private Int'l. L.*, 1999, (1), 6-10.

<sup>571</sup> Art. 11 et, en général, U. P. GRUBER, "Die neue 'europäische Rechtshängigkeit' bei Scheidungsverfahren", *FamRZ.*, 2000, 1129-1135.

<sup>572</sup> L'existence d'une pluralité de fors concurrents n'est pas spécifique aux règles européennes. Comme on l'a fait observer, elle est sans doute propre au contentieux du divorce puisque le droit commun des Etats membres connaît également une pluralité de fors hiérarchiques ou concurrents – en ce sens, B. STURLÈSE, "L'extension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille", *Travaux Comité français D.I.P.*, 1995-96, (49), 53, qui note que « la plupart des droits (Allemagne, Espagne, Royaume-Uni, Hollande, France) ont des règles de compétence internationale comportant une pluralité de fors alternatifs ou hiérarchiques, qui suscitent d'innombrables conflits de compétence". Mme. GAUDEMET-TALLON faisait la même constatation (*Id.*, *Recueil des cours*, 1991-I, t. 226, 52-53, n° 17 ("Souvent les textes retiennent une pluralité de fors ayant compétence concurrente, ce qui contribue à faciliter le divorce").

109. Les limites de l'effet préventif des règles de compétence harmonisées sur les conflits de procédure (suite) - La Convention de Bruxelles et le Règlement qui l'a suivi, ne sont pas non plus, malgré une plus stricte hiérarchisation des chefs de compétence, et la volonté déclarée de la Cour de Justice d'adopter une interprétation qui favorise la convention du contentieux,<sup>573</sup> à l'abri de toute concurrence de procédures. On en veut pour preuve l'important contentieux qu'a suscité la règle de litispendance européenne, enjeu de multiples contestations opposant des procédures concurrentes que les règles européennes de compétence n'empêchent nullement.<sup>574</sup> Les rédacteurs de la Convention étaient d'ailleurs pleinement conscients des possibilités de choix que celle-ci offrait, qui ont prévu outre une exception de litispendance et de connexité visant les conflits de procédure, une règle spécifique pour trancher les conflits de décisions.<sup>575</sup>

On peut enfin faire la même constatation à l'égard du projet de convention mondiale négocié à La Haye. Ici encore, on ne peut exclure que les règles de compétence laissent apparaître des conflits de compétence. Les possibilités de choix y seront d'autant plus grandes que ce projet fait la part belle au droit national.<sup>576</sup> Au contraire du règlement européen, dont les règles de compétence excluent l'application des chefs de compétence tirés du droit des Etats membres – du moins à l'égard des justiciables domiciliés dans l'Union –, les règles envisagées à La Haye coexistent avec celles, très diverses, des Etats contractants.<sup>577</sup> On doit d'ailleurs constater que le caractère non exclusif des règles de compétence conventionnelles est pour certains Etats une condition *sine qua non* de leur accord au projet.<sup>578</sup> Concrètement, l'article 17 du projet de Convention permet aux Etats

<sup>573</sup> *Supra*, n° 9. Cet objectif affirmé pour la première fois dans l'arrêt *de Bloos c Bouyer*, 6 octobre 1976, aff. 14/75, *Rec.*, 1976, 1497, point 9, a depuis lors été répété à de nombreuses reprises : p. ex. C.J.C.E., 3 juillet 1997, *Berincasa c Dentalkit*, aff. C-269/95, *Rec.*, 1997, I-3767, point 26 ; C.J.C.E., 13 juillet 1993, *Mulox*, aff. C-125/92, *Rec.*, 1993, I-4075, point 11 (la Cour ajoute "dans la mesure du possible" à l'appel rituel à l'importance d'éviter "la multiplication des chefs de compétence judiciaire à propos d'un même rapport juridique") ; dans l'arrêt *Effer*, 4 mars 1982, aff. 38/81, *Rec.*, 1982, 825, point 6, la Cour adopte une formule sensiblement différente, puisqu'elle évoque le souci "d'éviter la multiplication, en matière civile et commerciale, des procédures judiciaires concurrentes dans deux ou plusieurs Etats membres".

<sup>574</sup> V. les exemples révélateurs donnés par MM. Briggs et Rees, 1997, 20-23, n° 2.11 et 2.12. M. Beraudo a récemment exposé comment un plaideur peut, malgré le primat fondamental de l'article 2, profiter des règles de compétence spéciale pour "échapper à l'inconvénient de devoir plaider à l'étranger", J.-P. BERAUDO, "Du bon usage des règles de compétence spéciales des Conventions de Bruxelles et de Lugano pour plaider chez soi", *J.C.P.*, 2001, Doctrine, n° 299, pp. 417 e.s. Sur les possibilités de 'forum shopping' à l'intérieur de l'espace judiciaire européen, v. S. PEARL, "Forum Shopping in the EEC", *Int'l Business Lawyer*, 1987, 391-394 (en particulier en matière de responsabilité du fait des produits) et N. KHAN, "Forum Shopping and the Brussels Convention", in *Questions spéciales de la Convention de Bruxelles*, K. KERAMEUS (éd.), European Institute of Public Administration, Athènes, Ed. Sakkoulas, 109-123.

<sup>575</sup> Article 27-3, auquel est venu s'ajouter, lors de l'adhésion du Royaume-Uni et du Danemark, une règle qui vise le conflit entre une décision d'un autre Etat membre et une décision extra-communautaire (l'article 27-5 introduit par la Convention d'adhésion de 1978). Le Règlement 44/2001 a complété l'édifice en étendant la règle de l'article 27-5 (devenu l'article 34(4)) au conflit entre deux décisions émanant d'Etats membres, *infra*, n° 365.

<sup>576</sup> V. observations en ce sens de C. KESSDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Doc. Prél. n° 7, avril 1997, 83, n° 147.

<sup>577</sup> Sur le modèle de la Convention mixte et la distinction avec les Conventions dites 'simples' et 'doubles', v. surtout les travaux de A. T. VON MEHREN, "Recognition of United States Judgments Abroad and Foreign Judgments in the United States : Would an International Convention Be Useful?", *RebelsZ.*, 1993, 449-459 ; "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments : A New Approach for the Hague Conference?", *Law & Contemporary Legal Problems*, 1994, 271-287 ; "The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *RebelsZ.*, 1997, 86-92 ; "Enforcing Judgments Abroad : Reflections on the Design of Recognition Conventions", *Brooklyn J. Int'l L.*, 1998, 17-28.

Les Conventions de Bruxelles et de Lugano réservent également un rôle (subsidaire) pour le droit national des Etats contractants. Le droit national n'intervient cependant que lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat membre. Sur le champ d'application des Conventions, v. l'arrêt *Group Josi* de la Cour de Justice, précité.

<sup>578</sup> V. les réflexions en ce sens de A. T. VON MEHREN, "The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse - A Diagnosis and Guidelines for a Cure", *IPRax*, 2000, 465-468.

contractants de continuer à faire application de leurs règles de compétence, étant bien entendu qu'un éventuel jugement ainsi obtenu ne pourra pas bénéficier des règles de reconnaissance de la Convention.<sup>579</sup> On comprend dès lors que les auteurs du projet aient jugé bon d'assurer la coordination des procédures concurrentes au moyen d'une règle de litispendance.<sup>580</sup>

**110. Une harmonisation radicale comme solution aux conflits de procédure – la proposition de M. Fragistas** - L'expérience de La Haye confirme que l'harmonisation des règles de compétence ne va pas nécessairement de pair avec une éradication des conflits de procédures. Tout au plus peut-on espérer un certain assainissement du contentieux international.<sup>581</sup> Au vrai, seule une harmonisation 'radicale' permettrait de conduire la logique de prévention des fors concurrents jusqu'à son terme. Il s'agirait alors de s'accorder sur un ensemble de règles de compétence qui, pour chaque litige, désigneraient un seul juge à l'exclusion de tout autre. Accompagnées d'une obligation de reconnaissance et d'exécution mutuelle des décisions, de telles règles mettraient certainement fin à la grande majorité des conflits de procédures.

C'est la voie empruntée par M. *Fragistas*, qui a proposé de tracer les limites de la compétence judiciaire internationale "d'une façon uniforme pour tous les Etats et au moyen d'un seul critère".<sup>582</sup> L'ambition de cet auteur était de dégager pour chaque catégorie de litiges "un seul et unique point de rattachement".<sup>583</sup> Pour jeter les premières bases de ce système, il suggérerait l'adoption de la règle du domicile du défendeur comme règle générale, quitte à accepter d'autres règles pour certains types de litiges, comme par exemple la compétence du tribunal du lieu de la livraison de la chose pour les litiges en

<sup>579</sup> V. les articles 25 et 26 du projet. Cette démarche rend d'autant plus importante la définition des fors exclus auxquels les Etats ne pourront plus avoir recours. Dans le système européen de la Convention double, les fors exclus sont facilement identifiables, puisqu'il s'agit de tous les fors non prévus dans la Convention. La liste des fors exorbitants qui figure à l'annexe I du Règlement, n'est donc que purement exemplative. Au contraire, dans le système de la Convention mixte, les Etats doivent s'entendre avec précision sur la nature des fors prohibés. L'étendue de la liste 'noire' ne se déduit en effet pas automatiquement des règles de compétence consacrées par la Convention. L'article 18 du projet prévoit une double définition des fors prohibés : à une clause générale excluant l'exercice d'une compétence en l'absence de 'lien substantiel' entre l'Etat et le litige, le deuxième paragraphe ajoute une liste de chefs de compétence interdits, décrits, comme c'était déjà le cas dans la Convention de 1971, de façon *abstraite* et non par référence à des dispositions nationales précises comme c'est le cas dans l'espace judiciaire européen.

<sup>580</sup> Art. 21. V. les commentaires de M. STUCKELBERG, "Lis Pendens and Forum Non Conveniens at the Hague Conference : the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", *Brooklyn J. Int'l L.*, 2001, 949-981. La nature mixte de la Convention envisagée soulève la difficile question de savoir quelle sera l'étendue de la règle de litispendance : pourra-t-elle également être invoquée lorsque l'un des deux juges fonde sa compétence, en vertu de l'article 17, sur son droit national ? Dans l'état actuel du texte, le déclinatoire de litispendance s'applique également lorsque le tribunal second saisi l'est sur base de l'article 17 (art. 21(4)). Cette règle ne s'appliquerait par contre pas lorsque c'est le juge premier saisi qui l'est sur base du droit national. Une proposition a toutefois été faite qui vise à étendre le champ d'application de l'article 21 aux conflits de procédures qui voient le juge premier saisi fonder sa compétence sur une règle du droit national similaire à une règle de la Convention.

<sup>581</sup> Peut-on dire que l'existence de règles de compétence uniformes, connues de tous, va au contraire aiguïser la tentation du forum shopping, chacun prenant pleinement conscience des possibilités de saisir un juge étranger qui s'offre à lui ? On ne peut l'exclure, la 'mondialisation' des règles de compétence pouvant entraîner une certaine 'mondialisation' du contentieux. L'exemple de la Convention de Bruxelles montre que l'harmonisation des règles de compétence, conjuguée à un régime très libéral de circulation des décisions, peut entraîner une 'migration' de certaines affaires, comme cela a été le cas pour le contentieux de la contrefaçon de brevets.

<sup>582</sup> CH. FRAGISTAS, "Problèmes résultant du conflit des règles sur la compétence judiciaire internationale", in *Aktuelle Probleme des internationalen Rechts*, Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA, Band I, Berlin, 1957, (102), 122.

<sup>583</sup> Idem, 123.

matière de vente internationale ou encore celui de la “nationalité” pour les procès concernant l'état et la capacité.<sup>584</sup>

L'intuition de M. Fragistas est bonne. L'accord global qu'il entrevoit laisse toutefois bien des questions sans réponse. On peut d'abord observer que le système dont il ne fournit qu'une ébauche ne sera pas à même de mettre fin aux conflits de procédure. On peut ainsi avoir des doutes sur la proposition qu'il formule d'élever le domicile du défendeur au rang de règle générale de compétence exclusive. C'est en effet oublier qu'il y a toujours deux défendeurs potentiels, chaque adversaire pouvant saisir le juge du domicile de l'autre.<sup>585</sup> En outre, puisque cette règle fondamentale coexisterait avec d'autres, visant des catégories spécifiques de litiges, rien n'empêcherait une partie d'avoir recours à la règle générale alors que son adversaire invoque une règle spéciale.

**111. Critique du modèle de *Fragistas* – Difficulté de s'accorder sur des règles de compétence exclusive** - Il y a plus. L'ambition de M. Fragistas, qui attend des Etats qu'ils s'accordent, pour chaque type de litige, sur une règle attribuant compétence exclusive à l'un d'eux, semble pour le moins démesurée. L'expérience de La Haye a déjà montré la difficulté pour la communauté internationale de trouver un accord sur une réglementation de la compétence somme toute limitée, puisque faisant la part belle au droit national. Exiger de ces mêmes Etats qu'ils acceptent une convention toute entière fondée sur des règles de compétence exclusive tient sans nul doute de la gageure. De telles règles de compétence confèreraient en effet, par la grâce du cadre conventionnel dans lequel elles s'insèrent, de véritables *monopoles de juridiction* aux Etats qu'elles désignent. Au contraire d'une exclusivité revendiquée unilatéralement par un Etat, dont on a vu qu'elle n'a guère d'autre valeur que purement indicative (*supra*, n° 31), la règle de compétence exclusive devient une arme redoutable lorsqu'elle s'insère dans un accord international.<sup>586</sup>

On voit dès lors difficilement comment des Etats, même liés par des traditions juridiques fort proches, pourraient s'engager dans une telle voie, qui limiterait de façon drastique leurs prétentions à exercer une quelconque compétence juridictionnelle. M. Fragistas lui-même reconnaissait que le système qu'il proposait paraissait “extrêmement difficile à atteindre”,<sup>587</sup> même s'il n'excluait pas de le voir se réaliser dans un avenir proche. Comme il le faisait remarquer, l'harmonie universelle sur les règles de compétence se heurte à “un manque de confiance à l'égard des juridictions étrangères”.<sup>588</sup>

<sup>584</sup> Ibidem, 123.

<sup>585</sup> M. FRAGISTAS reconnaissait en outre que la compétence du domicile du défendeur “présente quelques inconvénients” (idem, 126) et “n'est pas une espèce de maxime de droit naturel” (idem, 125). Quant à la compétence du for de la nationalité pour les litiges relatifs à l'état et la capacité, on peut douter de sa pertinence lorsque c'est la nationalité même qui est en jeu, ou en cas de mariage mixte.

<sup>586</sup> Et plus encore lorsque cet accord impose aux tribunaux des Etats contractants de se déclarer d'office incompétents lorsqu'ils sont saisis à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre Etat contractant est exclusivement compétente, comme le fait l'article 19 de la Convention de Bruxelles (devenu l'article 25 du Règlement). Sur les difficultés qu'a causé l'interprétation de cette disposition dans le contentieux de la contrefaçon de brevets, v. M. PERTEGÁS SENDER, *Cross-Border enforcement of patent rights : an analysis of the interface between intellectual property rights and private international law*, Thèse Leuven, 2000, 295-315. La sanction des règles de compétence exclusive passe dans l'espace judiciaire européen également par la possibilité pour le juge requis de contrôler leur respect par le juge d'origine, entorse remarquable à la disparition de principe du contrôle de la compétence indirecte au sein de cet espace (art. 35(1) du Règlement).

<sup>587</sup> CH. FRAGISTAS, *l.c.*, in *Aktuelle Probleme des internationalen Rechts*, Berlin, 1957, 125.

<sup>588</sup> Idem, 124.

112. Critique du modèle de *Fragistas* (suite) : insuffisances d'un modèle fondé uniquement sur des règles de compétence exclusive - Plus fondamentalement, c'est le modèle même de la règle de compétence exclusive qui pose problème. On peut en effet se demander s'il est souhaitable de réduire les revendications de compétence des Etats au point de ne tolérer, pour chaque litige, que l'intervention d'un seul juge. Bien sur, l'autre extrême, fait de l'usage immodéré par les Etats de leur compétence juridictionnelle et dès lors de l'existence d'une multitude de fors concurrents, ne représente certainement pas l'idéal vers lequel doit tendre la communauté internationale.<sup>589</sup>

Comme l'a fait remarquer le doctrine allemande,<sup>590</sup> une trop grande réduction des chefs de compétence peut toutefois s'avérer dangereuse. L'économie des procédures et l'harmonie des solutions y gagneraient certes. Mais on peut craindre que dans certaines situations, l'absence de règles de compétence alternative constitue une atteinte au droit d'accès à la justice garanti à tous.<sup>591</sup> De même les Etats se verraient privés de la possibilité de mettre en oeuvre, par le biais de leurs règles de compétence, les objectifs politiques qu'ils entendent privilégier. Car la règle de compétence n'est pas une règle neutre et abstraite. Comme le souligne M. von Mehren, les règles de compétence ne fonctionnent pas de façon totalement abstraite, elles sont conçues comme toutes les autres règles juridiques pour répondre à certains intérêts. Il suffit de penser à la traditionnelle séparation entre Etats exportateurs et Etats importateurs, qui verra les seconds accorder plus d'importance que les premiers aux règles de compétence basées sur l'effet d'une transaction sur un marché donné.<sup>592</sup>

<sup>589</sup> Comme l'écrit W. HAU, "[d]as heutige Großzügige Nebeneinander nationaler Rechtsordnungen und damit konkurrierender Gerichtsstände kann kaum als ideal empfunden werden" : W. HAU, 60. V. aussi les commentaires de J. KROPHOLLER, "Das Unbehagen am forum shopping", *Festschrift für Karl Finsching*, München, 1985, (165), 168 ; F. GAMILLSCHEG, "Internationale Zuständigkeit und Entscheidungsharmonie im internationalen Privatrecht", *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 3, 1959, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, (29), 34. e.s. (après avoir constaté l'impossibilité de sélectionner un et un seul for pour chaque type de litige, M. Gamillscheg ajoutait que "Das bedeutet aber nicht, daß die Vielzahl der Gerichtsstände, die wir heute haben, tabu sein. Im Gegenteil kann man hier einiger bessern. Erste Aufgabe wird es dabei sein, die einzelnen Gerichtsstände auf ihre internationale Würdigkeit hin zu untersuchen").

<sup>590</sup> W. HAU, 59; J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 261, n° 163. ("Konkurrierende internationale Zuständigkeit darf man in der Regel nicht zugunsten einer ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichte nur eines Staates beseitigen, auch nicht durch Staatsverträge. Das würde die Rechtsverfolgung in internationalen Sachen zu sehr erschweren", et également p. 257, no. 152); H. SCHACK, 1996, 85-86, n° 218 ("Aufgabe des IPR ist es, das eine anwendbare Recht zu bestimmen. Im Gegensatz dazu sprechen die Zuständigkeitsinteressen häufig für flexible, konkurrierende Zuständigkeiten. Eine Zuständigkeitsordnung, die nur ausschließliche Zuständigkeiten vorsieht [...] wäre praktisch unbrauchbar, weil sie einer oder sogar beiden Parteien den Zugang zu einem nahegelegenen Gericht versperrt"); du même, *Jurisdictional Minimum Contacts Scrutinized...*, précité, 1983, 15 ; J. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit...*, précité, 1971, 487 ("Verschiedene Gerichtsstände werden aufgetan, weil im Betracht zu ziehenden Zuständigkeitsinteressen getrennt auftreten, in mehreren verfahrensrechtlichen Brennpunkten lokalisiert sind und eben dort (vielleicht gerade noch) sachgemäß wahrgenommen werden können"); R. GEIMER, ac, 4<sup>ème</sup> éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 368, n° 1103 ("Ein theoretische Ausweg wäre die Abschaffung auch der actor sequitur forum rei Regel und die Einführung von ausschließlichen internationalen Zuständigkeiten für jeden denkbaren Streitgegenstand. [...] Eine solche Zuständigkeitspolitik wäre utopisch und schlicht ungerecht, weil sur wesentliche Partei- und Verfahrensinteresse bei der Regelung der Zuständigkeitsnormen außer acht ließe"); A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit...*, précité, 124.

<sup>591</sup> Comme le note M. von Hoffmann (B. VON HOFFMANN, *Internationales Privatrecht*, 5<sup>ème</sup> éd., Beck, München, 1997, 11, n° 49), si "Durch die Schaffung einheitlicher ausschließlicher internationaler Zuständigkeiten würde eine Konkurrenz der Zuständigkeit von Gerichten verschiedener Staaten, die das 'forum shopping' erst ermöglicht, ausgeschaltet", on peut craindre que "Jedoch würde dadurch der Zugang der Parteien zu den Gerichten unverhältnismäßig erschwert" (11, n° 49).

<sup>592</sup> Comme l'écrit A. T. VON MEHREN, *l.c.*, *IPRax*, 2000, (465), 466, "in various areas of contemporary life, economic and political considerations, nourished by particular characteristics of a given society, cause States to differ significantly in the criteria they consider relevant for adjudicatory authority. For example, States whose industries are, on balance, large exporters may tend to be less favorable to claims of adjudicatory power based on effects than are States that are, on balance, large importers".

En somme la compétence exclusive universelle a tout d'une 'fausse bonne idée'.<sup>593</sup> L'harmonisation des règles de compétence n'en demeure pas moins une entreprise méritoire : même si l'on accepte qu'elle ne pourra aboutir à désigner pour chaque litige un et un seul juge compétent, la rédaction de règles de compétence acceptées par le plus grand nombre permettra au moins de mettre de l'ordre dans l'anarchie des revendications nationales.

\*       \*  
\*  
\*  
\*

**113. Conclusion provisoire - l'illusion du for naturel et la 'crise' du conflit de juridictions** - Arrivé au terme de ce premier titre, il convient de tirer quelques enseignements du chemin déjà parcouru. On a constaté que les conflits de procédures ne se comprennent pas en l'absence d'un choix offert aux justiciables par les règles de compétence. Pour tenter de contenir cette grande liberté de choix, on a examiné dans un premier temps si d'éventuelles normes supérieures, déduites du droit international ou des libertés fondamentales, imposaient aux Etats le respect de certains prescrits de nature à diminuer les conflits de compétence. La maigreur des résultats engrangés, inversement proportionnels au nombre de pages que la doctrine a déjà consacré à cette question, nous a conduit à envisager une deuxième piste, qui s'appuie sur les efforts des Etats eux-mêmes, considérés isolément ou dans leur ensemble. Ceci a été l'occasion de passer en revue différents mécanismes de coordination, dont certains sont apparus plus féconds que d'autres. On retiendra de cette étude que la coordination des chefs de compétence, qu'elle soit nationale ou procède au contraire d'un accord entre Etats, offre d'importantes perspectives, ne fut-ce qu'en termes de *lisibilité* du contentieux international privé et d'une plus grande *égalité* entre justiciables. Pour autant, la coordination ne s'est pas révélée à la hauteur des attentes comme instrument de prévention des conflits de procédures. Au mieux assistera-t-on en effet à une limitation modeste des compétences concurrentes et dès lors des occasions de conflit.

<sup>593</sup> On pourrait en dire autant de la tentative, plus modeste, de M. Mahari, qui s'est proposé de formuler "a general rule of restrictive jurisdiction, reducing the plurality of internationally available fora" : J. MAHARI, *Zuständigkeitskonflikte zwischen Rechtsordnungen. Essays on the Present Confusion of International Economic Law*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1987, (124 p.), 25. Pour les besoins de la démonstration, il a examiné les règles de compétence développées par les tribunaux américains. Les suggestions qu'il fait vont dans deux directions. Il suggère d'une part de promouvoir l'utilisation de la doctrine du *forum non conveniens*, tout en précisant les facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération pour déterminer quel for est le plus approprié (42-49). D'autre part il propose de substituer à la règle du 'lien raisonnable' établie par la Cour Suprême dans l'arrêt *International Shoe* (*supra*, n° 54), une règle attribuant compétence au for qui possède les contacts les plus substantiels avec le litige, solution qu'il résume avec la formule "maximum contacts", qu'il explique de la façon suivante : "each controversy involving a foreign party should be decided exclusively in the forum with the best, most, in short 'maximum' contacts" (p. 50). La démonstration, qu'il renouvelle à l'égard des fors les plus exorbitants des droits français et allemand (pp. 63-66 - il envisage plus particulièrement le for de la nationalité et le *forum arresti*), n'apporte pas la solution attendue. Les règles de compétence dont il suggère l'adoption sont formulées de manière très générale, de sorte qu'on peut douter qu'elles empêchent l'apparition de procédures concurrentes. A propos de la formule des 'maximum contacts' qu'il suggère, M. Mahari doit d'ailleurs reconnaître que "it will often occur that two fora appear almost equally qualified" (p. 51). Son plaidoyer pour une certaine réserve dans la revendication de compétence est louable. On peut toutefois douter qu'il soit suivi d'effets en pratique.



Cette constatation rejoint l'intuition parfois exprimée selon laquelle la quête du *for naturel* est vouée à l'échec.<sup>594</sup> Pour qui prétend limiter la possibilité de choix des parties, l'idée du *for naturel* se présente en effet comme une solution idéale : pour chaque litige, les Etats désigneraient un juge donné, ce qui limiterait forcément la possibilité de procédures concurrentes. Or force est de constater que l'expérience a démenti à ce sujet la vision, somme toute assez naïve, défendue par *Tobias Asser* au siècle dernier : l'internationaliste néerlandais écrivait avec l'enthousiasme universaliste qu'on lui connaît qu'il "ne sera pas difficile, croyons-nous, de déterminer, pour chaque procès, quel en est le juge naturel et d'arriver sur ce point à un accord international".<sup>595</sup>

Les difficultés rencontrées par la Conférence de La Haye dans la négociation d'une convention mondiale viennent, au-delà des influences politiques inévitables dans ce genre d'exercice, contredire un siècle plus tard l'intuition de Asser. Au vrai, les difficultés se situent déjà au niveau des principes et de la méthode. Si l'on veut s'entendre sur des règles de compétence communes, il est indispensable de disposer d'un *modèle* faisant l'objet d'un large consensus. Or il faut bien constater que l'on est encore loin d'une quelconque unanimité sur un modèle précis permettant de façonner les règles de compétence. Les controverses portent déjà, comme pour la règle de conflit, sur les *caractères* de la règle de compétence : à la rédaction de règles générales, formulées de façon abstraite pour une série de litiges, modèle qui emporte en règle générale la conviction des juristes continentaux, d'autres préfèrent retenir des règles plus ouvertes, faites de rattachements non plus juridiques mais factuels, quitte à prévoir un mécanisme de correction.<sup>596</sup>

Au delà de cette question plutôt formelle,<sup>597</sup> l'opposition est aussi une question de principes. Certes les conflits de juridiction sont bel et bien sortis des limbes dans lesquels ils ont longtemps séjourné, cachés qu'ils étaient par de nombreux malentendus et

<sup>594</sup> Le rapporteur du comité ad hoc de l'ILA écrivait à ce propos que "Those who search for the goal of the one right forum for every case are likely to find their grail elusive" (C. MCLACHLAN, *l.c.*, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, 3).

<sup>595</sup> T. M. C. ASSER, *Eléments de droit international privé*, Paris, Rousseau, 1884, 154. Cet auteur soulignait également les inconvénients liés aux conflits de compétence et indiquait qu'"il est désirable [...] que l'on adopte, dans les divers pays, des règles concordantes. La compétence ne doit pas dépendre de théories arbitraires, mais de la nature même des procès et des circonstances locales concernant les parties litigantes qui font l'objet de la contestation", (153). Le seul principe général qu'Asser ait pu dégager est celui de la *Gleichlauf*, qui veut que soit compétent le "juge du pays dont la loi gouverne la relation juridique en litige" (p. 158), théorie reprise et développée ultérieurement par P. H. NEUHAUS, "Internationales Zivilprozessrecht und internationale Privatrecht", *RebelsZ.*, 1955, (201-269), spéc. pp. 247-256.

<sup>596</sup> L'opposition entre ces deux modèles a été systématisée par T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit. Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1995, qui évoque d'une part le modèle 'Typisierung' et d'autre part celui qu'il désigne sous le nom de 'individuelle Einzelfallabwägung' (p. 199 e.s.). M. Pfeiffer rejette catégoriquement ce second modèle, qu'il associe en particulier au droit américain. Il s'insurge contre la doctrine du *forum non conveniens* qu'il considère comme étant contraire à la nécessaire prévisibilité, donnée essentielle de la protection juridique dont doivent jouir les justiciables, v. surtout le chapitre 8 de l'ouvrage et le compte-rendu de l'ouvrage par F. K. JUENGER, *Am J. Comp. L.*, 1996, (521), 525-529) Sur la distinction entre les règles de compétence ouvertes, déduites d'un seul principe général et les règles précises, visant des catégories distinctes de litiges, v. P. BORCHERS, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1992, (121), 132-133 ainsi que K. KERAMEUS, « A Civilian Lawyer Looks at Common Law », *Louisiana L. Rev.*, 1987, (493), 495-497. Et sur l'éternel débat entre certitude et équité, v. P.H. NEUHAUS, « Legal Certainty v. Equity in the Conflict of Laws », *Law & Contemp. Problems*, 1963, 795-807.

<sup>597</sup> Qui reflète sans doute une différence de sensibilité propre aux deux systèmes, différence qui s'éclaire lorsque l'on sait qu'à l'époque où les juristes allemands et français ne juraient que par la rigueur du Code et des systématisations, un des plus célèbres juristes américains écrivait que « the life of law has not been logic ; it has been experience » (O. W. HOLMES, *The Common Law*, 1881, 1). V. aussi le rejet par MM. North et Favett in CHESHIRE et NORTH, 1999, 31-32, de tout principe général ou de théorie globale : « Private international law is no more an exact science than is any other part of the law of England ; it is not scientifically founded on the reasoning of jurists, but it is beaten out on the anvil of experience ».



confusions.<sup>598</sup> Certes l'analyse théorique des principes généraux de la compétence internationale a beaucoup progressé, depuis les premières tentatives fortement inspirées par la science des conflits de lois - et en particulier par la *Begriffsjurisprudenz* qui régnait à l'époque dans la doctrine allemande - tentatives qui se contentaient le plus souvent de répertorier, sans les hiérarchiser, les principes<sup>599</sup> qui structuraient les revendications de compétence.<sup>600</sup> De nombreuses tentatives de systématisation ont ainsi vu le jour ces dernières trente années,<sup>601</sup> qu'il serait vain de vouloir résumer en quelques lignes.<sup>602</sup> Certes enfin, un consensus semble se dégager sur la nécessité de distinguer les règles de compétence générale des règles de compétence spécifique, et de privilégier pour les unes comme les autres une approche centrée non plus sur les liens de souveraineté ou d'allégeance, ou encore la territorialité de la compétence, mais bien sur le souci d'assurer

<sup>598</sup> Au rang de ces confusions on rangera, sans prétention à aucune exhaustivité, la définition restrictive dans de nombreux ouvrages, du droit international privé comme excluant les conflits de juridictions, qui étaient renvoyés aux manuels traitant de la procédure civile - v. par exemple le cours de droit international privé belge de M. DE VOS, qui ne contient aucun développement consacré aux conflits de juridictions, et sur la définition à 'géométrie variable' du droit international privé, v. BATIFFOL-LAGARDE, I, 3-7 ; la regrettable assimilation de la question de la compétence des tribunaux envers les étrangers à une question relative à la *condition* des étrangers ; le non moins funeste principe de l'incompétence des juridictions à l'égard des litiges entre étrangers - sur cette construction, v. les critiques très vives de F. LAURENT, *Droit civil international*, t. IV, Paris/Bruxelles, Marescq/Brylant, 1880, 8-18 - qui a eu pour conséquence de réduire le débat dans les pays tributaires du Code civil aux seuls articles 14 et 15 de ce code ; l'assimilation des questions de compétence internationale des tribunaux à un conflit entre les lois de compétence judiciaire (p. ex. le cours professé par GUTTERIDGE à l'Académie, sous le titre de "Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles", *Recueil des cours*, 1933-II, 111 e.s.) ; et enfin, lorsque ces différents obstacles furent surmontés, le recours aux règles internes de compétence relative pour assurer la solution des questions de compétence internationale, transposition qui dispensait de toute réflexion approfondie sur les questions de compétence internationale. Cette méthode, qui témoigne d'une regrettable confusion entre compétence interne et compétence internationale, demeure encore le fondement de la détermination de la compétence en droit allemand (p. ex. A. HELDRICH, *ac*, 1969, 72-74 et H. BAUER, *ac*, 1965, 36-40) ainsi qu'en droit français (la Cour de Cassation a expressément reconnu "le principe qui étend à l'ordre international les règles françaises internes de compétence", *Cass. fr.*, 19 oct. 1959, *D.*, 1960, 37, note G. HOLLEAUX ; *R.C.D.I.P.*, 1960, 215 et les considérations de Batiffol-Lagarde, II, 448 e.s. et de P. MAYER, 1998, 186-189). Pour une défense récente et toute en nuances de la transposition aux espèces internationales des règles de compétence interne, v. A. STRUYCKEN, « Distributie bepaalt attributie - Vuistregel en kern van een goed hanteerbaar rechtsmachtmodel », in *De internationale bewegelijkheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, NIPR numéro spécial, 1996, T.M.C. Asser Instituut, La Haye, 19 e.s.

V. pour une critique ancienne de cette transposition, J. PERROUD, "Principes de compétence pour les procès entre étrangers", *J.D.I.*, 1927, 561-571.

<sup>599</sup> 'Zuständigkeitsinteressen' dans la terminologie allemande.

<sup>600</sup> On retiendra surtout les études de A. HELDRICH, *ac*, Berlin/Tübingen, Walter de Gruyter/J. C. B. Mohr, 1969, 279 p. (et du même, "Die Interessen bei der Regelung der internationalen Zuständigkeit", in *Festschrift Fischer*, Berlin, 1967, 205-224) ; I. SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leyden, 1967, spéc. pp. 308-320 (et du même « Allgemeine Grundsätze zur Bestimmung des Gerichtsbarkeit im internationalen Zivilprozessrechts », *Öst. Z. für öff. R.*, 1965, 422-441) et A. MIAJA DE LA MUELA, *ac*, *Recueil des cours*, 1972-I, t. 135, (1), 47-51. V. aussi P. H. NEUHAUS, *lc*, *RechtsZ.*, 1955, 201-269 (Neuhaus privilégiait deux fors, le *forum causae*, à savoir celui qui possède les liens les plus étroits avec la contestation, et le *forum legis*, c'est-à-dire le for dont la loi a prétention à régir la relation juridique contestée) et la synthèse de CH. FRAGISTAS, « La compétence civile en droit privé », *Recueil des cours*, 1961-III, (159-270), 197-204 (M. Fragistas constatait que « les idées, les valeurs et les intérêts qui rattachent les litiges à la juridiction des Etats sont de nature très variée dans les différents pays ». 197. Son approche est plus comparative que prospective, il se contente d'analyser le droit positif des différents pays pour en dégager un catalogue de fondements, parmi lesquels on retrouve le souci d'assurer à ses propres ressortissants une bonne administration de la justice, le principe d'économie de procédure, qui milite pour l'ouverture d'un for de connexité, ou encore le souci de garantir l'exécution d'un éventuel jugement, qui justifie qu'on donne compétence au for où le défendeur a localisé son patrimoine).

<sup>601</sup> Parmi les études les plus significatives, on relevera celle de J. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit. Entwurf eines System von Zuständigkeitsinteressen im zweiseitlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971, 852 p. et de J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 205 e.s.

<sup>602</sup> V. l'analyse que livre A. T. von Mehren, dans l'ouvrage *Conflict of Laws : American, Comparative, International, Cases and Materials*, St. Paul, West, 1998, spéc. pp. 727-738. L'auteur prépare d'ailleurs une synthèse de plus grande ampleur qui poursuivra l'enseignement qu'il a donné à la fin des années 1990 à l'Académie de La Haye.

une certaine proximité entre le litige et le for<sup>603</sup> - évolution qui doit sans doute beaucoup à la 'privatisation' du droit international privé<sup>604</sup> et qui se traduit par le règne quasi universel du souci de protection du défendeur.<sup>605</sup>

Il demeure que les conflits de juridictions n'ont pas encore connu leur Savigny, dont le modèle se serait imposé par son évidence et sa simplicité.<sup>606</sup> Les oppositions restent nombreuses, même si ce n'est parfois que sur des nuances. On relèvera à titre d'exemple le débat sur la place à accorder au fondement, déjà ancien et répudié par certains, de la souveraineté. Ainsi, si M. Pataut insiste à juste titre sur le rôle qu'il faut lui réserver, ne fut-ce que pour mieux le contenir,<sup>607</sup> M. Pfeiffer ne jure dans le même temps que par la 'Zuständigkeitsgerechtigkeit', expression que l'on pourrait traduire par le droit des justiciables à obtenir la protection juridique à laquelle ils peuvent légitimement prétendre, et qui constitue à ses yeux la pierre philosophale des conflits de juridiction, qui doit dicter l'ensemble des règles de compétence.<sup>608</sup> Quand on parle de proximité ou de 'fairness' ou encore des 'Staatsinteressen', encore faut-il ensuite s'entendre sur les éléments à prendre en considération : le moins que l'on puisse dire, c'est que ces concepts demeurent fort généraux et susceptibles d'interprétations multiples.<sup>609</sup> Ainsi, pour s'en tenir à la

<sup>603</sup> Si l'on peut du moins résumer ainsi la théorie de la 'fairness' développée par M. von Mehren, v. "Adjudicatory Jurisdiction : General Theories Compared and Evaluated", *Boston Univ. L. Rev.*, 1983, 279-340. Sur le rôle de la proximité cette réflexion de Mme. Muir Watt, qui explique que la proximité matérielle ou géographique entre le for et la contestation est « généralement considérée comme étant le principal fondement d'une bonne administration de la justice dans les rapports internationaux » (H. MUIR WATT, « Droit judiciaire international. Qui a peur de la compétence exorbitante ? », *Justices*, 1995, 332).

<sup>604</sup> On remarque en effet que la majorité des auteurs semblent aujourd'hui donner la préférence aux considérations liées aux intérêts des plaideurs et d'une bonne administration de la justice, reléguant le critère de la sujétion étatique au dernier rang des préoccupations, v. l'aperçu que donne H. KRONKE, « Distributie bepaald attributie. Internationale Zuständigkeit zwischen Faustregel und Kodifikation », in *De internationale beweeglijkheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, NIPR numéro spécial, 1996, T.M.C. Asser Instituut, La Haye, (44), spéc. 52-56. M. Holleaux s'était déjà fait le témoin éclairé de la montée en puissance de la conception privatiste dans le domaine de la compétence indirecte, v. surtout les pages 204 et suivantes de son ouvrage précité.

<sup>605</sup> Comme on l'a remarqué, « Legals systems agree that natural persons may be sued at their domicile on any claim » (P. HAY, *ac*, *Recueil des cours*, 1991-I, t. 226, (281), 311). Les jurisprudences de la Cour de Justice et de la Cour Suprême américaine sont à cet égard très semblables dans l'accent qu'elles mettent sur le souci de protection du défendeur. Il n'empêche que la préférence accordée au for du défendeur n'est pas incontestée. V. en général sur la question, B. BUCHNER, *ac*, Tübingen, J.C.B. Mohr Siebeck, 1998, 170 p. et C. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale...*, précité, 67, n° 116.

<sup>606</sup> On peut douter que l'analyse économique du droit offrira le remède tant attendu. Les premières recherches dans cette direction montrent que l'outil économique parvient au mieux, et au prix d'une regrettable généralisation, à étayer les solutions existantes, v. M. WHINCOP, « Three Positive Theories of International Jurisdiction », *Melbourne Univ. L. J.*, 2000, 379-410.

<sup>607</sup> Ce qui se comprend dans le contexte français à partir duquel l'auteur travaille, les conflits de juridiction français vivant encore fortement dans l'ombre des articles 14 et 15 du Code civil, qui constituent toujours un obstacle à une redéfinition de la compétence des tribunaux français : E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Etude de droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999, 517 p.. V. déjà les recherches de H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *Travaux comité français DIP*, 1987-88, 171-189, spéc. 178-180 (où l'auteur s'attache à cerner la place qu'il faudrait réserver à la nationalité des plaideurs comme chef de compétence).

<sup>608</sup> M. Pfeiffer, qui s'est assigné comme but de « die Maßgeblichen Wertungsgrundlagen des Rechts der internationalen Zuständigkeit zu entwickeln » (p. 18), propose comme fondement de la compétence « die durch den Anspruch der Parteien auf effektiven Justiz geprägte Zuständigkeitsgerechtigkeit » (p. 783). V. le compte-rendu critique de cet ouvrage par R. BORK, in *RabelsZ.*, 1997, 172-177.

<sup>609</sup> C. MCLACHLAN (*l.c.*, *Annuaire de Droit International de La Haye*, 1993, 142) expliquait ainsi à propos de la théorie de la proximité avancée par M. von Mehren, que les concepts de 'convenience, fairness and justice' "do not have a precise content, nor do they all indicate the same direction. Convenience for the plaintiff may constitute unfairness and injustice for the defendant". On pourrait invoquer ici la critique qu'opposait *Randstein* au rôle des principes généraux en droit international privé : "même en leur attribuant un caractère normatif et juridique, on n'obtiendra rien, puisqu'ils restent toujours indéfinis ; conçus très largement, ils se réduisent à des truismes [...].

proximité, le modèle américain semble se concentrer uniquement sur les liens entre le for et le défendeur, à l'exclusion de tout autre, ce qui laisse penser que la compétence est uniquement une question de 'fairness' à l'égard du défendeur.<sup>610</sup> L'approche continentale est plus variée, qui insiste tantôt sur les liens entre le for et le défendeur, tantôt entre le for et d'autres éléments du litige, comme par exemple la localisation d'un immeuble ou du lieu d'exécution du contrat. De plus, si l'on admet que la détermination de la compétence internationale doit répondre à une pluralité d'objectifs ou de principes,<sup>611</sup> encore faut-il s'accorder sur la manière de les concilier ou, le cas échéant, de les hiérarchiser.<sup>612</sup>

Au total la détermination de la compétence internationale a tout d'une *équation complexe*,<sup>613</sup> dans laquelle il faudra encore tenir compte, outre des objectifs divers déjà évoqués,<sup>614</sup> de

---

Dès lors, ces principes prétendus pourront tracer une figure générale ; jamais on ne pourra en déduire des décisions et des solutions concrètes" (S. RUNDSTEIN, "La structure du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens", *Reu. dr. Intl. Lég. Comp.*, 1936, (512), 543).

- <sup>610</sup> V. surtout l'étude de R. BRAND, « Current Problems, Common Ground and First Principles : Restructuring the Preliminary Draft Convention », présentée lors du colloque *A Global Law of Jurisdiction and Judgment : Lessons from the Hague Convention*, Paris, juillet 2000. M. Brand explique que les règles de compétence internationale doivent être fondées sur « the relationship that (1) is the relationship on which the jurisdiction rules supported by greatest consensus are built, (2) is the relationship on which jurisdiction rules of differing legal systems seem to converge and (3) is arguably the relationship most important to a convention that combines jurisdiction with recognition and enforcement of judgments : the relationship between the court and the party (the defendant) » (p. 4). V. du même, « Due Process, Jurisdiction and a Hague Judgments Convention », *U. Pitt. L. Rev.*, 1999, 661-705.
- <sup>611</sup> Ce qui semble le cas dans la majorité des auteurs, v. par exemple H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., München, Beck, 2002, 93-97 ; R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4<sup>ème</sup> éd., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2001, 374-376 ; J. HILL, « Jurisdiction in Civil and Commercial Matters : Is There a Third Way? », *Current Legal Problems*, OUP, 2001, 439-476, spéc. pp. 461-463 ou encore L. STRIKWERDA, *ac*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 2000, 206-207. V. aussi les explications de la Cour Suprême américaine dans l'affaire *Worldwide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 292 (1980) : la Cour réitère son souci de protéger le défendeur contre les revendications abusives de compétence ; elle nuance cependant son analyse en notant que « the burden on the defendant, while always a primary concern, will in an appropriate case be considered in light of the relevant factors, including the forum State's interests in adjudicating the dispute ; the plaintiff's interest in obtaining convenient and effective relief [...] at least when that interest is not adequately protected by the plaintiff's power to choose the forum [...] ; the interstate judicial system's interest in obtaining the most efficient resolution of controversies and the shared interest of the several States in furthering fundamental substantive social policies ».
- <sup>612</sup> L'absence de hiérarchie ou de système de solution global constitue sans nul doute le point faible de certaines présentations, et notamment de celle de J. SCHRÖDER, *ac*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971, 852 p. : partant du constat de l'« incohérence » (pp. 83-84) des règles nationales de compétence en vigueur, M. Schröder s'appuie sur une très riche étude comparative et historique pour distinguer trois catégories de considérations qui justifieraient l'exercice de compétence internationale par les tribunaux, à savoir les intérêts liés aux parties, les intérêts liés au for et enfin ceux qui découlent de la nécessité de garantir une certaine cohérence à l'ordre juridique (« *Ordnungsinteressen* »). Ces catégories renferment à leur tour une pluralité de considérations. Les intérêts des parties par exemple recouvrent l'autonomie de la volonté, le souci de proximité du for avec les parties ou encore la volonté de privilégier le for qui offre une possibilité immédiate d'exécution. M. Schröder ne se contente certes pas d'une simple énumération des impératifs, il tente réellement de confronter et de concilier les éléments qu'il dégage - v. spécialement l'exposé de son programme pp. 98-106. Son étude lui permet ainsi de se prononcer pour une stricte limitation du for du patrimoine prévu dans certaines législations (pp. 403-405). On regrettera cependant l'absence de conclusion générale qui laisse à cette œuvre encyclopédique un goût d'inachevé. V. le compte-rendu par P. H. NEUHAUS de l'ouvrage de Schröder, qu'il décrit comme une « unsystematische Folge alter und neuer Zuständigkeitsmaximen, die nur äußerlich nach dem Vorherrschen von Partei-, Gerichts- oder Ordnungsinteressen gruppiert sind [...] », *RebelsZ.*, 1973, 814 ainsi que le compte-rendu par G. KEGEL, *R.C.D.I.P.*, 1973, 423-424 et les critiques de T. PFEIFFER, *ac*, 1995, 179-185.
- <sup>613</sup> Terme qui est d'ailleurs utilisé par A. T. VON MEHREN, *Conflict of Laws : American, Comparative, International, Cases and Materials*, St. Paul, West, 1998, 736. *Comp.* avec la formule retenue par MM. Rigaux et Fallon, qui expliquent que « Les objectifs du règlement de la compétence internationale sont assurément complexes. Leur complexité découle autant de l'évolution de ces objectifs dans le temps, que de leur multiplicité » (DIP, t. I., éd. refondue, 405).
- <sup>614</sup> Qui, pour le vieux continent, ont largement été clarifiés par la jurisprudence de la Cour de Justice relative aux règles de compétence de la Convention de Bruxelles, à laquelle il a déjà été fait allusion lors de l'examen des règles de compétence dérivée (*supra*, n° 98). Que la Cour de Justice ait joué un rôle de pionnier en Europe s'explique sans doute par le fait que la Convention offrait un ensemble de règles de compétence internationale

l'attitude du for à l'égard des jugements étrangers<sup>615</sup> ainsi que des particularités de sa procédure.<sup>616</sup> Les tendances actuelles à une plus grande spécialisation<sup>617</sup> et flexibilisation des règles de compétence<sup>618</sup> - sans oublier le rôle proprement matériel que peut jouer la réglementation de la compétence internationale -<sup>619</sup> ne sont pas de nature à faciliter la tâche du législateur ou du juge dans la détermination des limites de la compétence internationale. Or, à la différence des règles de conflit, qui peuvent se laisser penser selon différentes méthodes selon les objectifs poursuivis, la règle de compétence ne se conçoit que sur un modèle unique, celui d'une règle directe, matérielle et uniforme. Pour rendre compte de la pluralité des objectifs, on sera dès lors bien forcé de laisser coexister une pluralité de règles de compétence. La doctrine insiste certes sur le souci de favoriser la concentration des litiges devant un seul juge, un objectif unanimement reconnu.<sup>620</sup> Il ne

---

*autonomes*, non-déduites des règles de compétence interne, alors que dans la majorité des Etats membres régnait encore la fatale attraction des règles de compétence interne, transposées vaille que vaille aux espèces internationales. Le recours (abusif à bien des égards) aux règles internes a largement contribué à la léthargie dont était affectée jusqu'il y a peu la recherche en matière de compétence internationale sur le vieux continent. Il n'est qu'à comparer avec la question de la compétence indirecte pour s'en convaincre.

- <sup>615</sup> Comme le rappelle M. Struycken, l'accueil que réserve le for aux jugements étrangers n'est pas indifférente à l'étendue de la compétence internationale qu'il revendiquera pour ses tribunaux (A. STRUYCKEN, *l.c.*, in *De internationale beweegbaarheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, NIPR numéro spécial, 1996, T.M.C. Asser Instituut, La Haye, (19), 34, n° 27 : « De regeling der rechtsmacht kan pas worden vastgesteld nadat over die van de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde beslissingen opnieuw in de wet gestalte gekregen heeft »). S'il estime devoir adopter une attitude très restrictive et ne reconnaître qu'exceptionnellement les jugements étrangers, il faudra sans doute que le for ouvre plus grand les portes de ses prétoires pour garantir aux justiciables un accès à la justice - ce que M. Pfeiffer appelle la 'protection judiciaire par reconnaissance', en l'opposant à la 'protection judiciaire par déclaration', v. sur ce thème également J. D. GONZALEZ CAMPO, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général », *Recueil des cours*, 2000, t. 28, 264-265, n° 192. Il ne faudrait pas voir dans le souci de tenir compte des règles de reconnaissance dans la délimitation de la compétence directe un quelconque souhait de retourner aux théories *inductives* qui prétendaient trouver dans les principes relatifs à la compétence directe la solution du problème de la compétence du juge étranger, théories dénoncées par D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, 456 p., spéc. pp. 2-198.
- <sup>616</sup> La détermination des limites de la compétence internationale du for n'est en effet pas sans être influencée par certaines règles de procédure, et en particulier par les règles en matière de preuve. Ainsi, si le droit national montre une nette préférence pour la preuve orale, par témoignage, on peut s'attendre à ce que logiquement les prétentions extra-territoriales des tribunaux soient plus modestes, tant il est vrai que se saisir d'une cause étrangère peut poser problème lorsque l'ensemble des témoins réside en dehors du for.
- <sup>617</sup> On acceptera avec M. Kronke par exemple que si dans les affaires commerciales, la règle de compétence peut être uniquement inspirée par le souci de garantir une certaine proximité entre le juge et le litige ou les parties, les objectifs du règlement de compétence peuvent être différents dans les affaires d'état, où la nécessité se fait sentir de permettre la saisine du juge dont la loi est applicable ('Gleichlauf') ainsi que d'assurer une grande efficacité internationale de la décision (H. KRONKE, *l.c.*, in *De internationale beweegbaarheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, NIPR numéro spécial, 1996, T.M.C. Asser Instituut, La Haye, (44), 55).
- <sup>618</sup> Rappelées récemment par J. D. GONZALEZ CAMPO, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 2000, t. 28, 9-426, spéc. pp. 235-251 et 263-297.
- <sup>619</sup> Rôle qui a déjà été mis en lumière lors de l'examen de l'évolution des règles de compétence du droit anglais en matière de divorce, *supra*, n° 29 ou dans l'examen des règles de compétence du Règlement Bruxelles II. On conviendra qu'il s'agissait dans les deux cas de favoriser l'accès des époux à un juge et, indirectement, de leur permettre d'obtenir le divorce. Ces deux exemples montrent bien que la règle de compétence internationale est, tout comme la règle de conflit de lois, un instrument qui peut être mis au service de finalités matérielles et non seulement une règle au service exclusif d'une 'justice de la compétence de droit international privé' désincarnée. V. déjà sur ce thème, PH. FRANCESCAKIS, compte-rendu de la 4<sup>ème</sup> édition de l'ouvrage de Batiffol, *Droit international privé*, *R.C.D.I.P.*, 1967, (435), 437 (l'auteur expose l'idée selon laquelle la règle de compétence internationale peut être l'instrument potentiel d'une véritable réglementation substantielle des rapports privés) et pour le contexte belge, les travaux de J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht. Een analyse van het Belgische conflictrecht*, Anvers, Intersentia, 1997, 160-168, n° 290-305. Adde T. PFEIFFER, "Materialisierung und Internationalisierung der internationale Zuständigkeit", in *50 Jahre BGH. Festgabe aus der Wissenschaft*, C.-W. CANARIS (éd.), München, Beck, 2000, III, 617-653.
- <sup>620</sup> P. ex. R. GEIMER, 1997, 315, n° 1130 (qui parle à cet égard de "ein Gerichtsinteresse, zusammenhängenden Komplexe von ein und demselben Gericht oder zumindest in ein und demselben Staat entscheiden zu lassen"); H. SCHACK, *op. cit.*, Beck, München, 2002, 96-97, n° 213 (qui parle de 'Verfahrenskonzentration', qui

s'agit cependant que d'un objectif parmi d'autres, qui ne semble pas de nature à pouvoir triompher dans toutes les hypothèses. On peut conclure, sur le mode anecdotique, que si les conflits de juridiction sont en crise, cette crise est plutôt une crise d'adolescence qu'une crise de maturité.<sup>621</sup>

114. **Conclusion provisoire (suite) – l'illusion du for naturel et les situations 'plurilocalisées'** - Au delà des questions de principe et de méthode qui peuvent diviser la doctrine et influencer la rédaction des règles de compétence, il faut également constater que ces règles ne pourront échapper aux difficultés qui affectent également les règles de conflit, et notamment à l'impossibilité de rattacher à un et un seul territoire certaines situations que l'on est bien forcé de désigner comme 'plurilocalisées'.<sup>622</sup> La jurisprudence *Bier* de la Cour de Justice offre une excellente illustration de cette difficulté : il n'est pas besoin de rappeler que dans cette affaire fondatrice de la jurisprudence en matière de responsabilité délictuelle, la Cour était confrontée à un problème de pollution transfrontalière affectant les eaux du Rhin.<sup>623</sup> A moins de jouer à l'autruche et de négliger une partie importante du litige, il était pour le moins difficile de prétendre que seuls les tribunaux français, lieu du déversement des déchets salins, ou au contraire seuls les tribunaux néerlandais, lieu d'établissement de l'entreprise horticole qui prétendait avoir subi un dommage, étaient compétents.

Dans ces conditions, on peut comprendre que la Cour se soit vue contrainte, à la manière de Salomon, de reconnaître un choix à la victime entre les tribunaux du lieu de l'acte prétendument dommageable et ceux du lieu où le dommage est survenu – même si à tout bien considérer, la formule suggérée par la Cour aurait pu être assortie d'une limitation, relative par exemple au caractère prévisible pour le pollueur de l'endroit où le dommage est survenu. Cet exemple montre bien que dans certaines situations, un litige ne pourra pas être exclusivement attribué à un seul pays.<sup>624</sup> Comme l'a fort bien expliqué Mme

---

consiste à "des gesamten Rechtsstreit nach Möglichkeit in einem Staat zu konzentrieren"); A. HELDRICH, *ac*, 1969, 123 ("Konfliktminimum"); I. SZASZY, *ac*, 1967, 309-311 ("principium harmoniae iurisdictionis internationalis") et T. PFEIFFER, *ac*, 1995, 170-171 (qui évoque les "Vereinfachungs- und Wirksamkeitsinteressen", qui recouvrent en particulier "Das Interesse, bei eng zusammenhängenden Streitigkeiten nicht mehrere Prozesse führen zu müssen").

<sup>621</sup> Crise d'adolescence bien compréhensible quand on sait que le développement de la réflexion sur la compétence internationale est bien tardif, du moins si on le compare avec l'attention portée par la doctrine aux questions de conflit de lois. Le constat du décalage entre ces deux branches du droit international privé a été maintes fois posé : p. ex. A. MIAJA DE LA MULA, *ac*, *Recueil des cours*, 1972, t. 135, 42-43 (constate l'absence presque totale de réflexion sur les conflits de juridiction); A. HELDRICH, *ac*, 1969, 67-69 (constate le retard pris par le conflit de juridictions dans la doctrine allemande); G. VAN HECKE, *ac*, *Recueil des cours*, 1969, t. 126, (399), 462-463 (l'auteur note la "relative indifférence traditionnelle des juristes continentaux pour les questions de compétence"); J. MEEUSEN, *ac*, Anvers, Intersentia, 1997, 82 et 154 ("Aan de theoretische onderbouwing van de rechtsmachtsafbakening wordt (vooral) nog beduidend minder aandacht besteed dan aan de 'algemene principes' van het conflictenrecht"). Et plus récemment H. MUIR WATT, compte-rendu de l'ouvrage de E. Pataut, *R.C.D.I.P.*, 1999, 632 (l'auteur note que "la théorie générale des conflits de juridiction ne suscite que très peu de vocations parmi les jeunes doctorants [...]"); TH. DE BOER, "Een 'zoo doeltreffend en rechtvaardig mogelijke ordening'. Vragen rond de bestaansgrond van het internationaal privaatrecht", *Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks* 59/1, Amsterdam, Noord-Hollandsche, 1996, 15 (« Aan de internationale bevoegdheid of de erkenning van vreemde vonnissen is nauwelijks aandacht besteed »).

<sup>622</sup> L'expression est de M. LAGARDE, *ac*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 132. Elle est reprise par H. GAUDEMET-TALLON dans son étude sur « L'introuvable juge naturel », parue in *Nonagesimo anno Mélanges en hommage à Jean Gauderret*, C. BONTEMS (éd.), Paris, PUF, 1999, (591), 609. L'auteur remet en question la notion même de 'tribunal ayant les liens les plus étroits' avec un litige, en expliquant que dans certaines situations, il sera artificiel de rattacher un litige davantage à un espace géographique qu'à un autre.

<sup>623</sup> C.J.C.E., 30 novembre 1976, *Handelskerkerij G. J. Bier BV c. Mines de Potasse d'Alsace SA*, aff. 21/76, *Rec.*, 1976, 1735.

<sup>624</sup> V. l'exemple cité par A.-M. SLAUGHTER, *lc*, *Virginia J. Int'l L.*, 2000, (1103), 1112, qui évoque un cas de responsabilité du fait des produits dans lequel les composants du produit défectueux ont été "manufactured in

*Gaudemet-Tallon*, lorsque les réalités sociales qui forment l'enjeu du litige sont impossibles à fixer en un point de l'espace, il faut admettre qu'il existe une pluralité de juges naturels.<sup>625</sup>

Se résigner à accepter dans certains cas une pluralité de juges naturels, c'est en quelque sorte accepter ce que M. *Batiffol* appelait en 1962 la "souplesse" des règles de compétence.<sup>626</sup> Déjà à l'époque l'auteur avait compris qu'il serait parfois impossible de prétendre régir les situations humaines au moyen d'une seule règle.<sup>627</sup>

**115. Conclusion provisoire (suite et fin)** – Au vu des difficultés que pose la recherche du for naturel et la prévention des fors concurrents, on ne peut que se résigner aux conflits positifs de compétence. Comme on l'a souligné, cette situation est sans doute inévitable<sup>628</sup> et à certains égards même 'normale'.<sup>629</sup> L'évolution des esprits à elle seule devrait inciter à une certaine modestie dans la recherche de la 'pierre philosophale' de la compétence internationale : n'était-il pas évident au début du 19<sup>ème</sup> siècle que le juge *national* des parties était le juge 'naturel' des litiges, une conception qui ne trouve que bien peu de défenseurs aujourd'hui.<sup>630</sup> Ce constat ne doit pas nous empêcher d'envisager

---

three different countries, [...] assembled in a fourth, and [...] marketed and distributed in five or six others [...]. On voit qu'il est alors difficile de prétendre attribuer compétence à un seul de ces pays!

<sup>625</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, (591), 611. V. aussi les réflexions du rapporteur du comité ad hoc de l'ILA, qui explique que « The truth is that all systems of civil jurisdiction afford the parties a wide degree of choice as to where to sue in cross-border cases of any complexity. In so doing, the rules reflects the simple reality that the fact patterns presented in transnational cases typically connect the case to more than one country » (C. MCLACHLAN, *loc. cit.*, 3).

<sup>626</sup> H. BATIFFOL, "Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative", *N.T.I.R.*, 1962, (55-66), 58 : "une différence non-négligeable entre les règles de compétence territoriale et les règles de conflit de lois : les premières peuvent admettre une souplesse et des options qui ne conviennent pas aux secondes". Et M. Batiffol de prendre l'exemple des contrats, en expliquant "qu'un contrat peut avoir des liens avec plusieurs lieux et systèmes juridiques dont l'importance respective variera trop d'une espèce à l'autre pour qu'il soit possible de désigner d'office la loi ou le juge qui devraient être exclusivement compétents" (p. 59).

<sup>627</sup> On peut à cet égard reprendre la formule que M. Batiffol utilisait pour décrire la notion de "nature des choses", que Savigny utilisait pour traduire le critère de rattachement : "[...] si la recherche de la nature des choses joue ainsi un rôle fondamental, elle se trouve bien loin d'une nature de l'homme dont on déduirait l'ensemble de la construction juridique. Les 'choses' sont multiples, diverses, changeantes, car il s'agit [...] de réalités sociales liées au temps et à l'espace" (ac, Paris, Dalloz, 1956, 167).

<sup>628</sup> Comme l'écrit Mme. Niboyet-Hoegy, « l'on ne parviendra sans doute jamais à faire disparaître tout concurrence entre les juridictions des divers Etats, comme l'atteste le nombre de règles offrant aux parties une option de compétence, notamment dans les conventions internationales » (p. 72). Dans le même sens, W. HAU, 59-60.

<sup>629</sup> V. l'observation faite par M. *Rigaux* dans la première édition de son précis en 1968, lorsqu'il écrivait que "La détermination de la compétence internationale par l'Etat dont relève l'autorité ou la juridiction aboutit nécessairement à des cumuls de compétence, une situation particulière étant soumise aux compétences concurrentes des organes de plusieurs Etats. Les inconvénients de cette situation ne doivent pas être exagérés. Elle est, à certains égards, normale et analogue aux compétences territoriales concurrentes que connaît aussi le droit judiciaire interne" (F. RIGAUX, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1968, 57-58, n° 48 (nous soulignons)). Dans la dernière édition de sa théorie générale du droit international privé, le même auteur écrit, après avoir défini les conflits positifs de compétence, que "Il faut se résigner à ce conflit positif qui a pour cause le caractère concurrent (et non exclusif) des compétences étatiques en la matière" (DIP, t. I, 125, n° 183). Cette observation rejoint celle faite à la même époque par A. MÍAJA DE LA MUELA : constatant la difficulté que les Etats ont à conclure des conventions déterminant la compétence internationale de leurs tribunaux et le fait que l'absence de tels accords conduise à des conflits positifs de compétence, l'auteur note que "il faut tenir compte du fait que les Etats ne considéreraient pas anormal que les tribunaux de deux ou plusieurs d'entre eux possèdent des compétences concurrentes sur une même relation litigieuse, en vertu des différents points de rattachement que chacun desdits Etats a établi pour la détermination de sa compétence [jusqu'au moment] où le jugement [d'un de leurs tribunaux] soit porté devant les tribunaux de l'autre pour obtenir sa reconnaissance ou son exécution" (A. MÍAJA DE LA MUELA, *ac, Recueil des cours*, 1972-I, t. 135, (1), 29). *Adde* l'observation de F. A. MANN, *ac, Recueil des cours*, 1964-I, t. 111, 10, qui expliquait que "It is no doubt evidence of the rudimentary state of international law and a matter of regret that international jurisdiction is almost always concurrent".

<sup>630</sup> Ce constat de la relativité des conceptions rejoint la constatation qu'un for réputé exorbitant peut s'avérer, dans certaines circonstances particulières, désigner un juge tout à fait approprié pour connaître d'un litige.

maintenant quel rôle pourrait jouer l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédures.

\* \*  
\*





## TITRE II

### LE RÔLE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ



## INTRODUCTION : CONFLITS DE PROCÉDURES ET AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

116. **Généralités** - Que peut-on attendre de l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédures? Voilà l'enjeu de ce chapitre. Il sera l'occasion d'examiner les limites de ce principe essentiel du contentieux international privé, qui confie aux parties le soin de régler eux-mêmes certaines questions, et non des moindres.

On connaît les deux manifestations classiques du principe d'autonomie dans la procédure internationale, que sont d'une part la clause d'élection de for et d'autre part la convention d'arbitrage. Seule la première retiendra en tant que telle notre attention. Il y va de la patience du lecteur, qu'une analyse détaillée des deux clauses mettrait à (trop) rude épreuve. Cette limitation du champ de nos investigations tient aussi, il faut l'avouer, au caractère *spécifique* de l'arbitrage international, qui répond à ses propres lois et coutumes dont nous devons avouer une connaissance fort rudimentaire. Enfin, aborder de plein front les difficultés posées par la clause compromissoire nous obligerait à nous préoccuper de la concurrence entre procédure arbitrale et procédure proprement judiciaire.<sup>631</sup> Or les relations entre ces deux mondes pourraient à elles seules aisément faire l'objet d'une étude indépendante.<sup>632</sup>

L'exclusion de principe de la convention d'arbitrage n'empêchera pas de tirer, à l'occasion, de riches enseignements de ce domaine, en particulier en ce qui concerne les méthodes de coordination entre procédures concurrentes.

117. **Plan** - Dans un premier temps, il faudra déterminer dans quelle mesure l'autonomie de la volonté peut offrir une solution aux conflits de procédures (chapitre 1). Pour ce faire, nous nous pencherons sur les limites de ce principe dans le contentieux international privé. On relèvera ainsi que l'existence d'une clause d'élection de for ne prémunit pas nécessairement les parties contre la naissance de procédures concurrentes. Une fois ceci constaté, il faudra examiner quelles solutions peuvent être envisagées pour renforcer l'effet préventif des conventions d'élection de for (chapitre 2).

<sup>631</sup> Pour un exemple récent, v. T.F., 14 mai 2001, *A. T.F.*, 127 III 279 ; *Bull. A.S.A.*, 2001, n° 3, 544.

<sup>632</sup> V. récemment l'étude de M. LIATOWITSCH, *Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland*, Helbing et Lichtenhahn, Basel/Munich, 2002, 166 p.

## CHAPITRE 1 LES LIMITES DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

118. **Introduction** - Avant d'examiner plus avant les limites de la clause d'élection de for dans la prévention des conflits de procédure (section 2), on va voir que la volonté des parties peut également être mise à profit d'une manière originale pour contribuer à éviter la conduite de procédures concurrentes. Une loi modèle proposée par des juristes américains s'efforce ainsi de convaincre les parties d'œuvrer elles-mêmes à un assainissement du contentieux (section 1).

### Section 1 : La loi-type de l'ABA – une tentative inaboutie

119. **La coordination volontaire des procédures concurrentes** – La question des conflits de procédure ne laisse pas les juristes américains indifférents. On en veut pour preuve les efforts qui ont mené au début des années 1990 à l'adoption par l'*American Bar Association* d'une loi-type visant spécifiquement cette problématique.<sup>633</sup> Cette loi, qui n'a pas connu le succès escompté,<sup>634</sup> fait appel aux parties pour résoudre les conflits de procédures.

Le mécanisme utilisé est le suivant : la loi modèle se refuse de cautionner une intervention directe, du type de l'injonction *anti-suit*, et lui substitue une intervention *différée* au stade de la reconnaissance.<sup>635</sup> Le refus de reconnaissance est érigé en sanction qui doit dissuader les parties de s'affronter simultanément devant deux tribunaux. Pour éviter cette sanction différée, les parties sont encouragées à demander au for premier saisi de statuer sur le caractère approprié des deux tribunaux concurrents. Une fois établi quel est le for approprié, il ne reste plus aux parties qu'à mettre fin à la procédure engagée devant l'autre for pour éviter que celle-ci ne conduise à une décision qui sera privée d'effets à l'étranger.<sup>636</sup>

La détermination du for approprié par le juge premier saisi est présumée lier le juge requis, ce qui est rendu possible par le fait que la loi-type prévoit une méthode détaillée pour cette détermination. Si les parties ne donnent pas suite à l'invitation du législateur modèle, et poursuivent de façon concurrente les deux procédures, ils s'exposent au risque de voir l'une des décisions privées d'effets. Il reviendra alors au juge requis de déterminer si la décision qu'on lui demande de sanctionner, émane effectivement du for approprié au sens de la loi.

<sup>633</sup> *The Conflict of Jurisdiction Model Act*, publié in : *International Lawyer*, 1992, 56-62, avec les commentaires de L. E. TEITZ, "Taking Multiple Bites of the Apple : A Proposal to Resolve Conflicts of Jurisdiction and Multiple Proceedings", *Int'l Lawyer*, 1992, 21-55.

<sup>634</sup> Seul le Connecticut a donné suite à l'appel de l'ABA, v. *Conn. Gen. Stat. Ann.*, §§ 50a-200 – 50a-203.

<sup>635</sup> Selon Mme. Teitz, qui a participé à l'élaboration de la loi, il faut y voir une volonté de respecter la souveraineté étrangère (I.c., *Int'l Lawyer*, 1992, (21), 38-39). Elle explique que "The key to limiting concurrent jurisdiction litigation without impinging on a forum's sovereignty is not through enjoining other proceedings. Rather it is through limiting the subsequent enforceability of judgments" (p. 39).

<sup>636</sup> On remarquera au passage qu'en définitive, la loi-modèle consacre l'abstention comme solution aux conflits de procédures, même si cette technique est vue sous un angle différent en raison du rôle accordé aux parties : il leur revient en effet de mettre fin à une des procédures, et non pas à un juge de s'abstenir. En ce sens il s'agit d'une abstention 'volontaire'.

120. Critique de la loi-type de l'ABA - La loi modèle fait des justiciables les *acteurs principaux* de la résolution du conflit de procédures. Il leur appartient de demander au juge premier saisi de se prononcer sur le for le plus approprié et le cas échéant de se dessaisir. Pour les y inciter, la loi modèle s'appuie sur le sort réservé aux futurs jugements. La possibilité de faire reconnaître un jugement constitue, selon le mot de Mme. Teitz, à la fois "le bâton et la carotte visant à obtenir une limitation volontaire des procédures concurrentes".<sup>637</sup>

L'idée est séduisante. On peut compter sur l'adversité entre parties pour les pousser à solliciter de chacun des juges une détermination du for le plus approprié. Le système laisse toutefois hésitant, à plus d'un titre. Il y a tout d'abord l'incertitude inhérente à toute détermination du for le plus approprié (*infra*, n° 546). Les conflits de juridiction ne sont pas une science exacte et il sera parfois délicat de trancher entre deux fors aux prétentions équivalentes.<sup>638</sup>

On peut ensuite se demander si la 'carotte' promise aux parties sera assez alléchante pour atteindre son but : elle ne sera d'aucun effet lorsqu'il n'entre pas dans les intentions des parties de mener la procédure jusqu'au bout. Or on a vu que la saisine d'un tribunal peut n'être utilisée que comme argument dans le cadre de négociations (*supra*, n° 4). En outre, il ne sera pas toujours nécessaire pour une partie de poursuivre dans un autre for l'exécution de la décision lui donnant raison. Elle peut trouver suffisamment de fonds dans le for qui a rendu la décision.<sup>639</sup> Le refus de reconnaissance opposé à une décision émanant d'un for étranger ne peut en effet servir d'arme que pour autant qu'une telle reconnaissance soit nécessaire. Au vrai, la loi-type ne sera pleinement efficace que lorsque les parties ont intérêt à faire exécuter la décision qu'ils tentent d'obtenir. Dans le cas contraire, on peut craindre que l'appel à la coopération des parties ne reste lettre morte.

On peut enfin craindre que le refus de reconnaissance opposé à une décision anéantisse les efforts d'une partie qui ne se doutait de rien. Le système de la loi-type suppose en effet que les parties anticipent sur les possibilités de reconnaissance éventuelle lors de la sélection du for. L'hypothèque qui pèse sur la future décision désavantagera les justiciables aux moyens limités, qui ne sont pas outillés pour procéder à une analyse sophistiquée de la procédure en devenir. Les 'repeat players' au contraire tireront mieux leur épingle du jeu. A cela il faut ajouter qu'il est sans doute de mauvaise politique législative de rendre si aléatoire le processus de reconnaissance des jugements : celui-ci ne devrait être qu'une formalité. La loi modèle en fait au contraire un processus imprévisible, et contribue à l'alourdir considérablement par l'ajout de conditions qui ne devraient pas entrer en considération dans une décision de ce genre.

<sup>637</sup> L.c., *Int'l. Lawyer*, 1992, (21), 39.

<sup>638</sup> La loi-type ne simplifie pas le travail des juges puisque la troisième section énumère pas moins de 14 facteurs différents qui doivent être pris en compte dans la détermination du for approprié! On peut en outre avoir des doutes sur la pertinence de certains des facteurs retenus, comme par exemple la nationalité des parties (section 3(d)) ainsi que le cryptique numéro (l) : "whether designation of an adjudicating forum is a superior method to parallel proceedings in adjudicating the dispute", qui laisse planer un certain doute sur l'intention du législateur modèle.

<sup>639</sup> Sans parler des litiges familiaux où le refus de reconnaissance ne vide pas une décision de sa substance, par exemple en matière de divorce.

121. **Une tentative bien peu inspirée** - En définitive, l'appel aux parties pour résoudre les conflits de procédure souffre d'un manque de lisibilité et d'incitants anémiés. Il ne semble d'ailleurs pas avoir convaincu grand monde.<sup>640</sup>

En réalité, il semble un peu naïf de penser qu'il suffit de faire appel au bon sens des parties, quitte à aiguïser leur souci du bien commun par la promesse d'une récompense, pour qu'elles consentent à mettre fin à la multiplication des procédures. Cette illusion ne résistera pas au pouvoir d'attraction des fors.<sup>641</sup> Ceci n'est pas à dire qu'il faut exclure d'emblée que l'autonomie de la volonté puisse être d'une quelconque aide dans la résolution des conflits de procédure. Pour mesurer la portée éventuelle de cette aide, il faut se pencher sur le rôle de ces manifestations plus habituelles de l'autonomie de la volonté que constituent les conventions de juridiction. On va voir que les vertus préventives de ce type d'accord sont toutes relatives.

## Section 2 Clauses d'élection de for et conflits de procédures

122. **Généralités** - Suffirait-il pour résoudre les conflits de procédure, d'obliger les parties à s'entendre sur l'instance qui tranchera leur litige? Que les parties prévoient une clause d'élection de for – ou une convention d'arbitrage – dans leur contrat, et voilà le conflit de procédures devenu impossible, puisque par hypothèse seul le for élu conventionnellement pourra être saisi. L'autonomie de la volonté, dans sa manifestation procédurale, constituerait ainsi un excellent moyen de prévenir les procédures concurrentes. On a même été jusqu'à évoquer le concept de '*forum fixing*' pour désigner l'effet préventif qu'aurait la clause d'élection de for à l'égard du phénomène bien connu du *forum shopping*.<sup>642</sup>

On aperçoit cependant rapidement les failles de ce raisonnement. Elles tiennent tout d'abord au *domaine limité* concédé à l'autonomie de la volonté en droit international privé (§ 1). A l'intérieur même de ce domaine, l'autonomie des parties connaît de sérieuses failles, qu'il convient de préciser (§ 2).

### § 1. Les limites du domaine de l'autonomie de la volonté

123. **Absence de relations préalables entre parties et autres limitations de l'autonomie de la volonté** - Un grand nombre de situations échappent au domaine de l'autonomie de la volonté. C'est le cas tout d'abord lorsque les parties n'entretiennent aucune relation juridique avant la naissance du litige. Lorsque les ayants droits d'une personne décédée dans un accident d'avion se retournent contre le constructeur de celui-

<sup>640</sup> V. les critiques de la loi-modèle par R. J. WEINTRAUB, "The United States as a Magnet Forum and What, If Anything, To Do About It", in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Soled Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, (213), 233-234 et, dans le même ouvrage, F. K. JUENGER, "Judicial Control of Improper Forum Selection: Some Random Remarks and a Comment on How Not To Do It", (311), 317-322 ("an undesirable piece of legislation", p. 322) et W. HAU, 65-66.

<sup>641</sup> V. pourtant l'observation de Lord Templeman dans l'affaire *The Abidin Dayer*, [1984] AC 398 425 : le juge anglais expliquait que la plus grande partie du contentieux maritime opposait des compagnies d'assurance. Dès lors, on pouvait faire selon le juge confiance au bon sens de ces entreprises puisque « They can by agreement avoid or put an end to concurrent actions ».

<sup>642</sup> Cette expression se retrouve notamment dans la doctrine allemande, v. J. SAMTLEBEN, "Forum Fixing", *RechtsZ.*, 1982, 716-727.

ci, comme c'était le cas dans l'affaire *Airbus* déjà évoquée (*supra*, n°3), on aura grand peine à les estimer liées par une quelconque convention préalable. Et il est peu probable qu'une fois le litige né, et les parties devenues adversaires, elles puissent s'entendre sur le juge de leur litige, vu l'importance de cet élément dans la résolution de la contestation (*supra*, n° 4).

Il est une deuxième limitation qui réduit d'autant l'espoir que peut susciter l'autonomie de la volonté : on le sait, les législateurs nationaux et internationaux soumettent ce principe à d'importantes restrictions, excluant une série de questions de la possibilité pour les parties de conclure un accord sur le juge compétent. Il n'entre pas dans nos intentions d'entreprendre une étude de droit comparé sur les limites de l'autonomie de la volonté en droit international privé.<sup>643</sup> Ces limites sont bien connues et tenter de les recenser relèverait d'une fastidieuse étude encyclopédique, d'ailleurs bien vite dépassée. Nous nous contenterons, en guise d'exemple, de relever les restrictions affectant le contentieux du divorce, dont on a vu qu'il est propice à l'apparition de procédures concurrentes.<sup>644</sup>

**124. Exclusion de l'autonomie de la volonté dans le contentieux du divorce -** Le droit comparé révèle un consensus quasi-général pour exclure les litiges relatifs à l'état des personnes du domaine de l'autonomie de la volonté. Cette limitation est parfois inscrite dans le texte même de la loi.<sup>645</sup> Le plus souvent elle constitue une règle prétorienne fermement établie.<sup>646</sup>

L'exclusion du contentieux du divorce, et plus largement du droit de la famille, n'est certes pas absolue.<sup>647</sup> Elle n'est d'ailleurs pas sans être critiquée.<sup>648</sup> Il reste que le principe demeure toujours d'actualité, comme le montre la récente codification européenne des règles de compétence en la matière. Le Règlement dit de Bruxelles II prévoit une série de règles de compétence uniformes permettant de désigner le (ou les) juges appelés à connaître d'une demande de dissolution du lien conjugal au sein de l'espace judiciaire européen. Comme on pouvait s'y attendre, ces règles ne réservent qu'une place fort limitée à l'autonomie de la volonté. Selon l'article 2(1)(a) 4ème hypothèse, les époux peuvent choisir de présenter leur demande au juge de la résidence habituelle de l'un d'eux lorsqu'ils optent pour un divorce par consentement mutuel. Le choix qui leur est offert est ainsi limité à cette hypothèse particulière, et plus encore, il ne peut s'exprimer que pour certains juges limitativement déterminés.

<sup>643</sup> V. les éléments rassemblés par G. A. L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours*, 1991-IV, t. 229, (9), 52-54 ainsi que par J. JODŁOWSKI, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *Recueil des cours*, 1974-III, t. 142, (475-588), spéc. 518-543 et 569-578.

<sup>644</sup> *Supra*, n° 5, l'affaire de *Dampierre*.

<sup>645</sup> Par exemple art. 5 LFDIP suisse, qui limite la possibilité de recourir à une clause d'élection de for aux seuls litiges "en matière patrimoniale". M. Bucher précise que l'élection de for peut dès lors porter sur les prétentions pécuniaires du droit de la famille : 1998, 56-57, n° 146.

<sup>646</sup> P. ex. en France les explications données par P. MAYER, 1998, 199, n° 304 ; en Allemagne, par H. SCHACK, 1996, 173-174, n° 440 et R. GEIMER, 1997, 426, n° 1634 (ces auteurs précisent que le droit allemand fait également la part belle au caractère patrimonial ("vermögensrechtlich") du litige comme critère de distinction). Pour le droit néerlandais, v. l'arrêt *Piscator* du Hoge Raad, 1 février 1985, n° 698, qui limite l'autonomie de la volonté aux litiges "qui sont à la libre disposition des parties" et L. STRIKWERDA, a.c., Groningen, Wolters-Noordhoff, 2000, n° 222, 216-218, critère repris depuis lors à l'article 8(1) du Code de procédure civile tel qu'amendé.

<sup>647</sup> Il suffit de penser au volet patrimonial du mariage.

<sup>648</sup> V. le plaidoyer de J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 468 p. qui préconise la généralisation de la méthode de l'option de droit - limitée aux diverses lois personnelles des intéressés - pour résoudre l'épineuse question de la détermination du droit applicable aux rapports personnels, dans l'espoir notamment de faciliter l'intégration des migrants originaires des pays de droit islamique.

On le voit, l'autonomie de la volonté n'interviendra qu'exceptionnellement dans la détermination du juge compétent pour statuer sur une question de divorce international.<sup>649</sup>

**125. Limites de l'autonomie de la volonté (fin)** - L'exemple du divorce international montre les limites de l'autonomie de la volonté dans la prévention des procédures concurrentes. Dans un grand nombre de situations, il ne sera pas donné aux parties de faire usage de leur possibilité de choisir un tribunal et donc de se prémunir contre un éventuel dédoublement de procédures. Là n'est toutefois pas l'unique limite affectant l'autonomie de la volonté. Force est en effet de constater que la conclusion d'une convention de juridiction, lorsqu'elle est tolérée par l'ordre juridique concerné, n'est pas nécessairement de nature à prévenir l'apparition de procédures concurrentes. C'est ce que montrera la prochaine section.

## § 2. Les limites intrinsèques de l'autonomie de la volonté

**126. Les atouts des clauses d'élection de for dans le contentieux international** - En matière internationale, il est particulièrement fréquent que les parties à un contrat prévoient une (ou plusieurs) clauses destinées à anticiper le règlement de différends susceptibles de survenir entre eux. Comme le rappelle Mme. *Coipel-Cordonnier*, le recours à de telles clauses est particulièrement utile pour éviter l'incertitude qu'engendre le caractère unilatéral des règles de compétence nationales pour la détermination du juge compétent pour trancher un éventuel litige.<sup>650</sup>

A ce premier effet bénéfique de l'autonomie de la volonté s'en ajoute un second, puisqu'en désignant le juge compétent, les parties excluent par la même que puissent naître des procédures concurrentes, sources d'un surcroît de dépenses et d'une contradiction éventuelle de jugements. C'est du moins ce qu'explique un auteur comme M. *Born*, qui indique qu'une telle clause "peut contribuer à empêcher la naissance de procédures concurrentes portant sur le même litige [...] Une telle clause aura pour effet de confiner la résolution d'un éventuel litige devant un for unique, en évitant les dépenses inutiles et l'incertitude inhérente aux conflits de procédures".<sup>651</sup>

<sup>649</sup> Il n'en ira pas nécessairement ainsi de la détermination de la loi applicable, question à propos de laquelle les législateurs semblent accorder une plus grande confiance aux époux. Ainsi le droit néerlandais permet-il aux époux d'opter pour le droit néerlandais (art. 1, al. 4 de la Wet Conflictenrecht Echtscheiding). V. L. STRIKWERDA, *ac*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 2000, 98-99, n° 115. V. également l'article 55 du projet de Code belge de droit international privé.

<sup>650</sup> N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1999, 1, n° 1.

<sup>651</sup> G. B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements. Planning, Drafting and Enforcing*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 4. Et l'auteur de poursuivre : [...] *an exclusive forum selection or arbitration agreement can preclude parallel or multiplicitous litigation of the same dispute in two or more forums at the same time. [...] An exclusive forum selection or arbitration agreement can confine litigation of the parties' dispute to a single forum, thereby reducing the expense and uncertainty resulting from parallel proceedings*". V. également G. R. DELAUME, *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes. Law and Practice*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 170 (selon qui "[i]n the contractual field [...] and provided the parties have taken advantage of their autonomy, the doctrine of *lis alibi pendens* loses much of its practical interest"). Dans le même sens H. W. BAADE, "An Overview of Transnational Parallel Litigation - Recommended Strategies", *Rev Litigation*, 1981, (191), 196 ("Parallel litigation between contracting parties themselves can normally be avoided in advance by a well-drawn choice-of-forum clause - if, that is, the parties prefer litigation over arbitration").



127. Les failles des clauses d'élection de for, l'exemple de l'affaire *Zapata* - La pratique révèle toutefois que la sécurité que procure une clause d'élection de for peut s'avérer illusoire. Un exemple bien connu des comparatistes permettra d'éclairer les limites de l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédures, il s'agit de la célèbre affaire *Zapata*.<sup>652</sup>

Un contrat liant la société *Zapata Off-Shore* établie aux Etats-Unis et l'entreprise allemande *Unterweser Reederei* pour le remorquage de la plate-forme *Chaparral* de la Louisiane vers l'Italie prévoyait que d'éventuels litiges seraient soumis aux tribunaux de Londres. Le *Chaparral* fut endommagé lors d'une tempête au large des côtes de la Floride. *Zapata* fit saisir le remorqueur lors de son arrivée dans un port de Floride et réclama des dommages et intérêts devant les tribunaux américains. De son côté, *Unterweser* demanda aux tribunaux de Londres d'ordonner le paiement du prix convenu pour le remorquage, ainsi que des dommages et intérêts. Ces tribunaux n'éprouvèrent aucune difficulté à fonder leur compétence sur la clause d'élection de for.<sup>653</sup>

En première instance et en appel, les tribunaux américains refusèrent toutefois d'accorder effet à la clause d'élection de for, en tirant argument de l'existence de liens substantiels entre le for américain et le litige, notamment au vu du lieu de l'accident.<sup>654</sup> Le tribunal américain alla même jusqu'à interdire à *Unterweser* de poursuivre la procédure engagée devant les tribunaux anglais!<sup>655</sup> N'était-ce pour la décision de la Cour Suprême,<sup>656</sup> qui dans un arrêt de principe a reconnu l'obligation, sauf circonstances exceptionnelles, pour le juge de donner effet à une clause d'élection de for, la présence d'une telle clause n'aurait pas empêché la naissance de procédures concurrentes. La question de l'efficacité de la clause n'était en l'espèce dénuée d'importance puisque le contrat contenait une clause exonérant le remorqueur de toute responsabilité pour faute non intentionnelle (*'negligence'*), clause réputée non écrite en droit américain et allemand, mais valable aux yeux des tribunaux anglais.<sup>657</sup>

128. L'ombre du doute qui plane sur les clauses d'élection de for - Cet exemple montre qu'il ne suffit pas de prévoir une clause d'élection de for pour se prémunir contre les conflits de procédure. Comme le note M. *Bell*,

"Il n'est pas vrai [...] que [...] les clauses d'élection de for (ou les conventions d'arbitrage) excluent toute possibilité d'une procédure parfois décisive sur la

<sup>652</sup> Sur cette affaire, v. L. COLLINS, "Forum Selection and an Anglo-American Conflict - The Sad Case of the *Chaparral*", *I.C.L.Q.*, 1971, 550-557 et 1973, 332-343, repris dans *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 253-273 ainsi que les commentaires de H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, *R.C.D.I.P.*, 1973, 539-549.

<sup>653</sup> *Unterweser Reederei GmbH v Zapata Off-Shore Co.*, [1968] 2 Lloyd's Rep. 158 (C.A.).

<sup>654</sup> La Cour d'Appel du 5<sup>ème</sup> Circuit avait dans une décision précédente déjà manifesté son hostilité à l'égard des clauses d'élection de for prévues dans un connaissance, allant même jusqu'à évoquer « [...] the universally accepted rule that agreements in advance of controversy whose subject is to oust the jurisdiction of the Courts are contrary to public policy and will not be enforced » : *Carbon Black Export, Inc. v S. S. Momosa*, 245 F.2d 297 (5th Cir. 1958), *cert. denied* 359 U.S. 1980 (1959).

<sup>655</sup> En appel, *Zapata Off-Shore Company v Unterweser Reederei GmbH*, 428 F.2d 888 (1970), *affirmed after rehearing* 446 F.2d 907 (1971); [1971] 1 Lloyd's Rep. 122 (5th. Circ 1970). En première instance, *In re Unterweser Reederei, GmbH*, 296 F. Supp. 733 (M.D. Fla. 1969).

<sup>656</sup> *M/S Bremen v Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L.Ed. 2d 513 (1972), traduction française parue in *R.C.D.I.P.*, 1973, 530, avec une note de H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON.

<sup>657</sup> Les tribunaux américains répugnent à donner effet aux clauses exemptant le remorqueur de toute responsabilité pour faute non-intentionnelle, v. p. ex. *Dixilyn Drilling Corp. v Crescent Towing & Salvage Co.*, 372 U.S. 697, 83 S.Ct. 967, 10 L. Ed. 2d 78 (1963).

question du tribunal compétent et du mode de résolution des litiges nés entre parties qui les concluent. Les recueils de jurisprudence regorgent d'exemples de contestations entre parties 'afin de déterminer où elles se disputeront', et ce malgré l'existence d'une clause d'élection de for ou une convention d'arbitrage".<sup>658</sup>

Notre propos n'est pas de jeter le doute sur l'utilité de principe des clauses d'élection de for. Dans la grande majorité des cas, l'accord des parties sortira ses pleins effets, même si c'est au prix d'une procédure visant à en faire constater la validité.<sup>659</sup> En ce sens, l'autonomie de la volonté constitue bel et bien un instrument permettant de prévenir les conflits de procédures. Il importe cependant de constater que la sécurité que procure une clause d'élection de for peut dans certaines circonstances se révéler illusoire. Il convient dès lors de s'interroger sur les limites exactes de la prévention des conflits de procédure par le biais de l'autonomie de la volonté. Voilà l'objet de la suite de ce titre, qui, par hypothèse, visera les situations sans doute *exceptionnelles* dans lesquelles la convention des parties sur le juge compétent n'atteint pas son but. Toute la question est de savoir quelle est l'importance de la zone d'ombre qui plane sur ces conventions. On pourra ensuite examiner quels remèdes peuvent être envisagés pour résoudre les conflits qui surgissent malgré l'existence d'un accord des parties sur le for compétent.

#### 129. Conflit de procédures et clauses d'élection de for : un paradoxe à expliquer

- Il est quelque peu paradoxal de constater que des procédures concurrentes peuvent naître alors même que les parties ont pris soin de conclure *ab initio* un accord sur l'identité de la juridiction qui prendra connaissance d'éventuels litiges. De tels accords de volonté, qu'ils désignent une juridiction étatique ou un tribunal arbitral, ont en effet pour but premier d'éliminer toute incertitude quant à la juridiction compétente, ou du moins de diminuer le risque de contestation sur cet élément (*supra*, n° 123). Or les exemples déjà évoqués montrent que l'existence (prétendue ou avérée) d'une convention de juridiction ne fait pas disparaître toutes les contestations sur la compétence, ni a fortiori les procédures concurrentes.

En schématisant, on peut distinguer deux types de 'brèches' qui expliquent le décalage entre les principes et la réalité. La première est l'oeuvre des parties elles-mêmes (I). L'apparition de procédures concurrentes malgré l'existence d'un accord entre parties sur la résolution de leurs litiges s'explique également par l'absence de régime définissant de façon uniforme les conditions de validité et d'effectivité des conventions de juridiction (II).

#### I. PREMIERE BRECHE : AUTONOMIE DE LA VOLONTE DEFECTUEUSE

130. **Clauses d'élection de for 'pathologiques'** - Les parties contractantes elles-mêmes peuvent être à l'origine de l'incertitude qui affecte leur accord. Les problèmes

<sup>658</sup> A. S. BELL, "Jurisdiction and Arbitration Agreements in Transnational Contracts", *J. Contract L.*, 1996, (53), 54 : "It is by no means the case [...] that [...] jurisdiction (or arbitration) agreements foreclose the possibility of often decisive interlocutory litigation on the question of venue for and or mode of the resolution of disputes arising between parties to such contracts. The law reports record many instances of litigation by parties 'in order to determine where they shall litigate' notwithstanding the existence of a jurisdiction clause or arbitration agreement".

<sup>659</sup> Procédure qui pour les parties contractantes sera souvent de trop, tant il est vrai que le but d'une clause d'élection de for est d'éviter toute contestation sur la question de la compétence.

auxquels nous faisons ici allusion sont essentiellement dus à la rédaction défailante des clauses relatives à la résolution des litiges. La jurisprudence offre de nombreux exemples de conflits nés d'une rédaction malencontreuse, voire brouillonne d'une clause de juridiction. Un litige soumis à la Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit mettait ainsi en jeu un contrat de licence d'exploitation de films et de programmes télévisés liant un studio américain et une télévision publique allemande, qui contenait la clause suivante :

*“the place of jurisdiction and applicable law with respect to disputes arising out of this Agreement shall be (a) Frankfurt, Germany, and/or (b) Los Angeles, California [...]”*<sup>660</sup>

Comment s'étonner que lorsqu'un litige survient, chacune des parties choisit l'option qui lui était la plus favorable et que les tribunaux allemands s'opposèrent aux tribunaux américains? Comme le remarque la Cour d'Appel, “les graines de la concurrence de procédures qui nous occupent ont été semées dans l'accord des parties”.<sup>661</sup> D'autres décisions montrent que ce type de clause que l'on pourrait qualifier, à la suite de M. *Eisemann*,<sup>662</sup> de 'pathologique', n'est pas exceptionnel.<sup>663</sup>

Si une convention de ce genre n'empêche pas l'apparition d'un conflit de procédures, ceci est entièrement imputable à la rédaction de la clause.<sup>664</sup> Comme le soulignait M. *Eisemann*, “tout comme le système d'éclairage le plus perfectionné s'avère inutile en cas de défaillance de l'interrupteur qui le commande, le système juridique le plus favorable à l'arbitrage ne pourra porter ses fruits à défaut de clause d'arbitrage correctement rédigée”.<sup>665</sup> De nombreux ouvrages mettent les parties et leurs conseils en garde contre l'utilisation de formules trop souples lors de la rédaction de conventions de juridiction.<sup>666</sup>

<sup>660</sup> *Turner Entertainment Co v Degeto Film GmbH et al.*, 25 F. 3d 1512 (CA 11th Cir. 1994). Sur cette affaire v. U. FRITZE, “Doppelte Rechtshängigkeit in USA und Deutschland. Ein bemerkenswertes Urteil des United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit”, in *Festschrift für Ralf Vierège zum 70. Geburtstag am 6. November 1995*, J. F. BAUR et al (éds.), Berlin, Walter de Gruyter, 1995, 241-252.

<sup>661</sup> 25 F. 3d 1512, 1515 : “the seeds of the instant parallel litigation were planted in the Agreement”.

<sup>662</sup> F. EISEMANN, “La clause d'arbitrage pathologique”, in *Arbitrage commercial : essais in memoriam Eugenio Minoli*, Turin, Unione tipografico-editrice torinese, 1974, 129-161.

<sup>663</sup> P. ex. *Finoux Capital Corporation v Ryan Helicopters et al.*, 1999 U.S. App. Lexis 14161 (June 25, 1999 CA 7th Cir) (un contrat de leasing prévoyait que d'éventuels litiges seraient soumis soit aux juges de l'île de Sainte Lucie, soit aux tribunaux de l'Illinois - et régi par le droit soit de l'Illinois, soit de Sainte Lucie. Sans surprise, chacune des parties saisit les tribunaux de son choix); *Blanco v Banco Industrial de Venezuela, S.A.* 997 F. 2nd 974 (2nd Cir. 1993) (un contrat de prêt entre deux entreprises du Venezuela prévoyait que “any legal action or proceeding arising out of or in connection with this Agreement shall be brought in the High Court of Justice in England, the Courts of the State of New York, the Courts of the United States of America or the Courts of the City of Caracas, Venezuela”); OLG Karlsruhe, 13 mars 1973, *IPRspr.*, 1973, no. 129; *Der Betrieb*, 1974, 184; *Y.C.A.*, 1977, vol. II, 239 (la clause conclue par les parties prévoyait que “All disputes arising out of this contract will [...] be submitted in first instance to an arbitral tribunal [...]. If the decision is not acceptable to either party, an ordinary court of law, to be designated by the claimant, will be competent”).

<sup>664</sup> Le phénomène est bien connu. MM. *Scodes et Hay* notent par exemple que “[w]ith astonishing frequency, parties have drafted clumsy clauses that are unclear as to what effect is intended, leaving courts with difficult questions of interpretation” (E. F. SCODES, P. HAY, P. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, 2000, 467).

<sup>665</sup> F. EISEMANN, *loc. cit.*, 129.

<sup>666</sup> P. ex. W. W. PARK, *International Forum Selection*, Boston/La Haye, Kluwer Law International, 1995, 749 p.; G. B. BORN, *ac*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 326 p.; J. PAULSSON et al., *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR Clauses in International Contracts*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 175 p. Pour les conventions d'arbitrage, v. P.-A. GELINAS, “Arbitration Clauses : Achieving Effectiveness”, in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, A. J. VAN DEN BERG (éd.), La Haye, Kluwer Law International, 1999, 47-66; H. SCALBERT et L. MARVILLE, “Les clauses compromissaires pathologiques”, *Reu arb.*, 1988, 117-135; B. G. DAVIS, “Pathological clauses. Eisemann's still vital criteria”, *Arb Int'l*, 1991, 365 e.s. et M.-H. MALEVILLE, «Pathologies des clauses compromissaires », *R.D.A.I.*, 2000, 61-84. Adde M. STORME, “Arbitrale akkoorden”, *T.P.R.*, 1998, 33-51, spéc. 41-49.

La prévention de tels conflits ne nécessite aucun aménagement des règles existantes, mais seulement une attention plus soutenue et une certaine rigueur lors de la rédaction des clauses pertinentes, dont on peut espérer qu'elles ne seront pas systématiquement rédigées à la dernière minute, alors que les négociateurs sabrent déjà le champagne...

**131. Clauses d'élection de for non exclusives et conflit de procédures** - Il en va de même des difficultés soulevées par les clauses d'élection de for dites 'non exclusives'.<sup>667</sup> De telles clauses comportent un effet prorogatoire, sans que celui-ci soit accompagné du traditionnel effet dérogatoire. Concrètement, le for élu voit sa compétence prorogée, mais la clause n'a pas pour but de priver les autres fors de la compétence qu'ils peuvent légitimement revendiquer sur base des règles normales de compétence.

La conclusion d'une clause d'élection de for non exclusive n'empêche dès lors pas une partie de saisir un autre for que celui désigné contractuellement, pour autant qu'il soit compétent sur base de ses propres règles de compétence. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Australian Commercial*.<sup>668</sup> Les parties s'étaient accordées sur une clause d'élection de for non exclusive en faveur des tribunaux du Queensland. Ceci n'a pas empêché le demandeur de s'adresser aux tribunaux anglais après qu'il eut déjà saisi les tribunaux du Queensland. Le défendeur fut bien en peine d'invoquer la clause d'élection de for à l'appui d'une exception d'incompétence devant les tribunaux anglais.<sup>669</sup>

Cet exemple illustre les dangers des clauses ne précisant pas le caractère exclusif du choix des parties. Dans certaines circonstances, les cocontractants hésiteront à se lier exclusivement à un seul for, de peur de limiter trop strictement leurs possibilités d'action, un litige dû-t-il survenir.<sup>670</sup> Ils doivent cependant en mesurer les conséquences et être pleinement conscients du risque de multiplication éventuelle des procédures. Ici encore, la prévention des conflits de procédures est entre leurs mains.<sup>671</sup> Il en va autrement de la seconde brèche.

<sup>667</sup> Il ne semble pas que l'on puisse parler de conventions d'arbitrage 'non-exclusives'. En ce sens, P. SCHLOSSER, « Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom? », in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, 2001, (15), 22, note 25. Par hypothèse la conclusion d'un tel accord sous-entend la renonciation à saisir les tribunaux étatiques. L'on conseille toutefois parfois d'adjoindre à une convention d'arbitrage une clause d'élection de for désignant le juge compétent pour les aspects d'un éventuel litige qui ne pourront être tranchés par le tribunal arbitral, par exemple en raison du défaut d'arbitrabilité d'une question particulière. Une telle clause subsidiaire n'enlève rien, du moins lorsqu'elle est bien rédigée, à l'obligation des parties de soumettre leur litige aux arbitres.

<sup>668</sup> *Australian Commercial v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 65.

<sup>669</sup> En l'espèce, les tribunaux anglais firent cependant droit à la demande de sursis à statuer sur base du *forum non conveniens*.

<sup>670</sup> V. sur les raisons pouvant justifier le choix pour une clause non-exclusive, G. B. BORN, *ac*, 1999, 20-24; J. J. FAWCETT, "Non-exclusive jurisdiction agreements in private international law", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 2001, 234, 235 (M. Fawcett explique que des contractants peuvent choisir une clause non-exclusive « because it allows them the option of bringing proceedings in a State other than the chosen forum »).

<sup>671</sup> Toute autre est la question de savoir si une clause d'élection de for est oui ou non exclusive. Les meilleurs esprits peuvent se contredire sur cette question, l'approche des différents pays ne correspondant d'ailleurs pas. Parfois, l'exclusivité est présumée, parfois elle ne l'est pas. Comme le note M. Born, "Depending upon the law that is applied, and the court where litigation occurs, the same forum selection language can often be construed in different courts as either exclusive or non-exclusive" (G. B. BORN, *ac*, 1999, 20). Le problème ne découle alors pas de la rédaction de la clause, mais bien de la diversité des législations nationales. On notera que le Règlement 44/2001 a introduit une nouvelle présomption, selon laquelle la clause d'élection de for est exclusive (art. 23(1)). Dans la suite de ce chapitre, nous présumerons, pour faciliter l'exposé, que les clauses d'élection de for sont bel et bien exclusives.

## II. SECONDE BRECHE : PLURALITE DES STATUTS ET DES INSTANCES DE CONTROLE

132. **Un double contrôle de la clause** - Une clause d'élection de for n'est valable que dans la mesure où elle est reconnue par l'instance choisie par les parties - le for prorogé. Cette seule reconnaissance ne suffit cependant pas. Encore faut-il que le for dérogé accepte lui aussi de donner effet à l'accord des parties. Lorsque cet accord ne trouve pas grâce aux yeux de ce dernier for, pour quelque raison que ce soit, l'efficacité de la convention devient toute relative. L'affaire *Zapata* déjà évoquée (*supra*, n° 125) illustre bien le danger que fait peser la pluralité des instances de contrôle sur l'efficacité d'une telle clause : alors que le tribunal anglais avait donné effet à la convention le désignant, les tribunaux américains, tant en première instance qu'en appel, en ont décidé autrement, écartant une clause qu'ils jugeaient attentatoire à leur compétence.

Cette espèce permet également d'apercevoir que si la pluralité des instances de contrôle pose problème pour l'autonomie des parties, cela est dû au fait que les instances concernées ne feront pas nécessairement référence aux mêmes règles pour examiner l'expression de cette autonomie. *In casu*, les juges américains s'appuyaient sur la profonde méfiance à l'encontre de clauses dont il était traditionnel de dire qu'elles portaient atteinte au pouvoir des tribunaux de se prononcer sur leur propre compétence. Les juges anglais au contraire cherchaient avant tout à faire respecter les engagements pris par les parties, une attitude qui les incite à accorder plein effet aux clauses d'élection de for.<sup>672</sup>

Comme le note très justement M. Rigaux, "[à] défaut de traité international liant les deux Etats intéressés, auxquels appartiennent respectivement le for élu et les tribunaux du pays dont la compétence est exclue en vertu de la clause contractuelle [...], il appartient au droit international privé de chacun des deux pays de se prononcer sur celui des deux effets de la clause qui à son égard est pertinent".<sup>673</sup>

L'efficacité d'une clause d'élection de for et, partant, sa capacité à neutraliser un éventuel conflit de procédures, est dès lors tributaire du parallélisme d'appréciation de cette clause dans le chef des fors appelés à se prononcer sur celle-ci. Pour mieux cerner les contours de cette seconde brèche, à l'origine des conflits de procédures, nous passerons successivement ces deux éléments en revue : d'une part la pluralité des instances de contrôle (A) et d'autre part la diversité des statuts (B).

## A. Pluralité des instances de contrôle

133. **Le contrôle de la clause d'élection de for par le for dérogé, une évidence** - Lorsque les parties choisissent de confier la résolution de leurs litiges à une juridiction nationale, la validité et l'efficacité de leur accord peut faire l'objet de plusieurs examens. La clause d'élection de for sera d'abord et avant tout examinée par le for élu. Ce premier examen n'empêchera pas le ou les fors dérogés de se saisir également de la question.

<sup>672</sup> Du moins lorsqu'un tribunal anglais est élu... Ces mêmes tribunaux montrent moins d'empressement à sanctionner une clause conclue au profit d'un tribunal étranger, qui est soumise à une analyse plus proche de celle du *forum non conveniens*, v. p. ex. *The El Amria*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 286 (C.A.) et sur la différence de traitement, *infra*, note 856. Pour le rapprochement en droit anglais entre la doctrine du *forum non conveniens* et l'analyse des clauses d'élection de for étrangère, v. CH. CHALAS, 247-256.

<sup>673</sup> F. RIGAUX, 122, n° 176.

Il est en effet logique qu'un Etat vérifie la validité d'une clause élisant un for étranger avant de lui donner effet. Il y va de la nature même du mécanisme : par hypothèse, le for dérogé est confronté à un accord des parties visant à soustraire à sa connaissance un litige pour lequel il pourrait revendiquer compétence à défaut de convention entre parties. A cette première justification de la nécessité d'un contrôle de la clause par le for dérogé s'en ajoute une autre, qui tient au souci de protéger les parties, en particulier celles dites 'faibles' contre un accord qui aurait été imposé sans égard pour la nécessité d'un consensus.

La possibilité pour le for dérogé de s'assurer de la validité de la clause qu'on lui oppose, est tellement évidente, qu'elle est rarement mentionnée. Il suffit toutefois de consulter les recueils de jurisprudence pour vérifier que les tribunaux se permettent bel et bien de s'assurer de la validité des conventions dérogeant à leur compétence. L'affaire *Zapata* déjà évoquée fournit encore une fois une illustration de cette évidence, puisqu'on a vu que les tribunaux américains se sont réservé la possibilité de soumettre la clause désignant leurs collègues anglais à un examen qui s'est révélé négatif (*supra*, n° 125).

**134. Un contrôle qui s'impose même au sein de l'espace judiciaire européen** – On peut encore se demander si cette solution d'évidence s'impose également sous l'empire des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qui accordent aux clauses de juridiction un effet dérogatoire quasi-automatique. La question de savoir si le for dérogé conserve, au sein de l'espace judiciaire européen, la possibilité d'examiner la validité de la clause avant de 'renvoyer' les parties devant le for élu, n'est pas dénuée de pertinence, lorsque l'on se rappelle que dans d'autres hypothèses, le système européen fait formellement interdiction aux juges nationaux d'examiner la compétence de leurs collègues.<sup>674</sup> Elle a été évoquée, au moins indirectement, dans l'affaire *Castelletti* soumise à la Cour de Justice.<sup>675</sup>

La juridiction italienne à l'origine de la question préjudicielle se demandait notamment si la Convention autorisait le for dérogé, saisi d'une demande au fond, à contrôler le "bien-fondé" de la clause d'élection de for, ce par quoi il fallait entendre l'objectif que poursuivaient les parties en désignant un juge différent que celui qui aurait été compétent en vertu des chefs ordinaires de compétence.<sup>676</sup> La Cour saisit l'occasion pour réaffirmer que la validité de la clause d'élection de for ne saurait être appréciée qu'au regard des seules conditions posées par la Convention, et en particulier que celle-ci ne contenait aucune exigence relative à un quelconque élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné par les parties.<sup>677</sup>

La Cour s'est ainsi prononcée sur l'étendue du contrôle de la validité de la clause, sans aborder expressément la question de la compétence du juge saisi pour procéder à un tel contrôle lorsque la clause donne compétence à une autre juridiction. Si la Cour n'a pas confirmé ce que d'aucuns tiendraient pour une évidence, à savoir la possibilité pour le for

<sup>674</sup> On pense bien sûr à la question de la litispendance et à celle de la compétence indirecte. On voit ainsi se dessiner la trilogie des hypothèses de prise en compte du fait judiciaire étranger, tout en apercevant que ces hypothèses ne seront pas nécessairement soumises aux mêmes règles.

<sup>675</sup> C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti SpA c. Hugo Tunney*, affaire C-159/97, *Rec.*, 1999, I-1597, et les observations de H. GAUDEMET-TALLON, *R.C.D.I.P.*, 1999, 573-577 et de A. HUET, *J.D.I.*, 1999, 528-534.

<sup>676</sup> En l'espèce la clause d'élection de for donnait compétence à un juge dont on pouvait présumer qu'il allait appliquer un régime de responsabilité plus favorable à la partie qui avait pris l'initiative de la clause.

<sup>677</sup> On a pu voir dans cette décision la consécration du principe d'*autosuffisance* de l'article 17 de la Convention : MM. Bom, Fallon et van Boxstael, 2001, 276-279, n° 147.

dérogré d'examiner la validité de la clause au regard des conditions posées par l'article 17, l'Avocat général s'est au contraire penché sur la question. Il faut dire qu'on aurait pu avoir des doutes sur ce point, notamment en raison du caractère 'exclusif' de la compétence reconnue par l'article 17 au juge désigné par les parties.<sup>678</sup>

Il nous semble cependant que telle n'est pas la portée de cette disposition. Comme le relève l'avocat général Léger, le système de la Convention vise à ce que le juge saisi puisse aisément et rapidement se prononcer sur sa propre compétence. Or s'il devait être privé de la possibilité d'examiner la validité de la clause d'élection de for, il faudrait admettre qu'il doit surseoir à statuer en attendant que le for élu se prononce. Une telle interprétation pourrait retarder la résolution des questions de compétence et être source de manoeuvres dilatoires par des parties peu scrupuleuses.<sup>679</sup> En outre, elle remettrait en question l'utilité du régime communautaire des clauses d'élection de for. L'existence même de ce régime garantit en effet que les tribunaux nationaux arriveront à des conclusions identiques sur la validité d'une clause donnée.<sup>680</sup>

On peut conclure avec M. Léger qu'en l'état actuel du droit, "[...] le juge saisi, qu'il soit ou pas désigné dans la clause attributive de for, est compétent pour se prononcer sur la validité, au regard des conditions prévues au titre de l'article 17, de cette clause".<sup>681</sup> Ce n'est pas à dire qu'il faut exclure tout changement du système européen, et en particulier une meilleure définition des rapports entre for prorogé et for dérogé (*infra*, n° 165 e.s.). Il s'agit simplement de constater que la Convention n'interdit pas à ce dernier for de s'interroger sur la validité de la clause qu'invoque le défendeur. Partant, la même clause peut être soumise à une multiplicité d'examins.<sup>682</sup>

**135. Pluralité de contrôles et divergence de statuts** - Tant le régime conventionnel que les droits nationaux autorisent le juge saisi à examiner la validité d'une clause désignant un juge étranger. Il en sera d'autant plus ainsi dans les droits nationaux qui montrent plus d'hésitation à reconnaître un effet dérogoire à la volonté des parties.<sup>683</sup>

<sup>678</sup> Cette question a donné lieu à une controverse suite à l'arrêt *Benincasa*, dans lequel la Cour a consacré 'l'autonomie matérielle' de la clause attributive de juridiction (selon l'expression de N. WATTÉ, A. NUYS et H. BOULARBAH, "Chronique : la Convention de Bruxelles (2ème partie)", *J.T. Dr. eur.*, 1998, 80). On a pu se demander à la suite de cet arrêt si la compétence du juge élu par les parties pour contrôler la validité de la clause attributive de juridiction était également exclusive : v. M. EKELMANS, note sous *Benincasa*, *J.T.*, 1997, (685), 686, qui observe justement que l'attendu n° 32 du jugement de la Cour est rédigé de façon malheureuse, puisqu'il évoque la compétence "exclusive" du for élu pour déterminer si l'action qui vise à faire constater la nullité du contrat est visée par la clause.

<sup>679</sup> Cels. Léger, C.J.C.E., *Rac.*, 1999, I-1597, n° 47-51. M. Léger en appelle également à l'autorité du Rapport Schlosser, qui énonce que "[...] l'existence d'une convention attributive de juridiction s'opposant à la compétence du tribunal saisi est [...] un point que le juge doit relever d'office". Il en déduit à juste titre que ce même juge doit également être autorisé à vérifier la validité de la clause.

<sup>680</sup> Cfr. cependant *infra* sur les limites de l'unification communautaire.

<sup>681</sup> N° 54. En ce sens également MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 275, n° 146 et N. WATTÉ, A. NUYS et H. BOULARBAH, *l.c.*, *J.T. Dr. eur.*, 1998, 81, n° 21 (qui concluent à l'existence d'une compétence partagée du juge désigné et de tout autre juge éventuellement saisi sans égard pour la clause attributive). On peut regretter que la Cour n'ait pas jugé nécessaire de faire expressément sienne cette conclusion. Peut être a-t-elle été rebutée par le nombre et le caractère parfois évident des questions qui lui étaient en l'espèce soumises.

<sup>682</sup> Si d'aventure l'envie prenait un justiciable de solliciter l'avis de plusieurs fors dérogrés sur la validité d'une clause en faveur d'un for donné, on peut se demander si la décision de l'un de ces fors constatant que la clause est parfaitement valable au regard des exigences posées par la Convention de Bruxelles, lierait les tribunaux d'autres Etats membres. On sait que traditionnellement les décisions se prononçant sur la compétence d'un tribunal ne sont pas susceptibles de reconnaissance à l'étranger. Peut être y-a-t-il lieu de faire exception à cette règle générale en raison de la nature particulière de l'espace judiciaire européen.

<sup>683</sup> On pense par exemple au droit néerlandais, où il a fallu attendre 1985 pour que le Hoge Raad reconnaisse la validité de principe des conventions dérogoires, arrêt *Piscator*, précité *supra*, n°121.

On peut dès lors conclure que l'effet prorogatoire reconnu aux clauses d'élection de for n'empêchera pas d'autres tribunaux que celui désigné par les parties, de se prononcer sur la validité ou l'existence de la convention de juridiction.<sup>684</sup>

Cette pluralité d'examen serait sans conséquence si toutes les instances concernées disposaient de règles identiques pour déterminer la validité et les effets d'une clause d'élection de for. Or il faut bien constater qu'il n'existe pas de statut uniforme, accepté de façon universelle, précisant les conditions de validité de ces conventions. Chaque fois que deux instances se prononcent sur une même convention, le risque existe que leurs décisions se contredisent.<sup>685</sup>

Voilà résumées en deux lignes les limites de l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédures. Nous allons examiner plus en détails la multiplicité des règles appelées à régir les conventions de juridiction.

## B. Absence de statut uniforme pour les clauses d'élection de for

**136. Généralités** - Le for élu par les parties ne possède pas le monopole du contentieux de la validité de la convention de juridiction. La question de la validité de cette convention peut également être soumise à d'autres fors. La pluralité des instances de contrôle fait naître le risque que les tribunaux adoptent des conclusions contradictoires quant à l'efficacité et à la validité d'une et même clause. Chaque tribunal va en effet procéder à l'évaluation de ces deux questions en s'appuyant sur ses propres règles. On va voir que si un accord se fait sur certains principes de base, au premier rang desquels figure l'efficacité de principe des clauses d'élection de for (a), de nombreuses divergences subsistent sur la mise en application pratique de ces principes (b). Ce sont ces différences, sur des 'points de détail', qui créent la possibilité d'appréciations contradictoires de la même clause.

### (a) Unanimité sur les principes

**137. Unanimité en droit comparé sur la validité de principe** - Constater qu'un accord se fait, en droit comparé, sur les principes de base qui régissent l'autonomie de la volonté dans le contentieux international privé, ne nécessite pas de longs développements. La grande majorité des ordres juridiques reconnaissent aujourd'hui le rôle de l'autonomie de la volonté dans la détermination du juge compétent. La méfiance traditionnelles des droits sud-américains par exemple à l'égard des clauses d'élection de

<sup>684</sup> L'existence d'une clause compromissoire n'empêche pas non plus l'ouverture de deux fronts parallèles portant sur la validité et/ou l'efficacité de cette clause. Cette possibilité est plus évidente encore en raison de la nature même de ces conventions, qui ont pour effet de soustraire un litige à la compétence d'un ou plusieurs ordres juridiques pour le soumettre à une justice essentiellement privée. On comprend dès lors que les ordres juridiques concernés, s'ils acceptent de donner effet aux clauses compromissoires et même de déférer dans une certaine mesure à la décision de l'arbitre sur sa propre compétence, se réservent la possibilité de vérifier l'existence d'un consensus entre parties en faveur de l'arbitrage. Cf. *infra*, n° 193 pour plus de détails.

<sup>685</sup> M. Mayer fait la même constatation pour l'arbitrage : "[...] la compétence d'un même arbitre est susceptible d'être appréciée par les tribunaux de plusieurs pays. [...] Chacun des ordres juridiques susceptibles de se prononcer sur la compétence le fera selon ses conceptions, de sorte que l'appréciation des uns et des autres pourra diverger" : P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Recueil des cours*, 1989, t. 217, (319), 357-358, n° 29-30.



for – et des clauses compromissoires<sup>686</sup> – a fait progressivement place à une reconnaissance de principe. De même les tribunaux américains ont-ils depuis la décision de la Cour Suprême dans l'affaire *Zapata* déjà évoquée, également abandonné l'hostilité à l'égard des clauses d'élection de for qui caractérisait la jurisprudence ancienne.<sup>687</sup> MM. *Scotes* et *Hay* notent par exemple "l'évolution considérable de la jurisprudence américaine qui a remplacé une hostilité universelle aux clause d'élection de for par un accueil enthousiaste".<sup>688</sup> Et l'on a déjà vu que la jurisprudence néerlandaise avait en 1985 embrassé elle aussi le rôle de l'autonomie de la volonté dans la détermination du juge compétent.<sup>689</sup>

A ce bref panorama de droit comparé, on peut ajouter l'affirmation claire par la jurisprudence française de la licéité de principe des clauses attributives de juridiction dans l'ordre international. On aurait pu craindre le pire puisque l'article 48 du Nouveau Code de procédure civile s'oppose depuis 1975 à la conclusion, dans l'ordre interne, d'accords portant sur la compétence du juge. Or, on le sait, la jurisprudence française s'en tient encore à la transposition sur le plan international des règles de compétence territoriale interne (*supra*, n° 111). Fort heureusement la Cour de Cassation a écarté sans équivoque l'application à la sphère internationale de l'interdit posé par l'article 48.<sup>690</sup>

En règle générale, il ne faut dès lors plus craindre qu'un tribunal passe outre une clause d'élection de for pour des raisons de principe.<sup>691</sup> Il n'est pas inintéressant pour notre propos de constater que la bienveillance des ordres juridiques s'est d'abord manifestée à l'égard des clauses prorogeant leur compétence. L'évolution de la jurisprudence néerlandaise est encore une fois significative : le Hoge Raad a d'abord reconnu la possibilité pour les parties de proroger contractuellement la compétence des tribunaux néerlandais,<sup>692</sup> avant d'autoriser les justiciables à déroger par convention à la compétence

<sup>686</sup> Dans le passé, les tribunaux sud-américains étaient sans doute les plus réticents à reconnaître la validité du déclinatoire de compétence fondé sur une clause compromissoire (v. A. M. GARRO, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", *J. Int'l. Arbitration*, 1984, 293-321 et les nombreuses références citées). Les esprits ont cependant évolués et l'arbitrage est aujourd'hui reconnu dans ces pays comme une alternative valable et légitime à la justice étatique : H. A. GRIGERA-NAÓN, "Overcoming Traditional Hostility Towards Arbitration" in *International Commercial Arbitration. Recent Developments*, Commercial Law & Practice Course Handbook Series No. 477, II, New York, 1988, pp. 377-447 et les contributions rassemblées par B. M. CREMADES (éd.), *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America*, La Haye, Kluwer Law International/IBA, 1999, 250 p.

<sup>687</sup> *Bremen v Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L.Ed. 2d. 513 (1972). V. également *Stewart Org., Inc. v Ricoh Corp.*, 487 U.S. 22 (1988) ; *Carnival Cruise Lines, Inc. v Shute*, 499 U.S. 585 (1991). En général, M. F. STURNLEY, "Strengthening the Presumptive Validity of Choice of Forum Clauses", *J. M. L. C.*, 1992, 131 e.s.; P. BORCHERS, "Forum Selection Clauses in the Federal Courts After Carnival Cruise : A Proposal for Congressional Reform", *Wash. L. Rev.*, 1992, 55 e.s.; W. M. RICHMAN, "Carnival Cruise Lines : Forum Selection Clauses in Adhesion Contracts", *Am J. Comp. L.*, 1992, 977-984; L. MULLENIX, "Another Easy Case, Some More Bad Law : Carnival Cruise Lines and Contractual Personal Jurisdiction", *Texas Int'l L. J.*, 1992, 323-370.

<sup>688</sup> E. SCOTES, P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, 2000, 473 : "the dramatic shift that American jurisprudence has taken from almost universal hostility towards exclusive forum clauses to enthusiastic acceptance". Il est frappant de constater qu'à la même époque, la Cour Suprême a inauguré une jurisprudence dont on sait qu'elle se montre très favorable à l'arbitrage : *Scherk v Alberto Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *R.C.D.I.P.*, 1975, 643, note H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, pp. 651-656 et plus tard *Mitsubishi Motors Corp. v Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

<sup>689</sup> Arrêt *Piscator*, *supra*, n° 121.

<sup>690</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> Chbre, 17 décembre 1985, *R.C.D.I.P.*, 1986, 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.*, 1986, IR, 265, obs. B. AUDIT. Selon la Cour, "[...] les clauses prorogeant la compétence internationales sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international [...]"

<sup>691</sup> Sans doute existe-t-il encore des résistances et hésitations de principe dans certaines juridictions. Le recours à l'arbitrage s'impose alors d'autant plus que la rédaction d'une clause d'élection de for manifestement inopérante est de nature à mettre en jeu la responsabilité professionnelle de l'avocat.

<sup>692</sup> H.R., 1 février 1985, *N.J.*, 1985, 698.

de ces tribunaux.<sup>693</sup> Certaines différences subsistent encore aujourd'hui dans le traitement des deux clauses, en particulier en droit anglais. On reconnaîtra là une manifestation de la difficulté de s'ouvrir au fait judiciaire étranger, phénomène sur lequel nous reviendrons.

**138. Effet dérogoire automatique ou discrétionnaire** – Ces dernières décennies ont vu les juridictions nationales faire preuve d'une plus grande bienveillance envers l'autonomie de la volonté. Cette bienveillance ne s'est toutefois pas manifestée partout de la même façon. Ainsi est-il devenu classique d'opposer les juridictions de droit civil et celles de *common law* sur la question de l'effet qu'elles accordent à une clause d'élection de for : les premières s'effaceraient *automatiquement* devant l'effet dérogoire d'une telle clause, alors que les secondes veilleraient jalousement sur le pouvoir d'appréciation leur permettant de passer outre la volonté exprimée par les parties.<sup>694</sup>

Il est vrai que tout en apparence sépare les tribunaux de droit civil de ceux de *common law* lorsqu'il s'agit de donner effet à une clause d'élection de for. Les premiers ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation à l'égard de telles clauses : lorsque celles-ci remplissent les conditions de validité requises, le tribunal donnera suite à la clause sans s'interroger sur le caractère approprié du for élu.<sup>695</sup> Les Conventions de Bruxelles et de Lugano imposent aux juges nationaux le même automatisme, l'effet dérogoire étant reconnu aux clauses d'élection de for sans que le juge puisse apprécier l'opportunité du choix des parties.<sup>696</sup> Comme le note M. Fawcett, lorsque les parties ont valablement désigné un tribunal étranger, la tradition de droit civil veut que les tribunaux du for soient simplement privés de la compétence qui leur reviendrait à défaut d'accord des parties.<sup>697</sup>

Par contraste, les tribunaux de *common law* n'ont jamais renoncé à exercer un certain pouvoir d'appréciation avant de donner effet à une clause d'élection de for. Le juge conserve dans ces juridictions la possibilité de passer outre l'élection de for des parties, même lorsque celles-ci se sont clairement accordées sur le for élu. C'est ce qu'indiquent MM. North et Fawcett, qui expliquent que "[...] conformément à la règle *pacta sunt servanda*, le juge anglais refusera en règle générale d'entendre une demande lorsque les parties ont élu un for étranger. Le juge conserve cependant un pouvoir d'appréciation à cet égard et lorsqu'il peut fonder sa compétence sur une autre règle, il passera outre la clause

<sup>693</sup> H.R., 28 octobre 1988, *N.J.*, 1989, n° 765, jurisprudence 'Harvest Trader'.

<sup>694</sup> P. ex. J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 47-49 ; H. GAUDEMET-TALLON, "La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXIème siècle", in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, (123-148), 137, n° 156.

<sup>695</sup> P. ex. en droit allemand, R. GEIMER, 1997, 454, n° 1759 (les tribunaux allemands doivent reconnaître l'effet dérogoire d'une clause d'élection de for sans considération du caractère approprié du for, "die deutschen Gerichte haben die Derogation auch dann zu beachten, wenn sie diese für unzumutbar oder unvernünftig haben"). *Comp.* avec l'article 6 § 2 du projet de Code belge de droit international privé.

<sup>696</sup> La Cour de Justice a confirmé le caractère 'abstrait' des clauses d'élection de for dans sa décision *Castelletti*, précitée. La Cour rappelle qu'il n'y a pas lieu d'imposer pour la validité des clauses d'autres conditions que celles résultant de l'article 17 (attendu 36). Elle rappelle également que les juridictions nationales doivent se contenter de l'examen des conditions qu'énumère limitativement cette disposition, sans procéder à un examen au fond de l'affaire et sans exiger qu'existe un quelconque lien objectif entre le litige et le for élu. Dans le même sens Lord Steyn, *Continental Bank NA v Aekas Compania Naviera SA* [1994] 1 Lloyd's Rep. (505), 510, qui note que "there is no discretionary power in the Convention itself to override the conclusive effect of an exclusive jurisdiction agreement which conforms with the requirement of Article 17".

<sup>697</sup> J.J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 48. Ceci apparaît clairement lorsque l'on considère l'effet accordé aux clauses conclues par des parties domiciliées dans des Etats tiers. L'article 17 de la Convention de Bruxelles précise à cet égard que "les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal [désigné par les parties] n'a pas décliné [sa] compétence".

d'élection de for s'il considère qu'une procédure en Angleterre est plus conforme à l'esprit de justice".<sup>698</sup>

139. Le pouvoir d'appréciation des juges anglais face aux clauses d'élection de for, un vestige du passé - La survivance de ce pouvoir discrétionnaire, qui peut paraître paradoxal lorsque l'on connaît l'importance de la place de Londres dans le règlement des litiges internationaux, s'explique lorsque l'on examine l'évolution historique de l'attitude des tribunaux à l'égard des clauses d'élection de for.<sup>699</sup> A l'origine, les tribunaux anglais, à l'instar de leurs collègues étrangers, n'acceptaient pas que les parties soustraient par une simple manifestation de volonté, un litige à leur compétence. Ce n'est que progressivement, et par le biais de divers stratagèmes, que fut donné effet à l'autonomie de la volonté en matière de détermination du juge compétent.<sup>700</sup>

Au fil de l'évolution, le principe du respect de l'effet dérogatoire des clauses de juridiction s'est affermi, sans toutefois que les tribunaux acceptent jamais que les parties puissent les dépouiller de cette manière d'une compétence qui leur était attribuée.<sup>701</sup> Quelle que soit la construction adoptée pour donner effet au choix des parties, les tribunaux ont à chaque fois décidé qu'ils étaient compétents malgré l'existence d'un tel choix, mais qu'il leur appartenait de ne pas exercer cette compétence afin de faire respecter les engagements des parties. On peut voir dans cette subsistance une manifestation de la 'jalousie' des tribunaux envers leur propre compétence. Les tribunaux veillent à conserver la "direction de leur propre procédure".<sup>702</sup> Voilà l'origine de cette manifestation pour le moins inattendue du pouvoir discrétionnaire des juges anglais à l'égard des clauses d'élection de for.<sup>703</sup>

<sup>698</sup> CHESHIRE et NORTH, 1999, 350 : "[...] in accordance with the principle that a contractual undertaking should be honored, there is a prima facie rule that an action brought in England in defiance of an agreement to submit to a foreign jurisdiction will be stayed. However, the court does have a discretion in the matter, and where the parties are amenable to the jurisdiction [...] it will allow the English action to continue if it considers that the ends of justice will be better served by a trial in this country". V. surtout *The Eleftheria*, [1970] P. 94, 110 (dans cette affaire, le juge Brandon a décidé que "[w]here plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign court, and the defendants apply for a stay, the English court [...] is not bound to grant a stay but has a discretion whether or not to do so [...]") ainsi que *Anatru Potato Co. Ltd. v Egyptian Navigation Co., The El Amria* [1981] 2 Lloyd's Rep; 119 (CA) et l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *The Sennar (no 2)* [1985] 1 W.L.R. 490. V. plus récemment *Stenborg et al. v Warsaw*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 183 (CA) ("The English courts [...] do not regard themselves as bound in all circumstances to comply with a private contract which seeks to deprive them of jurisdiction [...]").

Le pouvoir d'appréciation du juge anglais à l'égard des clauses d'élection de for fait partie de la doctrine du 'stay', que l'on rencontrera plus loin (*infra*, n° 408).

<sup>699</sup> Pour un excellent aperçu, v. CH. CHALAS, 164-178.

<sup>700</sup> Notamment par le biais d'une assimilation des clauses attributives de compétence aux clauses compromissoires, dont la législation prescrivait le respect, v. *Law v Garret*, 8 Ch. D. 26 (1878).

<sup>701</sup> L'idée qu'une clause d'élection de for vise à 'dépouiller' un tribunal d'une compétence qui lui revient, se traduit de façon éclairante par le traitement accordé à la clause dans les manuels de droit international privé : le plus souvent, l'examen de la clause d'élection de for est rangé sous le titre de "limitations on jurisdiction", au même titre que le forum non conveniens ou les immunités ! V. E. SCOLES, P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, 2000, 465 e.s.

<sup>702</sup> Selon le mot de Lord Denning, *The Fehman*, [1958] 1 W.L.R. 159, 183 (C.A.) : "I do say that the English courts are in charge of their own proceedings ; and one of the rules they apply is that a stipulation that all disputes should be judged by the tribunal of a particular country is not absolutely binding. It is a matter to which the courts of this country will pay much regard and to which they will normally give effect, but it is subject to the overriding principle that no one by his private stipulation can oust these courts of their jurisdiction in matter that properly belong to them".

<sup>703</sup> Attitude qui a également longtemps prévalu à l'égard des clauses compromissoires, v. l'*Arbitration Act* de 1950, s. 4(1) qui traduisait bien l'idée que le tribunal faisait une faveur aux parties en donnant effet à leur accord, qui ne privait pas le tribunal de son pouvoir de juridiction. Sur cette disposition, v. H. VAN HOUTTE, « Le juge et l'arbitre - Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale », *Reu Dr. Intl. Dr. Comp.*, 1993, (28), 30-31, n° 2. Les

L'attitude des tribunaux anglais a fait tâche d'huile. Même si elle a remis au placard la traditionnelle méfiance à l'égard des clauses d'élection de for, la jurisprudence américaine n'en a pas moins refusé d'abdiquer de façon automatique devant la volonté des parties.<sup>704</sup> Dans les deux cas, le test appliqué par le juge pour déterminer s'il va donner effet à une clause d'élection de for n'est pas très éloigné du raisonnement qui sous-tend l'exception de for plus approprié, sans que ces deux se confondent entièrement.<sup>705</sup>

140. Une marge de respect similaire pour l'autonomie de la volonté - A première vue, un monde sépare l'appréciation *discrétionnaire* par les tribunaux anglais et américains de l'effet dérogatoire des clauses d'élection de for de l'*automatisme* qui caractérise la Convention de Bruxelles et les droits nationaux d'inspiration romano germanique.<sup>706</sup> En réalité, la différence entre les deux approches n'est pas si grande.

Le pouvoir d'appréciation des juges anglais et américains - vestige de l'époque où l'on voyait dans la clause d'élection de for une tentative des parties de soustraire un litige à la compétence du tribunal<sup>707</sup> - est en effet un pouvoir *résiduel* qui ne s'exerce que dans des circonstances exceptionnelles. En principe, la clause d'élection de for sera honorée. C'est ce qu'a rappelé récemment la Cour d'Appel anglaise dans l'affaire *Akai*, dans laquelle elle a noté que "lorsqu'une partie saisit un tribunal en violant manifestement une clause d'élection de for, le juge n'est pas tenu de donner effet à celle-ci, mais possède un pouvoir d'appréciation sur cette question ; son appréciation doit le conduire à honorer la

---

choses ont changé avec l'*Arbitration Act* de 1996, dont la section 9 indique que le tribunal est dans l'obligation de surseoir à statuer en présence d'une clause compromissoire.

<sup>704</sup> *Cors.* surtout le § 80 Restatement 2<sup>nd</sup>, "[...] the parties' agreement as to the place of the action cannot oust a state of judicial jurisdiction, but such an agreement will be given effect unless it is unfair or unreasonable", le commentaire précise que la clause peut être écartée lorsque le for élu par les parties "would be a seriously inconvenient one for the trial of the particular action".

M. Park résume la situation de la manière suivante : "No American jurisdiction - with the exception of New York state in limited cases - will treat court selection clauses as dispositive. No federal statute enforces the choice-of-court clauses in the way that the federal Arbitration Act enforces arbitration agreements. In practice of course, courts do tend to recognize jurisdiction clauses. [...] However respect for the clause remains a matter of judicial discretion. Court selection agreements will constitute only one factor to be weighed among many others in the balance of convenience and fairness. Several Supreme Court decisions are often cited for the proposition that court selection clauses will be enforced. Yet what these cases actually say is that jurisdiction agreements will be respected if 'reasonable' by reference to a multiplicity of factors that vary from court to court", in W. W. PARK, "When and Why Arbitration Matters", in *The Commercial Way to Justice*, Kluwer Law International, 1997, 77. V. du même, "Bridging the Gap in Forum Selection : Harmonizing Arbitration and Court Selection", *Transnat'l Law and Contemporary Problems*, 1998, (19-56), 23.

Ce pouvoir d'appréciation est parfois exclu à l'égard de certaines clauses, *infra* note 704 pour le droit de l'Etat de New York.

Paradoxalement, les juridictions anglo-saxonnes sont plus enclines à accorder effet à une convention d'arbitrage et de façon plus générale aux clauses qui prorogent leur compétence. Cette différence est dénoncée par la doctrine, p. ex. E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M. C.L.Q.*, 1998, (182), 200-201.

<sup>705</sup> L'existence d'une marge de manoeuvre dans le chef des juges anglais à l'égard des clauses d'élection de for n'est pas sans soulever la question d'une application, dans l'utilisation de ce pouvoir discrétionnaire, des principes dégagés pour le *forum non conveniens*. MM. North et Fawcett (CHESHIRE et NORTH, 1999, 352) notent que « the law has not yet reached the stage where the two forms of discretion can be assimilated ». Dans le même sens, E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 189-190.

<sup>706</sup> On remarquera que la séparation entre les deux familles juridiques sur base de l'existence ou non d'un pouvoir discrétionnaire n'est pas unique. On la retrouvera également à l'égard de cette autre manifestation de l'ouverture au fait judiciaire étranger que constitue la coordination des procédures concurrentes par l'abstention, où l'automatisme de la litispendance internationale s'oppose au caractère discrétionnaire du *forum non conveniens*.

<sup>707</sup> L'origine de cette distinction est rappelée par M. Kirsch, dans son rapport pour le Committee on International Civil and Commercial Litigation de l'ILA, "Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens Considerations", inédit, cité par C. MCLACHLAN, "Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation", *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, 6.

volonté des parties, sauf si un motif légitime et impératif de refus est invoqué<sup>708</sup> Les circonstances dans lesquelles un juge anglais refusera de donner suite à une clause sont en réalité extrêmement limitées.<sup>709</sup>

D'autre part, l'absence de pouvoir d'appréciation dans le chef des tribunaux de droit civil ne garantit pas qu'ils donneront nécessairement et aveuglément suite à tous les accords des parties. L'effet dérogoire ne leur sera reconnu que moyennant le respect de conditions touchant à la forme et au fond de l'accord.

Dans les deux systèmes, la marge de respect que l'ordre juridique accorde à la volonté des parties est sensiblement la même, même si elle est exprimée différemment.<sup>710</sup> Là où les tribunaux anglais et américains préfèrent se réserver un large pouvoir d'appréciation, qu'ils n'utiliseront qu'exceptionnellement, les tribunaux de droit civil se contentent de contrôler le respect des conditions de forme et de fond posées pour les clauses d'élection de for. Le pouvoir d'appréciation qui leur fait défaut est en quelque sorte compensé par les nombreuses exigences auxquelles est subordonnée la validité et l'efficacité de ces conventions. Quel que soit le système retenu, force est de constater que le for dérogoire se réserve un pouvoir de contrôle à l'égard de l'autonomie de la volonté; la différence entre les traductions positives de ce pouvoir est plus une question de sensibilité qu'une distinction de principe.<sup>711</sup>

La vraie différence réside sans doute dans le souci de sécurité juridique, qui conduit les pays de droit civil à une approche plus rigide, le système anglais faisant peser une plus grande incertitude sur les clauses d'élection de for.<sup>712</sup>

## (b) Différences substantielles sur l'application des principes : quelques exemples

**141. Introduction** - Malgré les différences de technique juridique, largement explicables par la sensibilité et l'histoire, plus personne ne conteste aujourd'hui la validité

<sup>708</sup> *Akai v People's Insurance*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 90, 104-105 : "Where a plaintiff sues in England in clear breach of a foreign jurisdiction clause, the Court is not bound to grant a stay but has a discretion whether or not to do so; the discretion should be exercised by granting a stay unless a strong cause for not doing so is shown" (nous soulignons - cette affaire a également été soumise aux tribunaux australiens, v. *Akai Pty. Ltd. v People's Insurance Co Ltd.* (1997) 188 CLR 418). Mme. *North* et *Fawcett* confirment cet état des choses pour le droit anglais (CHESHIRE et NORTH, 1999, 352-353 : "The principle that parties should abide by their agreement is of great importance in cases involving an exclusive jurisdiction clause. The starting point is that the English proceedings should be stayed if there is such a clause providing for the exclusive jurisdiction of a foreign court [...]" ) et MME. *Scotes* et *Hay* font de même pour le droit américain (E. SCOTES, P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, 2000, 471 : "Although courts often recite that a showing of fraud or duress renders a forum clause inoperative, in practice clauses are rarely denied enforcement on this ground").

<sup>709</sup> V. également Mlle. *Chalas*, qui note que "le principe fondamental proposé comme ligne directrice est que les parties doivent respecter leur engagement" (167, n° 168). L'auteur montre qu'il en va ainsi aussi bien lorsque le défendeur a été assigné en Angleterre alors que les parties avaient élu un tribunal étranger, que lorsque le demandeur cherche à obtenir la 'leave to serve out of the jurisdiction' en présence d'une même clause (pp. 167-170).

<sup>710</sup> On remarquera que selon les Principes de Leuven-Londres, qui cherchent à réaliser la synthèse entre les traditions civile et de *common law*, le for élu est obligé de donner suite à la clause d'élection de for, et ne possède aucun pouvoir d'appréciation à cet égard sauf dans le cas où l'élection de for n'est pas exclusive (principe n° 3). Ceci représente une évolution dans la direction de la tradition continentale.

<sup>711</sup> Comment pourrait-on expliquer l'importante popularité des tribunaux de Londres auprès des contractants, s'il s'avérait que ces tribunaux passent systématiquement outre les clauses d'élection de for qu'ils s'ingénient à conclure ?

<sup>712</sup> C'est cette incertitude qui est dénoncée par W. PARK, étude précitée, *Transnat'l Law and Contemporary Problems*, 1998, 19-56.

de principe des conventions de juridiction.<sup>713</sup> Comme le note M. Born, « dans la plupart des juridictions, on accordera en principe effet aux clauses d'élection de for, sous réserve de certaines exceptions ».<sup>714</sup>

On ne peut en dire autant des conditions et modalités particulières qui forment le statut des conventions de juridiction. Il subsiste à cet égard de nombreuses différences entre les droits nationaux. Certes une large partie du contentieux échappe au droit commun des Etats pour tomber sous l'emprise de conventions internationales. Et on ne peut nier l'œuvre unificatrice de ces différents instruments, notamment des Conventions de Bruxelles et de Lugano.<sup>715</sup> Ces conventions ont à leur manière contribué à renforcer l'autonomie des parties et à prévenir les conflits en uniformisant les règles relatives aux conventions de juridiction.<sup>716</sup> L'entreprise d'unification est cependant loin d'être achevée. En particulier, les différentes conventions n'excluent pas nécessairement l'application du droit national pour certaines questions – sans qu'elles précisent d'ailleurs toujours quel est le droit qui s'applique, ce qui soulève de difficiles questions (*infra*, n° 157). En outre, la multiplication des conventions n'est pas sans poser de délicats problèmes de coordination.

En somme, l'effort d'harmonisation et la tendance manifeste vers une plus grande convergence n'ont pas éliminé le risque que différentes instances se prononcent de façon

<sup>713</sup> Les réalités socio-économiques ne sont sans doute pas étrangères à la reconnaissance généralisée de l'autonomie de la volonté en matière de compétence internationale. Les tribunaux ont montré qu'ils sont pleinement conscients de la nécessité d'autoriser le recours à ces conventions pour favoriser le développement du commerce international. Dans un attendu devenu célèbre, la Cour Suprême des Etats-Unis a ainsi dans l'affaire *Zapata* (*supra*, n° 125) dénoncé le « provincialisme » de la Cour d'Appel du 5<sup>ème</sup> Circuit, qui avait refusé d'honorer une clause en faveur des tribunaux anglais. Selon la Cour, "[t]he expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our law and in our courts", (407 U.S. 1, 8 (1972)). Au delà de la prévisibilité pour les parties et de la sécurité juridique, essentielles au développement du commerce juridique international, la question intéresse également le monde judiciaire en général, et les avocats en particulier, qui ont tout à perdre d'une 'migration' du contentieux vers des cieux plus cléments pour l'autonomie de la volonté. V. à ce propos les explications de M. WHINCOP, « Three Positive Theories of International Jurisdiction », *Melbourne Int'l L. Rev.*, 2000, (379), 390-392. Commentant la décision *Continental Bank* (*infra*, n° 141), M. Hartley notait par exemple que si la position de la Cour d'Appel – qui insistait sur le respect dû à la volonté des parties, au mépris des règles européennes de coordination des procédures concurrentes – devait s'avérer fautive, « the result would probably be that bankers and other businessmen would insert a New York jurisdiction clause into their contract in place of an English one » (Observations sous *Continental Bank*, *Eur. L. Rev.*, 1994, (549), 552). Ce n'est pas un hasard si le droit de l'Etat de New York, dont la renommée comme centre d'affaires n'est plus à faire, exclut tout pouvoir d'appréciation du juge à l'égard des clauses d'élection de for lorsque la valeur du litige dépasse un million de dollars, dès lors qu'elles sont accompagnées d'une clause de choix de droit pour le droit de New York (N.Y. Gen. Obl. Law, § 5-1402(1) (1989) at N.Y.C.P.L.R. 327 (b)).

<sup>714</sup> G. B. BORN, *ac*, *La Haye, Kluwer, Law International*, 1999, 91 : "in most developed jurisdictions, there is a presumptive willingness to enforce forum selection clauses, subject to various exceptions".

<sup>715</sup> Le siège de la matière est l'article 17 des Conventions, devenu l'article 23 du Règlement 44/2001. En général sur le régime européen des clauses d'élection de for, v. H. BORN, "Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles", *J.T.*, 1995, 353-363; CH. KOHLER, "Internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen. Liberalismus und Rigorismus im EuGVÜ", *IPRax*, 1983, 265-272 ; B. ANCEL, "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles", *R.D.I.P.P.*, 1991, 263-294 ; L. KILLIAS, *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*, Zürich, Schulthess, 1993, 283 p.; E. R. SACHPEKIDOU, "Substantive Requirements and Effects of Jurisdiction Agreements", in *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, 69-83; I. SAENGER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ und LugÜ", *Z.Z.P.*, 1997, 477-498. Il faut également mentionner l'article 4 du projet de Convention de La Haye, v. Rapport de MM. Nygh et Pocar, 41-46.

<sup>716</sup> On mentionnera également la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for le 25 novembre 1965. Cette convention n'est cependant jamais entrée en vigueur faute de ratification. V. P. LAGARDE, "La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for", *Travaux comité français D.I.P.*, 1964-66, 151 e.s. ; K. H. NADELMANN, "The Hague Conference on Private International Law and the Validity of Forum Selecting Clauses", *Am J. Comp. L.*, 1964, 157-160 ; C. W. DUBBINK, "Het Haagse Verdrag betreffende de overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter", *W.P.N.R.*, 1965, n° 4854 et 4855.

contradictoire sur une même convention de juridiction.<sup>717</sup> Comme le relève l'Association de Droit International, si le principe d'autonomie de la volonté a été reconnu dans la plupart des pays, "il a pris forme concrète de multiples manières".<sup>718</sup>

Dans la suite de ce chapitre, nous nous proposons de donner quelques exemples des questions qui peuvent séparer deux tribunaux à propos d'une même convention de juridiction.<sup>719</sup>

## 1. Convention de juridiction et comparution volontaire

**142. Portée de la comparution volontaire** - L'existence d'une clause d'élection de for n'empêche pas en tant que telle une partie de s'adresser à un autre tribunal que celui désigné dans la clause. On a vu que le tribunal ainsi saisi procédera en règle générale à un examen de la clause avant de statuer sur sa compétence (*supra*, n° 131). Encore faut-il qu'il ait connaissance de l'existence de cette convention. Pour s'en assurer, et le convaincre de la validité de l'accord, la partie adverse aura tout intérêt à comparaître devant le juge saisi en violation de la clause. En principe, la comparution volontaire du défendeur aura pour unique but de soulever un déclinatoire de compétence déduit de l'accord des parties.

Ce scénario, classique, n'est toutefois pas sans risque pour la partie qui entend se prévaloir de la clause d'élection de for. Il faudra en effet veiller à ce que la comparution ne soit pas interprétée comme une *soumission* tacite à la compétence du tribunal.

Le danger est connu ; l'ambiguïté entourant la comparution du défendeur est d'autant plus grande lorsque celui-ci présente, en sus du déclinatoire, ses moyens de défense au fond. Il faudra alors veiller à souligner le caractère *subsidaire* de cette défense, sous peine de perdre le bénéfice du déclinatoire de compétence. Or, dans de nombreux pays, le défendeur se voit contraint de présenter ses moyens de défense au fond avec le déclinatoire de compétence, sous peine de forclusion. C'est apparemment le cas en Grèce, ce qui a conduit les tribunaux anglais et grecs à adopter dans l'affaire *Continental Bank*<sup>720</sup> des conclusions divergentes à propos d'une même clause d'élection de for.

<sup>717</sup> Risque que n'exclut pas l'existence d'une clause compromissoire, M. *van Houtte* constate ainsi que les pouvoirs concurrents des juges et des arbitres d'examiner la validité de la convention d'arbitrage peuvent conduire à la naissance de procédures parallèles, H. VAN HOUTTE, *l.c.*, *Reu. Dr. Int'l. Dr. Comp.*, 1993, (28), 31-32 et du même, "Parallel proceedings before State Courts and Arbitration Tribunals. Is there a transnational lis pendens-exception in arbitration or jurisdiction conventions ?" *ASA Special series N° 15*, Janvier 2001, ASA-IBA, Zürich, 35-54.

<sup>718</sup> C. MCLACHLAN, *l.c.*, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, 5 : "it has been given effect in a number of different ways"

<sup>719</sup> M. Bell propose une lecture similaire des conventions de juridiction dans un article dans lequel il examine 6 'angles d'attaque' qui peuvent être invoqués par une partie qui tente de se soustraire à une convention de juridiction. Son analyse est cependant quasi-entièrement centrée sur la *common law* (A. S. BELL, *l.c.*, *J. Contract L.*, 1996, 53-52 et 97-119, spéc. 97-119).

<sup>720</sup> *Continental Bank NA v Aegean Cia Naviera SA* [1994] 2 All ER 540, [1994] WLR 588, [1994] 1 Lloyd's Rep. 505 (C.A.). V. les commentaires de A. BRIGGS, "Anti-European Teeth for Choice of Court Clauses", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1994, 158-163; T.C. HARTLEY, "Brussels Jurisdiction and Judgments Convention : Jurisdiction Agreement and Lis Alibi Pendens", *Eur. L. Rev.*, 1994, 549-552; P. ROGERSON, "English Interference in Greek Affairs", *Cambridge L.J.*, 1994, 241-244; J. COLLIER, *The All England Law Reports Annual Review*, 1994, 79 e.s.; A. BELL, "Anti-Suit Injunctions and the Brussels Convention", *L.Q.R.*, 1994, 204-209.



143. **Illustration, l'affaire *Continental Bank*** - Dans cette affaire, les parties avaient convenu de soumettre leurs différends éventuels aux tribunaux anglais. Lorsqu'un litige survint quant au remboursement des prêts consentis par la banque anglaise, l'emprunteur saisit les tribunaux grecs d'une demande alléguant la responsabilité extracontractuelle de l'autre partie.<sup>721</sup> En l'espèce la banque comparut devant le tribunal d'Athènes pour soulever un déclinatoire de compétence. Selon le Code de Procédure Civile grec, elle était obligée, à peine de forclusion, de présenter également sa défense au fond. Cette obligation a provoqué une certaine confusion dans le chef du tribunal anglais, que la banque avait entre temps saisi. Se fondant sur les opinions autorisées de plusieurs experts grecs, la Cour d'Appel a en effet déduit que la comparution du défendeur devant le tribunal grec valait prorogation tacite de compétence parce que le défendeur s'était dans un premier temps mis d'accord avec son adversaire pour solliciter un report d'audience.<sup>722</sup>

Bien que le tribunal grec ne se fût pas encore prononcé sur sa compétence, les juges de la Cour d'Appel présumèrent qu'il écarterait la clause attributive de juridiction. Or dans l'esprit des juges anglais, il ne faisait pas de doute que cette clause était valable et que la saisine du tribunal grec constituait une manœuvre destinée à retarder, sinon à paralyser la procédure anglaise au fond. Sans attendre que le conflit naisse réellement, avec la décision du tribunal concurrent sur sa compétence, la Cour d'Appel a tenté d'y mettre fin de façon anticipative en interdisant au défendeur de poursuivre la procédure grecque !<sup>723</sup>

144. **Application du droit national et risque de divergences** - Quels que soient les mérites de cette appréciation 'anticipée' du conflit par la Cour d'Appel anglaise (*infra*, n° 185), cette décision illustre les divergences pouvant résulter de la confrontation entre une clause attributive de juridiction et la comparution volontaire du défendeur. Le traitement procédural de cette dernière relève du droit national, même sous l'empire de la Convention de Bruxelles. La Cour de Justice s'est en effet contenté de préciser que la présentation d'une défense sur le fond n'avait pas pour effet de neutraliser l'exception d'incompétence, pour autant que la défense au fond soit présentée *à titre subsidiaire*.<sup>724</sup> Les autres aspects de l'exception d'incompétence, et notamment la question du moment auquel doit être soulevée l'exception, relèvent en principe du droit national.<sup>725</sup>

<sup>721</sup> Demande fondée sur l'article 919 du Code civil grec, l'emprunteur alléguant la violation de l'obligation de bonne foi du prêteur.

<sup>722</sup> *Continental Bank NA v Aegean Sea Navigation SA.*, [1994] 1 W.L.R. 588, 598. On peut se demander si une décision en ce sens du tribunal grec aurait été conforme à l'interprétation qu'a donné la Cour de Justice de l'article 18. On sait en effet que dans l'affaire *Elefanten Schuh* (C.J.C.E., 24 juin 1981, aff. 150/81, *Rec.*, 1981, 1671) la Cour a décidé que « l'article 18 [...] doit être interprété en ce sens que la règle de compétence que cette disposition établit n'est pas applicable lorsque le défendeur conteste non seulement la compétence mais conclut en outre sur le fond du litige », point 17). Dans le même sens, C.J.C.E., 22 octobre 1981, *Rohr c. Osberger*, affaire 27/81, *Rec.*, 1981, 2431.

<sup>723</sup> Sur cette interdiction, v. les développements *infra*.

<sup>724</sup> Arrêts *Elefanten Schuh* et *Rohr* précités.

<sup>725</sup> Dans l'arrêt *Elefanten Schuh*, la Cour devait se pencher sur la question de savoir si l'exception d'incompétence devait être soulevée 'in limine litis' pour déjouer l'effet d'une comparution volontaire. Elle a fait observer que la notion de *limen litis* est « d'une application difficile, étant donné les différences sensibles existant entre les législations des Etats contractants en ce qui concerne la saisine des juridictions, la comparution des défendeurs et la façon dont les parties au litige doivent formuler leurs conclusions » (point 16). La seule limite posée par la Cour est que l'exception d'incompétence « ne peut en tout état de cause, se situer après le moment de la prise de position considérée, par le droit procédural national, comme la première défense adressée au juge saisi » (point 16). A l'intérieur de cette limite, la *lex fori* recouvre son emprise pour régler les questions de procédure. L'article 18 laisse ouverte une autre question, celle de savoir s'il peut s'appliquer lorsqu'aucune des parties n'est domiciliée dans un Etat contractant, v. sur cette question H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 104, n° 144.



On ne peut dès lors exclure que des divergences voient le jour entre tribunaux, en ce compris au sein de l'espace judiciaire européen, à propos de l'effet de la comparution volontaire d'une partie sur la possibilité d'invoquer une clause d'élection de for.<sup>726</sup> Voilà un premier exemple des difficultés qui peuvent conduire à l'apparition de procédures concurrentes malgré l'existence d'une telle clause.<sup>727</sup> Cet exemple montre que les difficultés ne sont pas confinées au droit commun, mais peuvent également toucher le droit conventionnel.

## 2. Validité formelle des clauses d'élection de for

145. **Généralités** - Ces mêmes difficultés peuvent également surgir à l'occasion d'un conflit portant sur les *conditions de validité formelle* d'une clause d'élection de for. La matière est vaste. On sait que la plupart des droits nationaux subordonnent l'exercice par les parties de leur autonomie de volonté au respect de certaines conditions de forme. On ne saurait le leur reprocher, s'agissant de s'assurer par ce biais que les parties ont réellement souscrit à l'engagement qu'on leur oppose.

Traditionnellement l'exigence d'un *écrit* joue un rôle central dans l'appréciation de la validité formelle de la clause attributive de juridiction. Cette exigence est par exemple au centre des conditions posées à la validité de telles clauses au sein de l'espace judiciaire européen.<sup>728</sup> Comme le remarquent MM. *Redfern* et *Hunter* à propos de la clause compromissaire, la tendance générale en la matière est de privilégier la substance sur la forme.<sup>729</sup>

On observe ainsi que la Convention de Bruxelles, qui posait à l'origine des exigences formelles assez strictes, n'a eu cesse d'être assouplie au fil des révisions successives, avec l'appui d'ailleurs de la jurisprudence de la Cour de Justice.<sup>730</sup> Dans le régime actuel, il n'est plus nécessaire que la clause fasse l'objet d'un accord spécifique de la part des deux

<sup>726</sup> La difficulté n'a pas échappé à l'attention des rédacteurs de la future Convention de La Haye, v. les observations de P. Nygh et F. Pocar, rapport précité, 47-48, d'où il ressort que les droits nationaux peuvent conférer une portée différente au même comportement du défendeur. La portée conférée à la comparution peut d'autant plus varier lorsqu'il a accepté la signification de la citation ou a demandé à ce que d'autres documents lui soient signifiés.

<sup>727</sup> Un arrêt récent du tribunal fédéral suisse illustre l'importance de la question du moment auquel le défendeur se prévaut de la clause attributive de juridiction pour appuyer une exception d'incompétence : TF, 14 mai 2001, ATF, 127 III 279 ; *Bull. ASA*, 2001, 544 et les notes de M. LIATOWITSCH, « Die Anwendung der Litispendenzregeln von art. 9 IPRG durch Schweizerische Schiedsgerichte : ein Paradox ? Überlegungen zu einer Bundesgerichtsentscheid von 14. mai 2001 im lichte von BGE 124 III 82 », *Bull. ASA*, 2001, 422-438 et de J.-M. VULLIEMIN, « Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger », *Bull. ASA*, 2001, 439-450. En l'espèce, une partie avait tardé à sa prévaloir d'une exception d'arbitrage dans une procédure panaméenne, avec comme résultat que cette procédure se vut doublée d'une procédure en Suisse.

<sup>728</sup> Art. 17, devenu l'article 23(2) du Règlement 44/2001, *J.O.C.E.*, 16 janvier 2001, L-12/1.

<sup>729</sup> Selon ces auteurs, « [a]s long as there is some written evidence of an agreement to arbitrate, the form in which that agreement is recorded is immaterial », A. REDFERN et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 142-143. Cette tendance 'lourde' est si manifeste qu'on a pu se demander si l'exigence d'un écrit telle que formulée dans la Convention de New York (article II(2) de la Convention de New York) n'était pas inadaptée aux besoins de la pratique. En général, N. KAPLAN, "Is the need for writing as expressed in the New York Convention and Model Law out of step with commercial practice?", *Arb. Int'l.*, 1996, 27-45 et M. M. COHEN, "Agreements in Writing : Notes in the Margin of the Sixth Goff Lecture", *Arb. Int'l.*, 1997, 273-274.

<sup>730</sup> *Comp.* par exemple la décision de la Cour dans l'affaire *Estasi* (C.J.C.E., *Estasi Salotti*, 14 déc. 1976, *Rec.*, 1976, 1831 ; *J.D.I.*, 1977, 34, note BISSCHOFF ; *R.C.D.I.P.*, 1977, 585, note E. MEZGER) avec celle dans l'affaire *Powell Duffryn* (C.J.C.E., 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, *Rec.*, I-145 ; *R.C.D.I.P.*, 1992, 528, obs. H. GAUDEMET-TALLON et *J.D.I.*, 1993, 44, obs. BISSCHOFF).

parties, ou soit signé de leurs mains. Il suffit qu'il résulte des circonstances de la cause que les parties se sont effectivement accordées ou peuvent être considérées comme s'étant accordées.<sup>731</sup> Le rôle accordé aux usages du commerce international a contribué de façon significative à la libéralisation du régime européen.<sup>732</sup>

Le droit commun français semble également évoluer vers une certaine flexibilité en matière de forme des clauses attributives de juridiction. L'article 48 NCPC exige pour l'ordre interne que la clause attributive ait « été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Sensible aux exigences du commerce international, la jurisprudence s'est toutefois éloignée du formalisme en vigueur pour les espèces internes. Les exigences de l'article 48 ont ainsi été assouplies, de telle sorte que l'on admet par exemple aujourd'hui qu'une clause puisse valablement figurer dans un document extérieur au contrat principal, pour autant qu'il y soit fait référence directement ou indirectement dans ce dernier document.<sup>733</sup>

**146. La clause d'élection de for par référence, source de conflits - Des différences subsistent cependant quant aux modalités concrètes qui doivent traduire l'exigence d'un accord des parties. Le contentieux de la validité formelle des clauses attributives de juridiction révèle en effet que les pierres d'achoppement demeurent nombreuses. Parmi les multiples exemples on évoquera celui de la validité d'une clause d'élection de for par référence. Bien qu'elle portait sur une clause compromissoire, l'affaire *Tracorin* illustre parfaitement les difficultés sur lesquelles peuvent buter les parties à une clause d'élection de for.<sup>734</sup>**

En l'espèce, le contrat conclu entre un vendeur soudanais et un acheteur suisse faisait référence à une clause particulière des conditions générales établies par une association professionnelle. Cette clause imposait aux parties d'avoir recours en cas de litige à un tribunal arbitral siégeant à Londres. Les marchandises vendues s'avérant de mauvaise qualité, l'acheteur saisit les tribunaux suisses. Le vendeur s'opposa naturellement à cette saisine en invoquant la clause compromissoire. Les tribunaux suisses refusèrent toutefois de décliner leur compétence, la clause compromissoire ne trouvant pas grâce aux yeux du concordat inter cantonal sur l'arbitrage en vigueur à l'époque, qui exigeait apparemment qu'une convention d'arbitrage soit reproduite *in extenso* dans le contrat.<sup>735</sup> Les tribunaux anglais de leur côté ne doutèrent pas un instant de la validité de la clause d'arbitrage et

<sup>731</sup> Le projet de Convention de La Haye adopte une attitude tout aussi libérale, cfr. Le Rapport de MM. Nygh et Pocar, 45-46.

<sup>732</sup> V. les arrêts C.J.C.E., 20 janvier 1997, *MSG*, *Rec.*, 1997, I, 911 ; *R.C.D.I.P.*, 1997, 463 et du 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali*, précité, *Rec.*, 1999, I-1036. En général, S. KRÖLL, "Gerichtsstandsvereinbarungen aufgrund Handelsbrauch im Rahmen des GVÜ", *Z.Z.P.*, 2000, 135-159.

<sup>733</sup> P. ex. Cass., fr. 30 janvier 1990, *Bull. Civ.*, IV, n° 26 ; Cass. Civ., 30 juin 1992, *.C.P.*, 1992, IV, 2510 ; *D.*, 1994, 169, note PH. HUEZ. Sur cette jurisprudence, v. C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, Paris, L.G.D.J., 1995, 54-55 ainsi que A. HUET, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 581-41, 12-17, 1995. M. Mayer suggère même que « les solutions de la Convention de Bruxelles [...] pourraient ainsi être considérées comme faisant partie du droit commun français » (1998, 198, n° 303).

<sup>734</sup> Sur cette affaire, v. C. REYMOND, "La clause arbitrale par référence", *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, C. REYMOND et E. BUCHER (éds.), Schulthess, Zürich, 1984, 85 es. ; J.-F. POUDRET, "La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage", *Mélanges Guy Flattet. Recueil de travaux offert à Guy Flattet*, Lausanne, Payot, 1985, 523-538 et plus récemment A. SAMUEL, "Arbitration Clauses incorporated by general references and formal validity under Article II(2) of the New York Convention", *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, J. HALDY et al. (éds.), Lausanne, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, 505-518. En général sur la clause arbitrale par référence, B. OPPETIT, "La clause arbitrale par référence", *Reu arb.*, 1990, 551-569 ; X. BOUCOBZA, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", *Reu arb.*, 1998, 495-516.

<sup>735</sup> Décision inédite prise sur base de l'article 6(1) du Concordat intercantonal sur l'arbitrage en vigueur à l'époque.

allèrent même jusqu'à ordonner à l'acheteur de mettre fin à la procédure suisse.<sup>736</sup> Voilà donc les parties contraintes non seulement de débattre devant une instance autre que celle qu'ils avaient élue, de la validité de leur stipulation, mais en outre de conduire parallèlement deux procédures portant sur le même litige. On mesure l'ampleur du gaspillage lorsque l'on sait que la clause compromissoire visait précisément à éviter, entre autre, tout incident sur la compétence !

Finalement le conflit fut résolu lorsque le vendeur, voulant obtenir en Suisse l'exécution de la sentence arbitrale, parvint à démontrer que les parties s'étaient mises d'accord après la naissance du litige pour confier la résolution de celui-ci à un tribunal arbitral.<sup>737</sup> Toujours est-il que cette affaire illustre parfaitement la possibilité que deux tribunaux se prononcent différemment sur la question de l'incorporation par référence d'une même clause attributive de juridiction et ouvre ainsi la porte au scénario 'catastrophe' des procédures concurrentes.<sup>738</sup>

L'affaire *Tracomim* est également intéressante parce qu'elle illustre les difficultés relatives à la question du droit applicable à la validité de la clause compromissoire. En l'espèce, les tribunaux suisses et anglais ont chacun appliqué leur propre droit pour décider si la clause par référence faisait partie du contrat conclu par les parties. On reviendra ultérieurement sur cette question pour le moins vexante (*infra*, n° 162).

### 3. Domaine de l'autonomie de la volonté

**147. Limites à la liberté des parties** - L'étendue de l'autonomie de volonté des parties constitue également un terrain propice à l'apparition d'interprétations divergentes d'une même clause entre for dérogé et for prorogé et dès lors de procédures concurrentes. Tous les ordres juridiques limitent d'une manière ou d'une autre la liberté dont disposent les parties pour déterminer la façon dont leurs litiges doivent être réglés. Ces limites se traduisent par l'interdiction généralement faite aux parties de désigner le juge compétent dans les litiges relatifs à l'état des personnes.<sup>739</sup> Les règles de compétence impératives empêchent également les parties de désigner librement le tribunal

<sup>736</sup> *Tracomim SA v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. et al. (No 2)*, [1983] 3 All ER 140, [1983] 1 WLR 1026, [1983] 2 Lloyd's Rep. 624 (CA).

En première instance, le juge avait refusé d'accorder une interdiction de procéder ([1983] 2 All ER 129). On peut noter que le juge avait reconnu que sa décision laissait intact le conflit de procédures, mais que l'existence d'une pluralité de procédures ne justifiait pas à elle seul le recours à l'injonction : "True it is that this [le refus d'accorder l'injonction] may result in duplicity of proceedings, but that is not a sufficient reason in my judgment for the court to attempt to restrain the plaintiffs from proceeding in their own courts" ([1983] 2 All ER (129), 137). Sur cette question, *infra*, n° 220.

<sup>737</sup> TF, 5 novembre 1985, ATF 111 II 253 ; Y.C.A., 1987, vol. 12, 511 (on ne peut s'empêcher de voir dans la décision du tribunal fédéral décelant un accord sur l'arbitrage dans l'échange de telex entre parties après la naissance du litige, une manœuvre astucieuse visant à mettre fin au conflit opposant les tribunaux suisses et anglais).

<sup>738</sup> V. également l'affaire *Mark Edmund Denby et al. v The Hellenic Mediterranean Lines Co. Ltd.* [1994] 1 Lloyd's Rep. 320 (QB) (contrat d'assurance faisant référence à certaines conditions générales établies par la Lloyd's of London, contenant une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais. Les assurés saisissent les tribunaux grecs. Bien que ces tribunaux ne se soient pas encore prononcés en l'espèce, il semble que selon le droit grec, l'incorporation par référence n'était valable qu'à la condition qu'elle soit claire et expresse et que le document auquel il était fait référence soit attaché au contrat, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (p. 323). Le tribunal anglais note cependant que cette condition n'a pas lieu d'être puisque la Convention de Bruxelles, applicable en l'espèce, "is a self-contained code").

<sup>739</sup> *Supra*, n° 121.

compétent.<sup>740</sup> D'autres restrictions visent à protéger les parties dites 'faibles', par exemple en matière de contrat de consommation, de travail ou d'assurance.<sup>741</sup>

**148. Convergences des pratiques nationales** - L'étendue du domaine 'réservé' aux tribunaux nationaux et soustrait à l'autonomie de la volonté dépendra de la confiance qu'un ordre juridique accorde à la justice étrangère.<sup>742</sup> Elle est également fonction des considérations de politique législative qu'un ordre juridique entend faire respecter pour les litiges qui entrent dans sa sphère d'influence. La sanction de l'indisponibilité d'un litige sera assurée *directement* par le refus des tribunaux de donner suite à la clause attributive de juridiction dérogeant à leur compétence et *indirectement* par le refus éventuel de collaborer à l'exécution d'une décision étrangère.

Chaque ordre juridique détermine librement le domaine qu'il entend réserver à ses juridictions et que les parties ne peuvent soustraire à leur emprise. On comprendra que les limites qui sont imposées aux parties peuvent varier d'un pays à l'autre. Comme le notent MM. Redfern et Hunter à propos de l'arbitrage, "chaque Etat détermine selon ses propres impératifs politiques, sociaux et économiques quels litiges peuvent ou ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage".<sup>743</sup> Il ne faut certes pas surestimer les risques de contradiction en la matière.<sup>744</sup> D'importantes convergences se font en effet jour entre les pratiques nationales pour tracer les frontières de l'autonomie de la volonté, qui semblent reculer avec le temps.

**149. Différences d'appréciation entre les approches nationales** - Des différences subsistent cependant, qui peuvent conduire à des appréciations contradictoires d'une seule et même clause. On connaît les difficultés qu'ont rencontrés les plaideurs désireux d'opposer à un citoyen allemand une clause d'élection de for (ou une clause compromissoire) contenue dans un contrat portant sur l'achat de certains produits financiers comme les options (le '*Börseterminingschäft*' dans la terminologie allemande).<sup>745</sup>

<sup>740</sup> P. ex. art. 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Pour le droit suisse, A. BUCHER, 1998, 57, n° 147-148; en droit allemand, R. GEIMER, 1997, 427, n° 1642 et 457, n° 1769. En droit commun belge, RIGAUX et FALLON, II, 1993, 549-551, n° 1321-1323.

<sup>741</sup> Jusqu'à récemment une différence subsistait même entre les Conventions de Bruxelles et de Lugano quant à la possibilité de conclure une clause d'élection de for en matière de contrat de travail, v. H. VAN HOUTTE, "Forumbedingen in arbeidsovereenkomsten. Een onsamenhangende regeling", in *Liber amicorum Roger Blanpain. II. Arbeidsrecht*, Bruges, Die Keure, 1998, 455-469. Le droit américain contient peu de dispositions expresses visant à protéger une catégorie particulière de contractants contre d'éventuelles clauses les soustrayant à leur juge 'naturel'. Ce droit prévoit cependant une clause d'exception générale qui peut être invoquée dans des circonstances similaires à celles prévues par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, v. *Carnival Cruise Lines Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991) (la Cour autorise les juges du fond à passer outre une clause d'élection de for qui ne témoigne pas d'une 'fundamental fairness'. En l'espèce cependant, le consommateur, un voyageur amateur de croisières, fut présumé avoir accepté la clause).

Pour le droit suisse, v. l'article 114(2) de la LFDIP sur les contrats de consommation et l'article 7 du projet de Convention de La Haye.

<sup>742</sup> En matière d'arbitrage les limites à l'autonomie des parties sont généralement exprimées par le biais de l'exigence d'*arbitrabilité* du litige, sur cette exigence en général, v. par exemple en droit belge, B. DEMEULENAERE, "Arbitrabiliteit in het Belgische arbitragerecht anno 1998", *T.P.R.*, 1998, 645 e.s.

<sup>743</sup> A. REDFERN et M. HUNTER, *ac*, 1999, 148, n° 3-21 : [e]ach State decides which matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social and economic policy". V. aussi A. SAMUEL, *Jurisdictional Problems in international commercial arbitration*, Zürich, Schulthess, 1989, 127 ("[...] arbitrability is essentially a national problem reflecting the individual concerns of different state").

<sup>744</sup> A. REDFERN et M. HUNTER indiquent par exemple que, "[...] in broad terms, most commercial disputes are arbitrable under the laws of most countries" : *ac*, 1999, 154, n° 3-30.

<sup>745</sup> Le même problème se posait jusqu'à l'adoption de la nouvelle législation sur l'arbitrage à l'égard des litiges relatifs aux pratiques anti-concurrentielles. Le § 91 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ne reconnaissait les clauses d'arbitrage que si elles donnaient à chaque partie le droit de s'adresser également aux tribunaux judiciaires, ce qui

Dans une décision de 1984, la Cour fédérale allemande a ainsi refusé d'honorer une clause d'élection de for parce que l'analyse faisait apparaître que le juge étranger choisi par les parties n'était pas tenu de faire application de la loi allemande protégeant les particuliers contre le risque de spéculation.<sup>746</sup>

Cette restriction à l'autonomie des parties aurait pu sonner le glas d'une clause d'élection de for qu'un courtier en bourse luxembourgeois opposait à un architecte allemand qui l'avait assigné devant le tribunal de première instance de *Darmstadt* pour entendre constater que les contrats liant les deux parties étaient nuls.<sup>747</sup> Le courtier avait déjà saisi les tribunaux luxembourgeois pour réclamer le remboursement des sommes que l'architecte avait perdu lors de spéculations suite au crash boursier de 1987. Le tribunal luxembourgeois s'était déclaré compétent en s'appuyant sur la clause d'élection de for prévue dans le contrat de mandat. Tout indiquait que l'on se dirigeait vers des appréciations contradictoires de cette clause, puisque de son côté, l'architecte invoquait devant le tribunal allemand la nullité de la clause d'élection de for sur base du § 52 de la *Börsengesetz*, qui interdit les clauses de ce genre dans les contrats conclus avec les 'non professionnels'. La collision fut évitée de justesse ; le tribunal allemand refusa en effet de plier devant l'interdit de la législation allemande, en notant que la Convention de Bruxelles, applicable en l'espèce, ne permettait pas au demandeur d'invoquer une disposition nationale invalidant la clause.<sup>748</sup> Sans le jeu de la Convention de Bruxelles, le tribunal allemand se serait sans doute déclaré compétent, ouvrant la voie à un véritable conflit de procédures.<sup>749</sup>

---

avait pour effet de rendre purement facultatif le recours à l'arbitrage, v. M. KÜHN, "Arbitrability of antitrust disputes in the FRG", *Arbitration Int'l*, 1987, 226 e.s. Cette limitation a été abolie par le § 19 de la Loi du 22 décembre 1997, v. P. SCHLOSSER, "La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage", *Reu arb.*, 1998, (291), 294. Le même problème se posait à l'égard des clauses d'élection de for avec l'article 98(2) de cette même loi, v. p. ex. OLG Stuttgart, 9 nov. 1990, *R.I.W.*, 1991, 333 ; [1992] *ILPr* 188 ; *IPRax*, 1992, 86 et la note de H. ROTH, "Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 17 EuGVÜ und Kartellrechtliche Derogationsverbot" (la Cour accepte de donner suite à la clause en raison de l'application de la Convention de Bruxelles).

<sup>746</sup> BGH, 12 mars 1984, *N.J.W.*, 1984, 2037 ; *R.I.W.*, 1985, 78 ; *IPRax*, 1985, 216, note ROTH pp. 198-200. Sur cette jurisprudence, R. GEIMER, 1997457-458, n° 1770 (très critique à l'égard de la position du BGH).

Le BGH a également refusé de reconnaître une convention d'arbitrage parce que celle-ci, combinée à une clause d'élection de droit, avait pour effet de priver l'investisseur allemand malheureux de la protection offerte par la *Börsengesetz*, en particulier les §§ 53, 60 et 61 : BGH, 15 juin 1987, *IPRax*, 1989, 163, et les commentaires de J. SAMILEBEN, "Warentermingeschäfte im Ausland - eine Glückspiel?", *IPRax*, 1989, 148-155 et en général, R. BORK et E. STÖVE, *Schiedsgerichtsbarkeit bei Börsentermingeschäfte*, Köln, Heymann, 1992, 168 p.

<sup>747</sup> LG Darmstadt, 2 décembre 1993, *IPRax*, 1995, 318.

<sup>748</sup> Entre temps le problème semble résolu suite à une modification par de la loi, v. K. THORN, "Grenzüberschreitende Gerichtsstandsvereinbarungen in Kreditverträgen zur Finanzierung von Börsenspekulationen", note sous LG Darmstadt, 2 décembre 1993, *IPRax*, 1995, (294-299), 298-299.

<sup>749</sup> En l'espèce il se serait agi d'un conflit entre une procédure et une décision, puisque le tribunal luxembourgeois s'était déjà prononcé. Dans le même registre, voir également les récentes décisions des tribunaux américains dans l'affaire de la *Lloyd's of London*. Plusieurs Cours d'Appel ont reconnu et donné effet à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Londres, alors que les demandeurs, des investisseurs américains qui avaient perdu de grosses sommes d'argent en investissant pour obtenir la qualité de 'Names' auprès de la *Lloyd's*, invoquaient la nullité de la clause parce qu'elle les privait de la protection de la législation RICO et surtout du droit boursier américain. Selon la Cour d'appel, l'interdiction des clauses d'élection de for prévues par ces dispositions ne s'appliquait pas en l'espèce, *Richards et al. v Lloyd's of London*, 135 F.3d 1289 (9th Cir. 1998). A la suite du dessaisissement des tribunaux américains, les tribunaux anglais donnèrent raison sur le fond à la *Lloyd's*. Cette dernière obtint ensuite l'exécution de cette décision aux Etats-Unis, v. p. ex. *The Society of Lloyd's v Ashender*, 233 F.3d 473 (7th Cir. 2000° et sur la saga des investisseurs déçus de la *Lloyd's*, H. BUXBAUM, « The Role of Public Policy in International Contracts : Reflecons on the U.S. Litigation Concerning Lloyd's of London », *IPRax*, 2002, 232-236.

## 4. Effet d'une convention de juridiction à l'égard des tiers

150. **Clause d'élection de for et connaissance maritime** - L'effet d'une convention de juridiction à l'égard d'un tiers constitue un dernier exemple des difficultés qui peuvent voir for élu et for dérogé se contredire. La matière est vaste, et a déjà fait couler beaucoup d'encre. Comme on l'a fait observer, la question de l'effet à l'égard des tiers peut se poser dans de nombreuses hypothèses.<sup>750</sup> On pense aux difficultés soulevées par la possibilité d'invoquer une clause attributive de juridiction ou une clause compromissaire dans le cadre de groupe de sociétés, aux chaînes de contrats ou encore à la subrogation.<sup>751</sup>

L'hypothèse qui va retenir ici notre attention est celle de l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction prévue dans un connaissance au tiers porteur de celui-ci. On sait que dans de nombreux pays, une forte suspicion entoure les clauses d'élection de for contenues dans les connaissances maritimes. Cette suspicion s'explique notamment par le souci d'éviter qu'un acquéreur soit contraint de procéder dans un for choisi unilatéralement par le transporteur maritime et qui serait plus favorable à ce dernier, par exemple parce qu'il montre une plus grande tolérance à l'égard des clauses d'exonération de responsabilité.<sup>752</sup>

<sup>750</sup> N. COIPEL CORDONNIER, note sous Cass. fr. 1<sup>ère</sup> Chambre, 8 février 2000, *R.C.D.I.P.*, 2000, (763), 764.

<sup>751</sup> V. p. ex. *Schiffahrtsgesellschaft Delev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 279 (CA) : suite à une avarie en haute mer, la cargaison transportée à bord d'un navire avait été endommagée. Après avoir dédommagé les propriétaires thaïlandais de la cargaison, l'assureur viennois saisit les tribunaux du Brésil, d'où était parti le navire, d'une demande visant à récupérer de l'affrètement à temps du navire les sommes versées. Celui-ci s'opposa à la demande en invoquant la clause compromissaire contenue dans le contrat le liant à l'affrètement au voyage, dans les droits duquel l'assureur était subrogé. Le tribunal brésilien se déclara compétent en décidant que la subrogation avait eu lieu non pas avec l'affrètement au voyage mais bien avec les propriétaires. Le tribunal anglais, qui avait entretemps été saisi par l'affrètement à temps, adopta la position inverse et conclut que l'assureur était lié par la clause compromissaire, ce qui justifiait l'injonction lui interdisant de poursuivre la procédure commencée au Brésil. V. également Cass. fr., 9 oct. 1984, *J.C.P.*, 1984, IV, 344 (la clause du connaissance prévoyant la compétence des tribunaux allemands est opposable aux assureurs français subrogés aux droits du destinataire).

<sup>752</sup> V. pour des manifestations de la réticence à l'égard des clauses prévues dans les connaissances, p. ex. en Angleterre, *The Hollandia*, [1983] 1 A.C. 565 (H.L.) (la Cour refuse, avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, de donner suite à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux des Pays-Bas parce que le transporteur pourrait profiter d'un régime plus avantageux pour sa responsabilité que celui prévu par le *Carriage of Goods by Sea Act* de 1977); *Pirelli Cables Ltd. and others v United Thai Shipping Corp., Ltd and others* [2000] 1 Lloyd's Rep. 663, 669 (le tribunal anglais n'accepte de donner suite à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux thaïlandais, qu'à la condition que le défendeur, transporteur maritime, accepte de ne pas se prévaloir des limitations de responsabilité que prévoit le droit thaïlandais, parce que celles-ci sont plus basses que celles du droit anglais : "the jurisdiction clause formed an effective part of the contract [...]; however by choosing Thailand as the forum for claims, the first defendant in fact limited its liability to a sum lower than that to which it was entitled to limit if the Hague-Visby rules applied; the consequence was that unless and until the first defendant undertook not to take advantage of the lower limit, the claimants were entitled to disregard the jurisdiction clause and bring proceedings in this country [...]"). Pour plus de détails, A. S. BELL, *l.c.*, *J. Contract L.*, 1996, (97), 104-108; E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, (182), 186-187 et CHESHIRE et NORTH, 1999, 355. V. également *The Bernaty*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 244.

Pour l'Allemagne, R. GEIMER, 1997, 457, n° 1770; H. SCHACK, 1996, 179, n° 452.

Comp. en droit américain *Vimar Seguros Y Reaseguros S.A. v M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995), qui a accepté de donner suite à une clause compromissaire contenue dans un connaissance, malgré l'incertitude pesant sur le droit que l'arbitre appliquerait et donc sur la possibilité pour le transporteur de limiter sa responsabilité à un niveau inférieur à celui prévu par le *Carriage of Goods by Sea Act*, qui constitue la transposition en droit américain de la Convention de Bruxelles. Dans le passé, les tribunaux américains n'avaient pas hésité à invalider des clauses d'élection de for lorsque le for élu montrait plus de bienveillance à l'égard de clauses limitant la responsabilité du transporteur, p. ex. *Indussa Corp. v S.S. Ranborg*, 377 F.2d 200 (2d Cir. 1967).

On ne s'étonnera dès lors pas que la question de la validité de telles clauses ait été posée à la Cour de Justice. Or il se fait que la solution adoptée par la Cour n'exclut pas les interprétations divergentes d'une même clause.

**151. Validité au sein de l'espace judiciaire européen de la clause d'élection de for contenue dans un connaissance** - La Cour de Justice a en effet décidé qu'une clause contenue dans un connaissance et reconnue valable dans les rapports entre le chargeur et le transporteur, n'était opposable au tiers porteur du connaissance que si en vertu du *droit national* applicable, le porteur du connaissance succède aux droits et obligations du chargeur.<sup>753</sup> Si cette solution s'accorde parfaitement avec l'ambition limitée de la Convention de Bruxelles, il reste qu'il faudra, pour trancher la question de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction, d'abord déterminer quel droit national est appelé à régir cette question. L'arrêt *Tilly Russ* ne permet pas de répondre à cette question. Dans une décision plus récente, la Cour a d'ailleurs refusé de se prononcer, comme l'y invitait pourtant le Hoge Raad, sur la question du droit national applicable.<sup>754</sup> Selon la Cour, une telle question est étrangère à l'interprétation de la Convention et relève exclusivement de la compétence des tribunaux nationaux.

Il appartiendra dès lors au juge saisi de déterminer, en fonction de ses propres règles de conflit, quelle législation est appelée à régir les droits et obligations du tiers porteur de connaissance. Là n'est pas l'unique difficulté de cette jurisprudence. Il n'est pas en effet exclu qu'une seule et même clause fasse l'objet d'une appréciation à l'aune de plusieurs droits différents, selon le juge saisi de la question. L'hypothèse n'est pas simplement théorique. Le droit comparé révèle que certains droits seront plus favorables à la cession des obligations du chargeur au tiers porteur du connaissance, tandis que d'autres adopteront une attitude plus restrictive.

**152. Validité au sein de l'espace judiciaire européen de la clause d'élection de for contenue dans un connaissance (suite)** - La liberté laissée aux juges nationaux peut précisément faire craindre que la méfiance, déjà évoquée, à l'égard des clauses prévues dans les connaissances ne nuise à l'autonomie de la volonté. Certaines jurisprudences éprouvent en effet des difficultés à accepter le libéralisme, tout relatif, de la Convention de Bruxelles. C'est le cas par exemple des tribunaux belges, qui semblent privilégier systématiquement le porteur du connaissance en appliquant la *lex fori* à la question de savoir s'il a succédé aux droits et obligations du chargeur.<sup>755</sup> Les tribunaux

<sup>753</sup> C.J.C.E., *Paardenveederei ms. Tilly Russ et Ernest Russ c. N.V. Haven & Verwerbedrijf Nouw*, 19 juin 1984, affaire 71/83, *Rec.*, 1984, 2417. V. surtout M. EKELMANS, "Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissance maritime", *Cahiers Dr. Eur.*, 1985, 426-446. Cette jurisprudence a été récemment confirmée dans l'affaire *Coreck*, C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV e.a.*, affaire C-387/98, *Rec.*, 2000, I-9337, spécialement points 23-26.

Mme. COIPEL-CORDONNIER livre une interprétation originale de cette jurisprudence : selon cet auteur, en décidant que la clause d'élection de for doit connaître le même sort que le connaissance qui la contient, la Cour de Justice a adopté une *règle matérielle uniforme* (N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, 1999, 322-322, n° 323).

<sup>754</sup> Affaire *Coreck* précitée, points 30-31.

<sup>755</sup> P. ex. Cass. 18 sept. 1987, *R.D.C.B.*, 1988, 376, note J.L.; Cass. 15 juin 1988, *R.W.*, 1988-89, 302; Anvers, 21 novembre 1978, *R.W.*, 1980-81, 1674; Anvers, 14 mars 1990, *J.P.A.*, 1991, 120; Anvers, 26 sept. 1995, *J.P.A.*, 1996, 3. Sur cette jurisprudence, v. G. ZORBAS, "L'effacement difficile de l'article 91 de la loi maritime belge face à l'article 17 de la Convention CEE du 27 septembre 1968", *J.T.* 1982, 521-523; M. WESER, "L'article 91 de la loi maritime belge et la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *J.C.B.*, 1976, 666-672; I. DE WEERDT, "Bevoegdheidsbeding in cognossemensbedingen voor de Belgische rechter. Artikel 91 van de Belgische zeewet en artikelen 17 en 18 EEG-Executieverdrag", *Dr. Eur. Transport*, 1987, 317-330. V. également la très fine analyse de N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, 1998, 128-133, n° 124-126.

invoquent pour ce faire l'article 91 de la loi maritime, disposition qui reçoit ainsi implicitement le statut de loi d'application immédiate.<sup>756</sup> Cette disposition vise à protéger le porteur du connaissement en lui conférant des droits autonomes. Il ne succède donc pas aux droits et obligations du chargeur, mais puise ses droits directement dans le connaissement. Partant, le tiers porteur n'est pas lié par la clause d'élection de for. Cette jurisprudence 'nationaliste' n'empêche pas que le tribunal désigné dans le connaissement prenne lui aussi connaissance de l'affaire, ce qui conduirait à un conflit de procédures.<sup>757</sup>

**153. Conclusion** – Ces exemples tirés de la pratique du contentieux international privé montrent les dangers qui guettent les conventions de juridiction. Certes, dans la plupart des cas, l'autonomie de la volonté des parties sera respectée, et le juge qu'elles ont désigné connaîtra seul de l'affaire. En ce sens, on peut dire que l'autonomie de la volonté constitue une réponse appropriée aux inconvénients des procédures concurrentes. Il reste que cette méthode n'a rien d'infaillible. Nous pensons avoir suffisamment montré que l'existence d'une convention de juridiction n'exclut pas la naissance d'un conflit de procédures. Il faut maintenant se pencher non plus sur les *causes* mais bien sur les *remèdes éventuels* à cette situation.

\*        \*

\*

---

*Comp.* avec le raisonnement similaire de la Cour de Cassation française, Cass. fr, 10 janvier 1995, *R.C.D.I.P.*, 1995, 610, note H. GAUDEMET-TALLON.

<sup>756</sup> *Comp.* R. ROLAND, "Le connaissement et le droit européen", *R.D.C.B.*, 1985, (85-92), 92 et du même, "La clause de juridiction du connaissement en droit belge", in *Liber amicorum L. Tricot*, Anvers, Kluwer, 1988, 439-455 (cet auteur observe que l'application du droit belge se justifie parce que l'article 91 de la loi maritime est "d'ordre public international" (page 453). Si ceci était le cas, encore faudrait-il d'abord vérifier le contenu du droit étranger normalement applicable, ce que les tribunaux belges ne font pas. Notons que ces tribunaux ne précisent pas non plus quelle est la règle de conflit pertinente. Pour plus de détails, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *o.c.*, 1998, 323-324, n° 324. V. une application en dehors de la Convention de Bruxelles, *Comm.* Anvers, 23 février 1998, *J.P.A.*, 2000, (431), 444-44 (le tribunal refuse de faire droit à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Seoul, arguant du fait que le tiers porteur du connaissement ne succède pas au chargeur, mais dispose, en vertu de l'article 91 de la loi maritime, de droits qui lui sont propres).

<sup>757</sup> Mme. COIPEL-CORDONNIER se demande si l'application de la loi belge n'a pas été retenue uniquement pour contourner indirectement la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la transmission de la clause d'élection de for (*o.c.*, 1998, 324, n° 324).



## CHAPITRE 2 : VERS UN RENFORCEMENT DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

154. **Un exercice de prospective juridique** - Le chapitre précédent a permis d'expliquer comment des procédures concurrentes pouvaient voir le jour malgré le fait que les parties aient pris soin de désigner *ab initio*, au moyen d'une clause attributive de juridiction, le juge compétent pour trancher d'éventuels litiges. Dans le même temps, on a pu mieux cerner les limites de l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédure : en règle générale, le recours à une clause d'élection de for permettra d'éviter toute contestation sur l'instance appelée à résoudre d'éventuels litiges, et a fortiori une contestation qui prendrait la forme d'une concurrence de procédures. Encore faut-il pour cela que chacune des instances appelées à se prononcer sur la validité d'une clause d'élection de for apprécie celle-ci à l'aune de règles plus ou moins identiques.

Le but assigné à cette première partie étant d'examiner les limites de la prévention des conflits de procédures, on pourrait se contenter de s'arrêter sur ce constat. Ce serait toutefois négliger un aspect important de l'étude, qui ne saurait faire l'économie d'une réflexion sur les possibilités de remédier aux difficultés auxquelles sont confrontés les praticiens du contentieux international privé. C'est à cet exercice de *prospective juridique* que seront consacrées les pages suivantes.

On pourrait pour ce faire s'engager dans une réflexion sur la possibilité d'*étendre le domaine de l'autonomie de la volonté*, puisque la liberté ainsi reconnue aux parties est en règle générale bénéfique pour la prévention des conflits de procédures. Une telle étude pourrait par exemple porter sur les conditions et la légitimité d'une extension de l'autonomie de la volonté au contentieux familial, dont on a brièvement constaté qu'il reste, en règle générale, réticent au libre-arbitre des parties (*supra*, n° 121). Ceci obligerait toutefois à des développements forts longs sur une question qui, somme toute, n'a que peu de rapport avec l'étude des conflits de procédure. C'est pourquoi il nous semble préférable de limiter cet exercice à une question précise, à savoir comment faire en sorte qu'une fois les parties tombées d'accord sur le juge compétent pour trancher leurs litiges, il ne soit plus possible d'assister au spectacle navrant d'une bataille de procédures concurrentes.

155. **Plan de l'exposé** - Cette question peut être examinée sous deux angles. Dans un premier temps, on peut envisager d'*unifier plus avant* les règles régissant les clauses attributives de juridiction. Ce faisant on préviendrait d'autant la possibilité qu'une même clause de juridiction puisse faire l'objet d'appréciations divergentes. L'examen nous apprendra toutefois que l'effort d'unification est par essence limité (section 1). C'est pourquoi on s'interrogera dans un deuxième temps sur les *mécanismes de coordination* propres aux conflits de procédures impliquant une convention de juridiction. On verra que si l'idée de coordination entre procédures concurrentes peut être féconde, sa traduction concrète sera nécessairement différente lorsqu'une partie invoque une clause d'élection de for (section 2).

## Section 1: Vers une plus grande uniformité du traitement de la convention de juridiction ?

156. **Les avancées et les limites du droit uniforme** - Les exemples évoqués au chapitre précédent ont montré que l'incertitude qui affecte le sort des clauses d'élection de for trouve tout d'abord sa source dans les différences, nombreuses, qui séparent les droits nationaux à propos des conditions de validité et d'efficacité de ces clauses. Logiquement, le risque de voir apparaître des décisions divergentes diminuerait sensiblement s'il existait un code de règles uniformes acceptées universellement, permettant de vérifier la validité et l'efficacité d'une clause d'élection de for.<sup>758</sup>

Cette solution d'évidence n'est toutefois pas une solution miracle. Certes, de nombreux efforts ont été entrepris pour rapprocher les législations nationales,<sup>759</sup> parmi lesquels on a déjà évoqué l'œuvre européenne.<sup>760</sup> Le processus d'unification connaît toutefois des limites. S'il est une constante dans l'application du droit uniforme international, qu'il porte sur les clauses d'élection de for ou les conventions d'arbitrage, c'est qu'il ne permet pas de faire l'économie d'une application concurrente, même si subordonnée, du droit national.<sup>761</sup> L'unification d'un domaine du droit n'est en effet jamais complète. Le régime mis en place par les instruments internationaux est loin d'exclure toute application du droit national. Celle-ci est non seulement source d'une irritante difficulté relative à la détermination du droit applicable ; elle est également synonyme d'une diversité qui n'exclut pas qu'une même clause d'élection de for soit appréciée différemment selon l'instance qui se penche sur la question.<sup>762</sup>

<sup>758</sup> N. COIPEL-CORDONNIER, *ac*, 1999, 371, n° 376 observe à juste titre que "le souci d'améliorer le statut de la convention d'élection de for doit se traduire [...] par des tentatives pour uniformiser son traitement sur le plan inter-étatique".

<sup>759</sup> Au-delà du simple rapprochement des législations nationales, de nombreuses voix s'élèvent aujourd'hui pour suggérer un rapprochement entre les statuts de la clause d'élection de for et de la clause compromissoire. V. surtout les travaux de W. W. PARK, *lc*, *Transnat'l. Law & Contemporary Problems*, 1998, 19-56, avec en annexe pp. 95-96 une proposition de loi fédérale intitulée "Model International Court Selection Act", (l'auteur s'étonne de la grande différence d'approche des tribunaux américains à l'égard des clauses d'élection de for et des conventions d'arbitrage, les premières étant moins souvent respectées que les secondes, et propose d'aligner le statut des premières sur celui des secondes). V. déjà W. W. PARK, *International Forum Selection*, Boston, Kluwer Law International, 1995, 177-182. Une première étape dans cette voie pourrait consister à reconnaître aux clauses d'élection de for la même autonomie que celle dont jouissent les conventions d'arbitrage. Sur cette question, C. BLANCHIN, *ac*, Paris, L.G.D.J., 1995, 123 p., spéc. pp. 63-99. Les tribunaux français semblent hésiter à reconnaître à la clause d'élection de for l'autonomie qui l'immuniserait contre la nullité du contrat dont elle fait partie, p.ex. Trib. Gr. Instance Paris, 10 juillet 1991, *R.C.D.I.P.*, 1993, 54, note H. GAUDEMET-TALLON. Sous l'empire de la Convention de Bruxelles, la Cour a reconnu l'autonomie de la clause d'élection de for dans l'affaire *Benincasa*, C.J.C.E., 3 juillet 1997, affaire C-269/95, *Rec.*, 1997, I-3767, n° 29 et les commentaires de M. EKELMANS, "Affirmation du caractère autonome de la clause attributive de juridiction", note sous C.J.C.E., 3 juillet 1997, *J.T.*, 1997, 685-686. Pour le droit suisse, v. A. BUCHER, 1998, 65-66, n° 174 ("Il convient d'admettre en effet que la convention attributive de juridiction est autonome par rapport au contrat principal [...]").

Mme. *CoipeL-Cordonnier* met cependant à juste titre en garde contre l'illusion entretenue par certains de vouloir copier le statut des clauses d'élection de for sur celui des conventions d'arbitrage.

<sup>760</sup> On a déjà évoqué la Convention de La Haye de 1965, qui n'a pas remporté le succès qu'elle méritait. Les travaux en cours à la Conférence de La Haye pourraient bien déboucher sur une nouvelle version de cette convention, puisqu'une des hypothèses évoquées pour sortir de l'impasse consiste à concentrer les négociations sur les questions d'autonomie de la volonté. La future Convention n'aborderait dans ce scénario que les litiges contractuels, v. les commentaires de D. GODDARD, "Rethinking the Hague Judgments Convention. A Pacific Perspective", *Yearbook PIL*, 2001, vol. 3, (27), 38-45.

<sup>761</sup> Sur ce problème en général au regard du droit uniforme, v. H. VAN HOUTTE et P. WAUTELET, "International Lawyers and Uniform Law", in *The Future of the Practice of International Law from a Global Perspective*, J. DROLSHAMMER et P. PFEIFER (éds.), La Haye, Kluwer Law International, 2001, 89-108.

<sup>762</sup> M. Mayer observait, à propos de la clause compromissoire, que si un important effort d'harmonisation et d'unification avait été fait, « il subsiste une large place pour la diversité, (*ac*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 361, n° 33).

Il n'est pas besoin d'insister sur les sources de cette diversité pour l'arbitrage international. On connaît les nombreuses difficultés que soulève par exemple l'absence de précisions, à l'article II(3) de la Convention de New York, quant à la loi applicable à la question de savoir si une clause compromissoire est « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ». Le même problème se pose à l'égard de la question de l'*arbitrabilité* du litige – cette dernière question a d'ailleurs connu en Belgique un retentissement certain, et fait éclore une abondante littérature, à l'occasion du contentieux de la rupture des contrats de concession exclusive de vente. Ces difficultés peuvent être sources de conflits entre un tribunal arbitral et un tribunal national, et soulever la question d'une éventuelle coordination.<sup>763</sup>

**157. La clause d'élection de for européenne – entre droit national et droit communautaire** - Le régime uniforme de la clause attributive de juridiction mis en place au sein de l'espace judiciaire européen n'est pas non plus à l'abri de ces difficultés. Les termes de l'article 17 (aujourd'hui article 23 du Règlement) sont bien connus. Ils font une large place à l'autonomie de la volonté, qui n'est par exemple pas limitée par une exigence tenant au lien entre le for élu par les parties et le litige.<sup>764</sup> L'entreprise européenne d'harmonisation a eu un effet considérable sur l'autonomie de la volonté.<sup>765</sup> On mesure l'importance de cette disposition lorsque l'on se souvient qu'il a fallu attendre 1985 pour que les tribunaux néerlandais s'effacent devant l'effet dérogoire des clauses d'élection de for.<sup>766</sup> Cette *favor electionis* de principe n'a pas souffert, au contraire, de

<sup>763</sup> M. van Houtte a procédé au recensement des difficultés et des possibilités en la matière, v. H. VAN HOUTTE, *l.c.*, in *ASA Special Series – Arbitral Tribunal or State Courts : Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), 2001, 35-54.

<sup>764</sup> V. l'arrêt *Zelger*, 17 janvier 1980, *Rec.*, 1980, 89 - selon la Cour, l'article 17 "fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné" - et plus récemment C.J.C.E., *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA*, affaire C-159/97, 16 mars 1999, points 48-50 ("l'article 17 de la Convention fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné", point 50) et C.J.C.E., *Benincasa*, précité, point 28 et C.J.C.E., *MSG*, précité, point 344. V. déjà G. A. L. DROZ, 1972, 128, n° 205-206. Le droit comparé apprend que l'exigence du lien de connexité fait de moins en moins recette. Elle a ainsi disparu du droit commun français (P. MAYER, *DIP*, 5<sup>ème</sup> éd., 1994, 204, n° 304. V. Cass. fr., 19 décembre 1978, *R.C.D.I.P.*, 1979, 617, note H. GAUDEMET-TALLON; *J.D.I.*, 1979, 366, note A. HUET (la Cour déclare valable une clause conclue entre une société française et une société allemande en faveur des tribunaux suisses); Paris, 10 octobre 1990, *R.C.D.I.P.*, 1991, 605 (la Cour admet la validité d'une clause désignant les tribunaux français, contenue dans un contrat entre une société de l'île Maurice et une société établie au Liechtenstein). *Comp.* avec les décisions plus anciennes citées par H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation de compétence de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965, 197-198, n° 313 et en général l'aperçu de droit comparé donné par cet auteur, pp. 197-200, n° 313-316). De même l'article 4 du projet de Convention de La Haye reconnaît aux parties la liberté de désigner un for en faisant abstraction de toute considération relative à l'existence d'un lien quelconque entre le for élu et les parties ou la question soulevée par le litige (Rapport Pocar-Nygh, 43). Cette exigence subsiste par contre en droit suisse (art. 5-3 de la LFDIP, sur cette disposition v. A. BUCHER, 1998, 71, n° 191-192 et sur le droit suisse avant la codification, G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1980, 130-134. Au terme de son analyse comparative, Mme. Kaufmann-Kohler conclut qu'on "ne saurait nier une évolution vers l'abandon du lien") et néerlandais (V. surtout HR, 1 février 1985, *N.J.*, 1985, 698 (arrêt *Piscator*), dans lequel la Cour Suprême reconnaît que "[...] partijen [...] ter kennisneming van geschillen over zaken die te hunner vrije bepaling staan, de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in beginsel vrijelijk vermogen te vestigen *tenzij daarvoor geen redelijke belang aanmeezig is*" (nous soulignons). Dans le même sens à l'égard d'une clause dérogeant à la compétence des tribunaux néerlandais, HR, 28 octobre 1988, *N.J.*, 1989, 765. Pour l'interprétation de cette jurisprudence, v. L. STRIKWERDA, *ac.*, 242-243, n° 222).

<sup>765</sup> M. Droz exprimait par une formule lapidaire la portée de l'article 17, en disant que son effet était « brutal » et en expliquant qu'« aucune limite ne peut être apportée à l'autonomie de la volonté, qui aura pour effet de créer une compétence exclusive » (1972, 117, n° 183).

<sup>766</sup> *Supra*, n° 119. On se souviendra également que l'ancien article 2 du Code de procédure civile italien, en vigueur dans les relations intra-européennes jusqu'à l'avènement de la Convention de Bruxelles, prescrivait qu'une personne de nationalité italienne ou domiciliée en Italie ne pouvait déroger au for italien. Sur le droit des Etats membres avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, v. A. BÜLOW, « Effets de la prorogation

l'assouplissement progressif des conditions de forme qui enserrant l'autonomie de la volonté (*supra*, n° 143). Au total, l'édifice européen a belle allure, et permet aux parties d'éviter, en règle générale, les controverses liées à la compétence du juge.

Cette présentation appelle toutefois quelques nuances. On aurait envie d'écrire '*in cauda venenum*'. Car c'est bien dans les détails que l'on repère les défauts du régime européen des clauses d'élection de for. Ces défauts sont déjà apparus occasionnellement au cours de l'exposé : on pense par exemple à la nécessité de faire appel au droit national pour déterminer l'opposabilité d'une clause d'élection de for à l'égard d'un tiers au contrat dans lequel elle figure (*supra*, n° 148) ou encore au rôle du droit national pour mesurer la portée de la comparution volontaire d'une partie qui entend se prévaloir d'une clause d'élection de for pour décliner la compétence du juge saisi (*supra*, n° 138). A chaque fois, la question est la même : où s'arrête l'emprise du régime conventionnel et où commence celle du droit national ? La réponse à cette question fera apparaître l'étendue abandonnée par la Convention de Bruxelles au droit national et donc celle de la contradiction potentielle entre les droits nationaux.

**158. La clause d'élection de for européenne - domaines respectifs du droit national et du droit communautaire** - Force est de constater que si le droit national possède un quelconque titre à s'appliquer, celui-ci est réduit à la portion congrue. La majorité des questions que fait naître l'autonomie de la volonté dans la détermination du juge compétent trouve en effet réponse, sinon dans la lettre, du moins dans l'esprit de la disposition européenne. Il en est tout d'abord ainsi du principe même de l'*admissibilité* des clauses d'élection de for, un point qui ne souffre aucune discussion. Point n'est non plus besoin de faire appel au droit national pour déterminer les limites *matérielles* de l'autonomie de la volonté. Il apparaît clairement du prescrit européen qu'elle peut se manifester pour toutes les contestations portant sur la matière 'civile et commerciale', sous réserve des limitations en faveur de certaines catégories de justiciables, qui figurent elles aussi expressément dans le texte de la Convention.<sup>767</sup>

Enfin nul ne conteste qu'échappent au droit commun des Etats membres les *effets juridictionnels* des clauses d'élection de for. Reste la question essentielle de la *formation* de ces clauses, et en particulier des conditions de forme et de validité. C'est à ce sujet que le débat se fait le plus vif sur ce que l'on a appelé le « principe de l'auto-suffisance » de l'article 17. Comme le font remarquer MM. *Born et Fallon*, la matière est sensible, l'examen de la jurisprudence faisant apparaître des « inclinations récurrentes » des tribunaux nationaux à « reprendre plus ou moins insidieusement, plus ou moins largement, le terrain que les dispositions nationales impératives restreignant le champ et/ou les effets de l'autonomie de la volonté ont dû [...] abandonner [à l'article 17] pour assurer [...] le plein respect du principe de l'autonomie de la volonté constituant le fondement de l'article 17 ». <sup>768</sup> Il faut dire que la Cour de Justice n'a pas encore, malgré les nombreuses affaires qui lui ont été soumises à propos de cette disposition, eu l'occasion de faire toute la lumière sur les relations entre le droit uniforme et le droit national.

---

internationale de juridiction en matière patrimoniale », in *De conflictu Legum Burel opstellen aangeboden aan R.D. Kolléijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, 89-102.

<sup>767</sup> L'article 17 prévoit certaines conditions d'*admissibilité*, comme par exemple celle qui répute "sans effet" les conventions qui dérogent aux règles de compétence exclusives ou de protection. Dans le domaine de l'*admissibilité* de la prorogation de for, la Convention de Bruxelles ne laisse donc aucune place au droit national, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *ac.*, 1999, 123-124, n° 119 et les nombreuses références. P. ex. Aix-en-Provence, 10 mai 1974, *D.*, 1974, 760 et *D.*, 1975, 339, note G. DROZ (la Cour admet le principe d'une clause d'élection de for dans un contrat de travail alors que le droit français à l'époque s'y opposait).

<sup>768</sup> MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 260, n° 142.

**159. La formation de la clause d'élection de for, une question européenne ou nationale ?** - La difficulté provient de la pluralité des questions qui peuvent être rangées sous l'expression de 'formation' de la clause attributive de juridiction. Ces questions vont des conditions de forme proprement dites à l'existence et la licéité du consentement en passant par la théorie des vices du consentement. On sait depuis l'arrêt *Elefanten Schuh*<sup>769</sup> qu'en ce qui concerne les questions de forme proprement dites, les droits nationaux des Etats membres ont perdu tout titre à s'appliquer avec l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles.<sup>770</sup> En sus des exigences de forme, la conclusion d'une clause attributive de juridiction nécessite également le respect d'une condition liée au *consentement* des parties, condition qui suscite de délicates questions de qualification.

Alors que les premières décisions de la Cour laissaient encore planer une certaine ambiguïté sur la question,<sup>771</sup> on doit accepter, au moins depuis l'arrêt *Gravières Rhénanes*, qu'une fois ces conditions de forme rencontrées, le consentement des parties est établi de façon satisfaisante.<sup>772</sup> La question se posait dans cette affaire en raison de l'assouplissement apporté aux conditions de forme par la Convention d'adhésion du Royaume-Uni.<sup>773</sup> Cette Convention avait, à la demande du nouvel Etat membre,<sup>774</sup> introduit la possibilité de valider une clause d'élection de for sur base des usages du commerce international. Dans sa décision, la Cour a expressément conclu qu'une fois les conditions de forme posées par ces usages remplies, le juge pouvait présumer établi l'accord de volonté des parties sur la clause attributive de juridiction.<sup>775</sup> En d'autres termes, le respect des conditions de forme posées par la Convention *épuiserait* la question du consentement des parties, dont on pourrait présumer, d'une manière irréfragable, l'existence. Ainsi l'article 17 établirait une règle *matérielle* de validité des clauses d'élection de for, rendant inutile l'application d'une quelconque loi nationale.

**160. La question du consentement à la clause d'élection de for, source de difficultés** - Un autre attendu de l'arrêt *Gravières Rhénanes* pouvait toutefois entretenir le doute, la Cour ayant pris soin de préciser que l'assouplissement introduit en 1978 ne signifiait pas « qu'un accord de volonté entre les parties sur une clause de prorogation de compétence ne devrait pas nécessairement exister, la réalité du consentement des

<sup>769</sup> C.J.C.E., 24 juin 1981, *Elefanten Schuh c. Pierre Jacqmain*, aff. 158/80, *Rec.*, 1981, 1671.

<sup>770</sup> Dans cet arrêt, la Cour a précisé que « l'article 17 a [...] pour objet de prévoir *lui-même* les conditions de formes que doivent réunir les clauses attributives de compétence » (point 25, nous soulignons). En l'espèce, la question concernait les prescriptions nationales impératives relatives à la langue du contrat contenant les clauses impératives. V. déjà G. A. L. DROZ, 1972, 125, n° 199, qui expliquait que « L'unification substantielle réalisée par l'article 17 exclut en matière de forme l'application des lois nationales et par là même élimine les conflits de lois ».

<sup>771</sup> Dans l'arrêt *Bergboeffe GmbH c. ASA SA*, (C.J.C.E., 11 juillet 1985, aff. 221/84, *Rec.*, 1985, 204), la Cour s'est contentée de relever que « les conditions auxquelles l'article 17 subordonne la validité des clauses attributives de juridiction [...] ont pour fonction d'assurer que le consentement des parties à une telle clause est effectivement établi et qu'il se manifeste d'une manière claire et précise » (point 13) et dans le même sens, C.J.C.E., 11 novembre 1986, *Iuxo c. van Hool*, aff. 313/85, *Rec.*, 1986, 3353, point 5.

<sup>772</sup> C.J.C.E., 20 février 1997, *MSG c. Les Gravières Rhénanes*, aff. C-106/95, *Rec.*, 1997-I, 911, n° 15 ; *R.C.D.I.P.*, 1997, 563 ; *J.D.I.*, 1997, 625.

<sup>773</sup> *J.O.C.E.* du 30 septembre 1979, L-304.

<sup>774</sup> Rapport Schlosser, *J.O.C.E.*, 1979, C-59/71, 125, para. 179. V. également le rapport du comité ad hoc de la Chambre des Lords anglaise, 45ème rapport, session 1976-77, pp. 8-9, paragraphe 20.

<sup>775</sup> Attendu n° 19. Avec MM. Born et Fallon, on peut accepter que cette décision ne se limite pas aux clauses dont on prétend qu'elles sont valables au regard des usages du commerce international, mais est également d'application quel que soit le mode de conclusion de l'accord d'élection de for : H. Born, M. Fallon et J.-L. van Boxstael, 2001, 266, n° 143.

intéressés étant toujours l'un des objectifs de cette disposition ». <sup>776</sup> Le caractère quelque peu sibyllin de cette décision n'a pas manqué de diviser les commentateurs. C'est que la question du consentement est elle aussi plurielle : si l'interprétation donnée par la Cour laisse entendre qu'il ne faudrait plus se préoccuper de l'*existence* du consentement une fois les conditions de forme remplies, on peut se demander si le droit national conserve son emprise sur la *licéité* du consentement.

Sur cette question, deux thèses s'affrontent, que l'on pourrait qualifier de 'minimaliste' et de 'maximaliste'. La première retient que restent soumises au droit national les conditions de fond de validité d'un contrat, à savoir essentiellement la nécessité d'une cause et d'un objet licite ainsi que d'un consentement non vicié. <sup>777</sup> La seconde, dont M. Born s'est fait le plus ardent défenseur, <sup>778</sup> entend réserver au seul régime conventionnel toutes les conditions de validité *intrinsèque*, qu'elles touchent à la forme ou au fond de la clause. Ne resterait plus dans cette hypothèse au droit national que la validité de la clause au regard des règles de capacité des parties ainsi que la théorie des vices de consentement. <sup>779</sup>

La Cour de Justice ne pourra sans doute jamais départager les deux camps ; on voit mal en effet comment une juridiction nationale pourrait adresser à la Cour, dans le cadre d'un litige donné, un ensemble exhaustif de questions portant sur le consentement, si tant est qu'il soit jamais possible d'épuiser le sujet. <sup>780</sup> Une hypothétique décision de la Cour serait d'ailleurs bien vite soumise à un examen minutieux qui ne manquerait pas de révéler l'une ou l'autre hésitation. <sup>781</sup>

**161. Importance pratique réduite de la confrontation entre droit national et droit communautaire** - Au fond, la différence entre les thèses en présence n'est pas bien grande. <sup>782</sup> Chacun s'accorde en effet sur la nécessité de préserver au maximum l'autonomie du régime conventionnel, afin d'assurer « l'égalité et [...] l'uniformité des droits et obligations qui découlent de la Convention pour [...] les personnes intéressées » <sup>783</sup> ainsi que la nécessité pour le juge national de pouvoir « aisément se prononcer sur sa

<sup>776</sup> Attendu n° 17.

<sup>777</sup> V. p. ex. H. GAUDEMET-TALLON, « Clauses attributives de juridiction », in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, 1993, 142 et de la même, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 1996, 93, n° 131 (qui réserve les « conditions générales de validité » de l'accord, comme le caractère non-vicié du consentement et la licéité de la cause, pour lesquels elle plaide pour l'application cumulée de la loi du tribunal désigné et de celle du tribunal exclu). V. aussi F. SCHOCKWEILER, « Clauses attributives de juridiction », in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, 1993, 128 (qui réserve « les conditions de fond requises pour qu'il y ait consentement valable »).

<sup>778</sup> V. déjà H. BORN, « Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles », *J.T.*, 1995, (353), n° 29.

<sup>779</sup> V. également CH. KOHLER, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus in EuGVÜ », *IPRax*, 1983, (265-272), 268.

<sup>780</sup> La Cour aurait d'ailleurs vite fait de procéder, selon son habitude, à une synthèse des diverses questions qu'on lui pose, v. p. ex. C.J.C.E., arrêt *Castelletti* précité, points 13 à 16.

<sup>781</sup> Ainsi on peut penser que la décision de la Cour en date du 9 novembre 2000 dans l'affaire *Coreck Maritime GmbH c Handelsveem BV*, (aff. C-387/98, *Rec.*, 2000, I-9337), ne mettra pas fin à la controverse. En l'espèce se posait la question de savoir si une clause attributive de juridiction contenue dans un connaissance maritime était opposable au tiers porteur du connaissance (*supra*, n° 148) La Cour a décidé que lorsque le tiers ne succède pas au chargeur selon le droit national applicable, il incombe au juge de vérifier la réalité de son consentement « au regard des exigences énoncées par l'article 17 [...] ». La Cour semble ainsi confirmer qu'en matière de consentement, seules les exigences de l'article 17 font foi. On pourrait cependant faire remarquer que la Cour n'a pas précisé ce qu'elle entendait par 'consentement'.

<sup>782</sup> Dans le même sens, MM. Fallon, Born et van Boxstael, 266, n° 143, qui constatent que « en toute hypothèse, les deux thèse [...] se rejoignent sur l'essentiel, qui est de réserver à l'article 17 la détermination de toutes les conditions de validité intrinsèques ».

<sup>783</sup> C.J.C.E., 14 octobre 1976, *LTU KG c Eurocontrol*, aff. 29/76, *Rec.*, 1976, 1541, point 3.

propre compétence sur la base des règles de la Convention sans être contraint de procéder à un examen de l'affaire au fond». <sup>784</sup> D'autre part, on ne peut pas non plus échapper à la constatation que les auteurs de la Convention n'ont pas entendu se prononcer sur la question de la capacité des parties. <sup>785</sup>

Reste alors la question du *consentement*, à propos de laquelle même les plus ardents défenseurs de l'autonomie conventionnelle concèdent que le droit national pourrait jouer un rôle à côté des règles européennes pour les rares questions auxquelles la Convention ne permet pas de répondre, comme celle des vices de consentement. <sup>786</sup> Or force est de constater, avec M. *Budber*, <sup>787</sup> que de telles questions se poseront rarement en raison de l'effet préventif des conditions uniformes de forme posées par le prescrit européen. <sup>788</sup>

Le principe d'autosuffisance de l'article 17 est nécessaire pour combattre les dérives de certaines jurisprudences nationales qui prétendent, malgré l'existence du régime conventionnel, faire appel à des dispositions particulières du droit national, le plus souvent d'ailleurs pour conserver la maîtrise d'un litige que les parties entendaient confier à un juge étranger. <sup>789</sup> Vouloir en faire un principe 'supérieur' excluant toute application du droit national ne nous semble toutefois ni légitime, ni d'ailleurs nécessaire.

**162. La difficile détermination du droit applicable à la convention de juridiction**  
- Le rôle assigné au droit national dans la validation des clauses de juridiction au sein de l'espace judiciaire européen est, en définitive, pour le moins réduit. <sup>790</sup> C'est d'autant plus heureux que la détermination du droit applicable à ces conventions constitue une véritable gageure. Bien que cette question ait fait l'objet d'importants débats dans la

<sup>784</sup> C.J.C.E, 3 juillet 1997, *Benincasa c. Dentalkit*, aff. G-269/95, point 27. On peut dès lors s'étonner d'une décision de la Cour de cassation française qui, pour une raison inconnue, a jugé bon d'apprécier la question de la formation d'une clause attributive de juridiction au regard de certaines dispositions de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : Cass., 16 juillet 1998, *J.D.I.*, 1999, 196, note A. HUET.

<sup>785</sup> N. COIPEL-CORDONNIER relève très justement cette question au domaine du droit national (ac, 1999, 124, n° 119).

<sup>786</sup> MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 261, n° 142, note 692. V. aussi P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 : compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, Jupiter, 1985, 106, n° 177-178 ; BRIGGS et REES, 1997, 75-76, n° 2.95 ; A. BUCHER, 1998, 64, n° 168 (qui réserve aussi l'hypothèse dans laquelle une partie n'était pas en mesure de comprendre la langue ou la rédaction utilisée) ; N. COIPEL-CORDONNIER, ac, 1998, 122, n° 117, et 359, n° 364 ; E. R. SACHPEKIDOU, *lc*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 75. Déjà en ce sens pour les vices de consentement et la capacité des parties, G. DROZ, 1972, 133-134, n° 214.

<sup>787</sup> 1998, 64, n° 168. L'autonomie reconnue à la clause d'élection de for signifie qu'une éventuel vice de consentement affectant le contrat dans son ensemble n'emportera pas nécessairement la nullité de la clause. Seul un motif visant particulièrement celle-ci pourrait conduire à sa nullité. Or on n'aperçoit pas dans quelle situation une partie pourrait en appeler à la lésion ou à la violence pour refuser de se soumettre à une clause d'élection de for. Quant à l'erreur ou au dol, il faudrait pour qu'ils soient pertinents qu'ils portent spécifiquement sur la clause d'élection de for, une situation bien exceptionnelle quand on connaît le peu d'attention dont cette clause fait généralement l'objet au cours des négociations.

<sup>788</sup> Les exclusions 'matérielles' au profit des consommateurs, travailleurs, etc. contribuent également à évacuer de difficiles questions de délimitation entre droit national et droit communautaire.

<sup>789</sup> On pense en particulier à la jurisprudence de certaines juridictions anversoises relatives aux clauses insérées dans les connaissements maritimes, *supra*, n° 149. V. les autres exemples évoqués par MM. Born, Fallon et van Boxstael, 266-271, n° 144. *Adde* Cass. Fr., 11 mars 1997, *R.C.D.I.P.*, 1997, 53, note H. GAUDEMET-TALLON ; *J.D.I.*, 1998, 139, obs. A. HUET (qui vérifie le respect de certaines règles françaises relatives à la langue et à des formes prescrites pour certains contrats d'assurance) ; Cass., 10 juin 1997, *J.D.I.*, 1998, 968, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO. V. toutefois la position plus orthodoxe adoptée dans l'arrêt de la même Cour en date du 11 février 1997, *J.D.I.*, 1998, 138, obs. A. HUET.

<sup>790</sup> S'il est un point précis sur lequel subsiste une controverse, c'est celui de savoir si une partie peut invoquer un droit national donné pour contester l'existence de son consentement à défaut pour elle de comprendre la langue du contrat : *comp.* sur ce point H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 89-90, n° 124 et MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 264, n° 143.



doctrine,<sup>791</sup> sans toutefois capter l'intérêt des plaideurs ou des tribunaux,<sup>792</sup> elle ne laisse pas de conserver une certaine aura de mystère.<sup>793</sup>

Un consensus semble se dégager sur la nécessité de distinguer plusieurs types de questions, qui appelleraient chacune l'application d'une loi distincte. Se fondant sur la 'double nature' des conventions de juridiction, à la fois contrat et question relevant des conflits de juridiction, Mme. *Coipel-Cordonnier* propose ainsi de distinguer les questions qui touchent à l'*admissibilité* des conventions, qui seraient en principe soumises à la *lex fori*, des questions liées à la *formation* des conventions, questions proprement contractuelles et donc soumises au jeu normal du conflit des lois.<sup>794</sup> L'auteur doit cependant avouer qu'il est difficile de préciser la portée exacte de ces deux catégories. De plus, un souci de pragmatisme l'oblige à reconnaître qu'il est nécessaire de tolérer certaines exceptions à cette *summa divisio*.<sup>795</sup>

On voit que dans ce domaine, l'incertitude le dispute à la confusion.<sup>796</sup> Le moins que l'on puisse dire en effet, c'est que l'application d'un droit national pour valider une clause d'élection de for aurait pour conséquence de faire dépendre le résultat de l'évaluation du

<sup>791</sup> V. en général, l'étude de G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1980, 227 p. spéc. pp. 12-72 et plus récemment l'étude de N. COIPEL-CORDONNIER, *ac*, 1999, qui tente de mettre à jour les liens entre conventions d'arbitrage et clauses d'élection de for. *Adde* B. LINDENMAYR, *Vereinbarungen über die internationale Zuständigkeit und das darauf anwendbare Recht*, Schriften zum internationalen Recht n° 126, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 473 p. V. déjà H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965, 292 p., spéc. pp. 5-126 ainsi que S. DENNEMARK, "Quelle est la loi selon laquelle on tranche la validité d'un accord sur la compétence internationale ? », *N.T.I.R.*, 1962, 118-124.

<sup>792</sup> Comme le fait remarquer M. Born, "[m]ost national courts have devoted little attention to the question of which [national law] governs forum selection agreements" (G. B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, *ac*, 1999, 95). L'auteur ajoute qu'il serait peu utile de préciser de façon expresse dans le contrat la loi applicable à la convention de juridiction, puisque bien souvent les causes d'invalidité affectant la convention sont d'ordre public. V. en droit belge cependant Cass., 15 juin 1988 et la note de H. VAN HOUTTE, "Het recht van toepassing op het bevoegdheidsbeding - bedingen bij Cass.", *R.D.C.B.*, 1989, 565 e.s.

<sup>793</sup> MM. Born, Fallon et van Boxtael évoquent à cet égard une entreprise « divinatoire » (2001, 264, n° 143).

<sup>794</sup> *ac* V. le compte-rendu de cet ouvrage par H. SPAMANN, *Z.E.u.P.*, 2000, 980-982.

<sup>795</sup> V. également G. KAUFMANN-KOHLER, *ac*, 1980, 72 (l'auteur distingue les questions de l'admissibilité et des effets de la clause d'élection de for, qu'elle rattache au droit du for saisi, des questions relatives à la formation, qu'elle soumet à la *lex contractus*) ; H. GAUDEMET-TALLON, *ac*, 1965, 77-84, n° 128-135 (se prononce pour l'application cumulative de la loi du for et de celle du for dérogé) ; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1995, 243-244 (l'auteur fait la distinction entre les aspects purement contractuels de la clause d'élection de for, soumis au jeu normal des règles de conflit, et les aspects processuels, c'est-à-dire l'admissibilité et les conséquences, qu'il soumet à la *lex fori*). *Comp.* en droit anglais, CHESHIRE et NORTH, 1999, 354-355.

<sup>796</sup> La même incertitude affecte la détermination de la loi applicable à la clause compromissoire. Comme le notent MM. Fouchard et Gaillard, « [if] the choice of law method is to be applied to the arbitration agreement, no one obvious connecting factor emerges, from which the applicable law can be determined" (E. GAILLARD et J. SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, La Haye, Kluwer law international, 1999, 224, n° 426). Ceci explique sans doute pourquoi une tendance se fait jour en matière d'arbitrage pour dégager des règles proprement *matérielles* afin de déterminer la validité de la clause compromissoire, v. surtout Cass. fr., 20 déc. 1993, *en cause Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergib c. Société Dalico*, *J.D.I.*, 1994, 432, note E. GAILLARD ; *Y.C.A.*, 1995, 660 ; *Reu arb.*, 1994, 116, note H. GAUDEMET-TALLON ; *R.C.D.I.P.*, 1994, note P. MAYER et les observations de E. LOQUIN, *J.D.I.*, 1994, 692-701, spéc. 699-701. Dans cette affaire, la Cour de Cassation a décidé qu'"en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient [...] et que son existence ou sa capacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, sans qu'il soit nécessaire de se référer à un loi établie" (nous soulignons). Dans cette affaire également Paris, 26 mars 1991, *Reu arb.*, 1991, 456, note H. GAUDEMET-TALLON. V. la défense de cette approche matérielle par E. GAILLARD et J. SAVAGE, *ac*, 1999, 228-236 et la position plus nuancée de N. COIPEL-CORDONNIER, *ac*, 1999, 336-337, n° 337. La Cour de Cassation française a confirmé par la suite sa jurisprudence *Dalico*, v. Cass. fr., 21 mai 1997, *en cause Renault c. Société 2000 Jaguar France*, *Reu arb.*, 1997, 37, note E. GAILLARD et plus récemment Cass. fr., 5 janvier 1999, *en cause Larzi*, *Reu arb.*, 1999, 260, note PH. FOUCHARD.



tribunal appelé à statuer.<sup>797</sup> Les quelques tentatives pour élaborer ou déduire une règle uniforme de conflit portant sur les clauses d'élection de for n'ont pas donné les résultats escomptés ; on s'accorde d'ailleurs pour dire que la Convention de Bruxelles ne fournit aucune indication à ce sujet.<sup>798</sup>

**163. Conclusion : uniformité des solutions, mais dualité d'instances** - Au sein de l'espace judiciaire européen, l'uniformité est la règle. L'existence de règles proprement matérielles empêchera le plus souvent les tribunaux des Etats membres, saisis concurremment, de se livrer à des appréciations divergentes de la même clause. L'espace abandonné au droit national est au mieux extrêmement réduit. Il est d'ailleurs symptomatique que la jurisprudence ne révèle que quelques exemples de situations dans lesquelles les parties ont dû, malgré l'existence d'une convention de juridiction, s'affronter simultanément sur plusieurs fronts.<sup>799</sup>

La dualité ou la pluralité des instances de contrôle d'une même clause ne pose dès lors au sein de cet espace pas de difficultés insurmontables.<sup>800</sup> Il n'en va pas de même lorsque le litige dépasse les frontières strictement européennes.<sup>801</sup> Le droit commun reprend alors le rôle principal. La future Convention de La Haye viendra certes apporter une dose bienvenue d'uniformité dans le contentieux international - en particulier si les négociateurs concentrent leurs efforts sur le contentieux contractuel et l'autonomie de la volonté comme cela a été suggéré. Elle ne pourra toutefois réduire totalement au silence les droits nationaux. On évoque en effet dans le cadre des négociations de La Haye la possibilité d'abandonner au droit national les « conditions de fond applicables à la validité d'une clause attributive de juridiction, comme par exemple les conditions relatives à la validité du consentement ». <sup>802</sup> Il faut donc se résigner à la possibilité que l'autonomie de

<sup>797</sup> Doit-on rappeler que la Convention de Rome exclut de son champ d'application les conventions d'élection de for ? (art. 1, § 2 (d)). Selon Mme. COIPEL-CORDONNIER, on doit voir dans l'inexistence de règles de conflit uniformes un des motifs qui ont incité les pères de la Convention de Bruxelles à prévoir directement dans cette convention un certain nombre de règles matérielles donnant une couleur véritablement européenne au statut des clauses d'élection de for (123, n° 118). Sur les insuffisances du droit conventionnel qui a précédé la Convention de Bruxelles, v. G. DROZ, 1972, 113-115.

<sup>798</sup> V. par. ex. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *ac*, 106, n° 178. V. cependant la suggestion de l'avocat général Slynn, émise à l'occasion de l'affaire *Elefanten Schuh*, 24 juin 1980, affaire 150/80, *Rec.*, 1981, (1671), 1698 (selon l'avocat général, l'impératif de sécurité juridique interdirait d'avoir recours aux règles de conflit du juge saisi pour désigner la loi nationale applicable. Il suggère au contraire que l'article 17 contient une règle de conflit implicite selon laquelle "lorsqu'un tribunal particulier est désigné par écrit dans ce qui est prétendu être une convention valide [...], la question de savoir si la convention est valide relève de la loi de ce tribunal"). M. Droz regrette que les auteurs de la Convention de Bruxelles n'aient pas eu « l'audace d'éliminer toute difficulté par une disposition relative à la loi applicable » en posant par exemple que « l'accord d'élection de for est régi par la loi interne du tribunal élu » (G. DROZ, 1972, 134, n° 215).

<sup>799</sup> On pense en particulier à l'affaire *Continental Bank*, précitée, encore qu'en l'espèce la décision prématurée des juges anglais soit intervenue avant même que le tribunal grec ne se soit prononcé sur sa compétence.

<sup>800</sup> On n'évoquera pas les difficultés qui peuvent surgir du fait d'interprétations divergentes d'une même règle uniforme, auxquelles M. Droz faisait déjà allusion dès 1972 (133, n° 214). Il évoquait la possibilité que les tribunaux de deux Etats contractants n'adoptent pas la même conception de l'écrit requis par l'article 17. Le problème est bien connu des spécialistes du droit uniforme international (p. ex. R. DAVID, "The International Unification of Private Law", *Int'l. Enycl. Comp. L.*, vol. 2/5, Tübingen, Mohr, 1971, 96-99). Dans les faits, cette crainte s'est avérée infondée. Il faut y voir non seulement l'œuvre proprement unificatrice de la jurisprudence de la Cour de Justice, mais également le résultat de la pluralité des modes de conclusion tolérés par la Convention, qui permet de 'repêcher' une clause non-conforme selon un mode donné.

<sup>801</sup> La solution à la diversité des régimes passe peut être par l'application des règles de conflit de la Convention de Rome à cette problématique de la validité, comme le suggère Mme. COIPEL-CORDONNIER (*ac*, 1999, 371-371, no. 376). L'exclusion des conventions de juridiction du champ de cette convention ne s'explique en effet que pour les aspects purement juridictionnels. Cette intéressante suggestion se heurte toutefois en l'état des textes au caractère général de l'exclusion formulée par l'article 1(2) de la Convention de Rome.

<sup>802</sup> Rapport Pocar/Nygh, 42.

volonté des parties ne les mette pas à l'abri d'éventuelles procédures concurrentes au fond.

De plus, la relative uniformité des statuts applicables aux clauses d'élection de for n'enlève rien à la possibilité dont disposent les parties de soumettre la question de la validité d'une seule et même clause à deux, voire à plusieurs instances. Que les tribunaux saisis de cette question s'accordent sur la solution à y apporter, est sans doute une maigre consolation pour le justiciable qui aura dû supporter les frais d'une instance devant une juridiction autre que celle qu'il avait élue. La pluralité d'instances de contrôle – for prorogé et les fors dérochés – peut être en soi ressentie comme une défaite pour l'autonomie de la volonté, ou du moins pour le justiciable qui avait confiance dans les vertus préventives du contrat. Il n'est dès lors pas inutile de s'interroger sur la possibilité de remédier autrement aux déficiences de l'autonomie de la volonté. On va voir que certains mécanismes de coordination peuvent offrir aux parties l'espoir d'un contentieux plus ordonné.

## Section 2 : Quels mécanismes de coordination ?

164. **Introduction et plan** - L'unification progressive des règles régissant les conventions de juridiction a permis de réduire considérablement le risque de voir deux tribunaux apprécier différemment une même clause d'élection de for. Le processus d'unification a toutefois ses limites. Il convient dès lors de s'interroger sur la possibilité d'avoir recours à d'autres solutions pour renforcer les vertus préventives de l'autonomie de la volonté.

Dans un premier temps on s'interrogera sur la possibilité d'appliquer à la concurrence de procédures née en dépit de l'existence d'une convention de juridiction, les solutions dégagées pour la problématique générale des conflits de procédures (§ 1). Force sera de constater que ces solutions sont soit insuffisantes, soit carrément déplacées. On examinera dès lors ensuite quels mécanismes spéciaux de coordination peuvent être envisagés qui tiennent compte de la spécificité du conflit étudié (§ 2). Puisque les difficultés proviennent essentiellement de l'exercice simultané par plusieurs instances d'un pouvoir de contrôle à l'égard de la même clause d'élection de for, la solution passe par une redéfinition des relations entre ces instances. On verra ainsi que cette entreprise de redéfinition peut prendre plusieurs formes, selon l'ambition qui l'anime.

### § 1. L'insuffisance des mécanismes généraux de coordination

165. **Généralités** - Lorsqu'il s'agit non plus de *prévenir* un conflit de procédures, mais bien de *résoudre* une concurrence déjà existante, plusieurs solutions peuvent être envisagées. Ces solutions peuvent être regroupées autour de deux idées fortes, qui seront examinées en détails dans la suite de cette étude. Pour les besoins du présent chapitre, on se contentera d'examiner comment ces solutions pourraient être appliquées en présence d'une convention de juridiction.

## I. L'INTERDICTION DE PROCÉDER COMME OUTIL AU SERVICE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

166. **Où le for élu se fait justice à lui-même** – Lorsqu'une partie saisit un tribunal au mépris de l'accord conclu avec son adversaire, celui-ci ira bien souvent s'en plaindre auprès du for élu. Pour sanctionner la violation, apparente ou réelle, de la clause d'élection de for, certains tribunaux disposent d'une arme spécifique, qui leur permet d'interdire à la partie fautive de poursuivre la procédure qu'elle a engagée. Il s'agit de la fameuse interdiction de procéder, qui prend la forme d'une injonction dite 'anti-suit', sur laquelle nous reviendrons (*infra*, n° 205 e.s.). Caractéristique de la *common law*, cette injonction a été mise à profit notamment par les tribunaux anglais pour faire respecter la volonté des parties et sanctionner la partie qui a pris l'initiative de saisir un autre for que le for élu.

L'affaire *Continental Bank* déjà évoquée (*supra*, n° 139) illustre bien cette volonté de privilégier l'accord des parties, fut-ce au prix d'une intervention musclée dans la conduite d'une procédure étrangère. En l'espèce, une banque se plaignait devant les tribunaux anglais que son cocontractant, un armateur grec à qui elle réclamait le remboursement d'un prêt, avait, sans attendre d'être assigné en Angleterre comme le voulait le contrat liant les deux parties, saisi les tribunaux de son pays en invoquant la responsabilité délictuelle du banquier qui lui aurait causé un dommage en résiliant le prêt consenti. La Cour d'Appel vit dans la saisine du tribunal grec une manoeuvre destinée à échapper à la juridiction des tribunaux anglais, et à retarder ainsi l'issue du litige. Elle interdit en conséquence au défendeur de poursuivre cette procédure.<sup>803</sup> Cette décision, qui a connu un grand retentissement en raison du cadre particulier de l'espace judiciaire européen dans lequel elle s'inscrit, est le reflet d'une pratique ancienne des tribunaux anglais, qui viennent par la contrainte à la rescousse d'accords d'élection de for bafoués par les parties.

167. **L'injonction dans la pratique anglaise** - L'injonction *anti-suit* a en effet très tôt rejoint l'arsenal dont disposent les tribunaux anglais pour assurer le respect des clauses d'élection de for – ainsi que des conventions d'arbitrage.<sup>804</sup> Aux yeux des tribunaux anglais, cette injonction constitue un remède idéal pour éviter qu'une partie puisse échapper à un accord auquel elle a librement souscrit, ou même retarder par des manoeuvres dilatoires la saisine du for élu.<sup>805</sup>

<sup>803</sup> *Continental Bank NA v Aelos Cia Naviera SA* [1994] 2 All ER 540 ; [1994] W.L.R. 588, [1994] 1 Lloyd's Rep. 505 (C.A.). *Infra*, n° 180 sur la question de savoir si cette décision ne fait pas à tort une entorse à la litispendance européenne pour sauvegarder l'autonomie des parties.

<sup>804</sup> V. déjà *Pena Copper Mines Ca v Rio Tinto* (1912) 105 L.T. 846 (C.A.) (injonction accordée contre une procédure engagée en Espagne en violation d'une clause compromissoire); *Ellerman Lines Ltd v Read* [1928] 2 KB 144 (convention d'arbitrage); *Tracorran v Sudan Oil Seeds Ca Ltd (No 2)* [1983] 1 WLR 1026 (convention d'arbitrage); *The Tropaioforos (No 2)* [1962] 1 Lloyd's Rep. 410 (clause d'élection de for). En général, L. COLLINS, « Anti-Suit Injunctions Process and Arbitration », in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, Zürich, 2001, 85-96 et S. CLAVEL, « Anti-Suit Injunctions et arbitrage », *Reu arbitrage*, 2001, 669-706.

<sup>805</sup> On parle alors de 'convention-based injunction', par opposition à l'interdiction de procéder que justifient des considérations équitables, et non plus contractuelles. Lord Diplock expliquait ainsi que « A right not to be sued upon a particular cause of action in a particular foreign court by the person against whom the injunction is sought, may be contractual in origin. A common example of this is an exclusive jurisdiction clause in a contract » : *British Airways Board v Laker Airways Ltd*, [1985] AC 51, 81 (H.L.). *Infra* sur la distinction entre les deux fondements de l'injonction.

Jusque dans les années 1990, le recours à l'injonction était toutefois assez peu fréquent. Le demandeur ne pouvait se contenter d'alléguer que la procédure étrangère violait une convention de juridiction. Encore fallait-il montrer que cette procédure était réellement "vexatoire", au sens que cette expression recevait dans la jurisprudence traditionnelle (*infra*, n° 217). Dans l'affaire du *Lisboa* par exemple,<sup>806</sup> le juge Dunn avait ainsi posé comme règle générale que "[...] l'injonction ne sera normalement pas accordée sauf si la procédure étrangère est vexatoire ou oppressive [...]. Il en va ainsi même si les parties ont convenu qu'elles ne soumettront pas leur litige à un juge étranger ou que tous les litiges seraient soumis à l'arbitrage en Angleterre".<sup>807</sup> La même réserve se faisait sentir lorsque le demandeur invoquait la violation d'une clause compromissoire. Au minimum fallait-il, pour que l'injonction soit décernée, que le for étranger se soit déjà prononcé sur sa compétence.<sup>808</sup>

A partir des années 1990, la position des tribunaux anglais s'est toutefois considérablement assouplie. Le recours à l'injonction pour faire triompher l'accord des parties a été de plus en plus fréquent, les juridictions anglaises abandonnant peu à peu la réserve qu'elles mettaient un point d'honneur à respecter avant d'interdire à une partie de procéder devant un for étranger (*infra* n° 259 *es.*) pour accorder l'injonction de façon quasi-automatique.<sup>809</sup> Déjà en 1989, le juge Staughton avait laissé entendre que la conduite d'une procédure étrangère en violation d'une clause d'élection de for pouvait en soi être considérée comme vexatoire et oppressive.<sup>810</sup> Cette volonté plus pressante de faire respecter, au besoin par la contrainte, les clauses d'élection de for, se fit ressentir même à l'égard de procédures engagées devant un tribunal d'un autre Etat membre, comme ce fut le cas dans l'affaire *Continental Bank* déjà évoquée.

**168. L'affaire *Angelic Grace* et la généralisation du recours à l'interdiction de procéder** - Avec la décision *The Angelic Grace* en 1995, c'est à un véritable "bond en avant" du pouvoir injonction *anti-suit*<sup>811</sup> que l'on a assisté, la Cour d'Appel décidant que sauf circonstances exceptionnelles, le juge anglais accordera l'injonction dès lors que la procédure engagée devant le tribunal étranger l'a été en violation d'une clause d'élection de for ou d'une convention d'arbitrage.<sup>812</sup> En l'espèce, les propriétaires d'un navire avaient engagé une procédure d'arbitrage contre leurs co-contractants italiens, demandant réparation pour les dommages causés au navire pendant la charte-partie. Ceux-ci s'en remirent aux tribunaux italiens, en invoquant le caractère délictuel de la demande, qui

<sup>806</sup> *The Lisboa, Mike Trading and Transport, Ltd. v R. Pagnan & Fratelli* [1980] 2 Lloyd's Rep. 546 (C.A.).

<sup>807</sup> [1980] 2 Lloyd's Rep. 546, 551 : "[...] the injunction should not normally be granted unless the foreign proceedings are vexatious or oppressive. [...] This is even so if the parties have agreed not to proceed in a foreign court [...] or if they have agreed that all disputes shall be submitted to arbitration in England". En l'espèce, une procédure avait été engagée devant les tribunaux italiens, alors que les clauses du connaissance maritime prévoyait la compétence des tribunaux anglais. L'injonction fut refusée.

<sup>808</sup> *V. p. ex. World Pride Shipping, Ltd. v Daiichi Chuo Kisen Kaisha (The Golden Anne)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 489 ainsi que *Trucomin SA v Sudan Oil Seeds Co, Ltd. (No 1)*, [1983] 1 W.L.R. 1027 (C.A.) (*supra*, n° 142 sur cette affaire).

<sup>809</sup> Sur l'évolution de la jurisprudence, v. CHESHIRE et NORTH, 1999, 370-372; E. PEEL, *loc. cit.*, *Lloyd's L.C.M.Q.*, 1998, (182), 203-205; S. MALES, "Comity and Anti-Suit Injunctions", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (543), 547-552 et R. ASARIOTIS, "Antisuit Injunctions for Breach of a Choice of Forum Agreement : A Critical Review of the English Approach", *Yearb. Eur. L.*, 1999-2000, 447-467, spéc. 451-461.

<sup>810</sup> *Sohio Supply Co v Gatoil (USA) Inc.*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 588, 592.

<sup>811</sup> Selon l'expression de H. MUIR WATT, compte-rendu de la 13<sup>ème</sup> édition de l'ouvrage de Dicey et Morris, par L. COLLINS et al., *R.C.D.I.P.*, 2000, (307), 310.

<sup>812</sup> *Aggeliki Charis Cia. Maritima SA v Pagnan SpA, The Angelic Grace*, [1995] 1 Lloyd's Rep. (87), 96. V. également Lord Goff dans *Airbus Industrie GIE v Patel*, [1999] 1 A.C. 119 (HL) (Lord Goff réserve expressément la situation dans laquelle une clause d'élection de for est invoquée, comme sortant du cadre de son appel à une plus grande réserve dans l'utilisation de l'injonction).

échappait selon eux à la convention d'arbitrage. Avant même que le tribunal italien ne se prononce sur sa compétence, le juge anglais accorda une injonction interdisant la poursuite de la procédure italienne.<sup>813</sup> En appel, la Cour confirma cette décision.<sup>814</sup> Le juge Millett expliqua dans un attendu de principe que

“le temps est venu de mettre de côté l’incantation rituelle selon laquelle la compétence d’injonction ne peut être exercée qu’avec la plus grande réserve. De nombreuses décisions des tribunaux les plus respectés mettent en garde contre le danger de créer une apparence d’interférence indue dans la conduite d’une procédure étrangère. Une telle attention à l’égard de la sensibilité du tribunal étranger est justifiée lorsque l’injonction vise à empêcher une procédure dans un for *non conveniens* ou encore lorsque la procédure étrangère est vexatoire ou oppressive, mais pas lorsqu’un contrat a été violé. [...] Selon moi il n’y a pas de bonne raison d’hésiter à accorder une injonction interdisant une procédure étrangère lorsque le défendeur s’est engagé à ne pas prendre l’initiative d’une telle procédure”<sup>815</sup>

Ce durcissement à l’égard des parties qui saisissent un autre tribunal que le for élu, s’explique peut être par le nombre croissant d’affaires dans lesquelles les tribunaux anglais ont vu un litige, dont les parties leur avaient de commun accord attribué la charge, soumis à un juge étranger, notamment au sein de l’espace judiciaire européen.<sup>816</sup> A la suite de cette décision, on a pu écrire que l’injonction était devenu le remède “naturel” pour sanctionner une tentative de se soustraire à une clause d’élection de for.<sup>817</sup>

Cette jurisprudence a ensuite reçu l’approbation de la Chambre des Lords dans l’affaire *Donohue*.<sup>818</sup> En l’espèce, un citoyen anglais cherchait à convaincre les tribunaux de son pays de faire interdiction à ses adversaires de poursuivre une procédure que ces derniers avaient engagée aux Etats-Unis, en violation d’une clause d’élection de for en faveur des tribunaux anglais. Si la Haute Cour réforma en définitive l’injonction qui avait été accordée en appel,<sup>819</sup> Lord Bingham n’en confirma pas moins, au nom de la Chambre des Lords, la direction prise par la jurisprudence dans l’affaire *Angelic Grace*. Le Lord expliqua que lorsque « des parties contractantes se sont mises d’accord pour conférer à un tribunal

<sup>813</sup> *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan* [1994] 1 Lloyd’s Rep. 168. Le juge semble surtout avoir voulu éviter que le tribunal italien ne se prononce, craignant que cette décision ne soit invoquée en Angleterre, où elle aurait dû être reconnue par l’effet de la Convention de Bruxelles. La question est cependant controversée, la portée de l’exclusion de l’arbitrage par l’article 1(4) soulevant d’importantes difficultés, v. note 923.

<sup>814</sup> *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan* [1995] 1 Lloyd’s Rep. 87.

<sup>815</sup> “[I]n my judgment, the time has come to lay aside the ritual incantation that this is a jurisdiction which should only be exercised with great caution. There have been many statements of great authority warning of the danger of giving an appearance of undue interference with the proceedings of a foreign court. Such sensitivity to the feelings of a foreign court has much to commend it where the injunction is sought on the ground of forum non conveniens or on the general ground that the foreign proceedings are vexatious or oppressive, but where no breach of contract is involved. [...] But in my judgment there is no good reason for diffidence in granting the injunction to restrain foreign proceedings on the clear and simple ground that the defendant has promised not to bring them” : [1995] 1 Lloyd’s Rep. 87, 96 (par Millett LJ)

<sup>816</sup> Cette tendance, impossible à chiffrer, n’est pas étonnante lorsque l’on connaît l’importance croissante de la stratégie procédurale des justiciables, les juges regrettant sans doute le temps, révolu, et sans doute quelque peu imaginaire, des ‘gentlemen’ où il était naturel de s’incliner devant les accords conclus.

<sup>817</sup> A. BRIGGS et P. REES, 1997, 269, n° 5.28 : “an injunction was the only effective remedy for such a breach, and that an injunction would be the *natural* remedy” (nous soulignons).

<sup>818</sup> *Donohue v Amco Inc et al.*, [2001] UKHL 64 (H.L., 13 décembre 2001).

<sup>819</sup> [2000] 1 Lloyd’s Rep. 579. En première instance, le juge Aikens avait refusé l’injonction : [1999] 2 Lloyd’s Rep. 649.

particulier une compétence exclusive pour se prononcer sur une demande formulée entre parties, et une demande tombant sous le coup de cet accord est instituée dans un autre for que celui choisi par les parties, le tribunal anglais exercera en règle générale son pouvoir discrétionnaire [...] de façon à garantir que les parties s'en tiennent à ce qu'elles ont convenu, à moins que la partie qui a introduit la demande devant le for non élu, (la charge de la preuve reposant sur elle), apporte la preuve d'éléments qui justifient impérieusement la conduite de la procédure dans ce for». <sup>820</sup> Et le juge de préciser sa pensée en expliquant que s'agissant d'une question laissée à l'appréciation discrétionnaire des juges, «il ne peut être question de faire régir cette appréciation par des règles absolues ou inflexibles». <sup>821</sup> Ainsi un plaideur pourra-t-il hypothéquer ses chances d'obtenir l'aide du for anglais de l'injonction s'il tarde à le saisir. Lord Bingham ne laissa toutefois subsister aucun doute sur la direction dans laquelle doit être exercée cette appréciation : «la règle générale est claire», expliqua-t-il, «lorsque les parties sont liées par une clause d'élection de for exclusive, les tribunaux doivent donner suite à cette clause, sauf lorsque des raisons suffisamment impérieuses justifient que l'on s'en écarte». <sup>822</sup>

L'avertissement de la Chambre des Lords est sans équivoque : les justiciables qui ne respectent pas les clauses d'élection de for qu'ils ont conclues, s'exposent à la sanction de l'interdiction de procéder. <sup>823</sup>

**169. Un respect scrupuleux de la volonté des parties** - Le *leitmotiv* de cette jurisprudence est la volonté d'obliger les parties à honorer leurs stipulations contractuelles. La popularité des tribunaux anglais auprès des parties contractantes explique sans doute le souci de ces tribunaux de garantir l'intégrité des accords conclus par les parties, fut-ce au prix d'une interférence, même indirecte, dans la conduite d'une procédure étrangère. Ce souci se rencontre tant à l'égard des clauses compromissaires <sup>824</sup>

<sup>820</sup> § 24 du jugement : « If contracting parties agree to give a particular court exclusive jurisdiction to rule on claims between those parties, and a claim falling within the scope of the agreement is made in proceedings in a forum other than that which the parties have agreed, the English court will ordinarily exercise its discretion [...] to secure compliance with the contractual bargain, unless the party suing in the non-contractual forum (the burden being on him) can show strong reasons for suing in that forum ».

<sup>821</sup> Idem : « I use the word 'ordinarily' to recognize that where an exercise of discretion is called for, there can be no absolute or inflexible rule governing that exercise ».

<sup>822</sup> Idem : « the general rule is clear : where parties have bound themselves by an exclusive jurisdiction clause, effect should ordinarily be given to that obligation in the absence of strong reasons for departing from it ».

<sup>823</sup> La jurisprudence des cours et tribunaux avait déjà fait sienne la sévérité de la jurisprudence *Angelic Grace*, v. *Akai Property Ltd. v People's Insurance Co, Ltd*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 90, 105 ; [1999] I.L.Pr 24, 52 : « Where a plaintiff seeks an injunction to restrain foreign proceedings where there is a clear breach of a jurisdiction clause, an injunction should not be granted as a matter of course, but usually should be granted unless good reason was shown why it should not ». V. également *Ultisol Transport Contractors Ltd v Bouygues Offshore SA et al.*, [1996] 2 Lloyd's Rep., 140, 148-149 (« the Court should not be reluctant to grant an anti-suit injunction on the ground that to do so might be thought to be an interference with the exercise of a jurisdiction by a Court of a competent jurisdiction elsewhere. It would not be such an interference but merely the enforcement of a contractual promise »). La volonté de faire triompher l'accord des parties incite les tribunaux anglais à intervenir avant même que le défendeur ait engagé une procédure devant un juge étranger, v. p. ex. *Shell Int'l Petroleum Co Ltd v Coral Oil Ltd*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 72, 78 (le tribunal accorde une injonction interdisant à un concessionnaire libanais de la marque 'Shell', de procéder devant les tribunaux libanais, comme il avait menacé de le faire, et ce parce que le contrat de concession, révoqué par Shell, prévoyait une clause d'arbitrage LCIA. Le tribunal cite avec approbation la jurisprudence *Angelic Grace* et explique que « Prima facie [...] an injunction is the proper and necessary remedy for a threatened breach of the agreement and prima facie, therefore an injunction should be granted unless the defendants can show a strong reason why it should not ».

<sup>824</sup> P. ex., *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87 ; *Toepfer Int'l GmbH v Molino Boschi Srl* [1996] 1 Lloyd's Rep. 510 ; *Toepfer Int'l GmbH v Cargill France SA*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 98 ; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Vost Alpine Intertrading GmbH*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 279 ; *Navigations Maritime Bulgare v Rustal Trading Ltd, The Ivan Zagubanski*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 106 (QB) ; *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2001]

qu'à l'égard des clauses d'élection de for,<sup>825</sup> et ce aussi bien en droit commun<sup>826</sup> que lorsque la Convention de Bruxelles s'applique.<sup>827</sup>

Dorénavant il suffira dès lors à une partie de montrer que la procédure étrangère constitue une violation de la convention de juridiction pour obtenir une injonction, sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'une quelconque vexation.<sup>828</sup> Il appartient alors au défendeur de convaincre la Cour qu'il avait une raison légitime de ne pas se conformer à la stipulation contractuelle.<sup>829</sup> La jurisprudence *Donohue* va plus loin qu'un simple renversement de la charge de la preuve, qui verrait le demandeur à l'étranger somme d'expliquer pourquoi il a préféré porter sa demande devant un autre for que celui choisi par les parties. En réalité, c'est le critère même de la procédure vexatoire et oppressive comme exigence fondatrice du pouvoir injonctif qui s'en trouve modifiée : le simple fait que la procédure étrangère ait été engagée en violation de l'accord des parties suffira à justifier l'injonction, cette circonstance démontrant à elle seule le caractère abusif de la saisine du juge étranger. La seule véritable limite au pouvoir d'injonction réside dans une exigence de célérité : l'injonction sera en effet refusée s'il apparaît que le demandeur tente d'obtenir une interdiction alors que la procédure étrangère suit son cours depuis déjà quelques mois, voire quelques années.<sup>830</sup>

**170. Une jurisprudence américaine moins agressive** - La jurisprudence américaine ne semble pas encore avoir pris conscience des vertus de l'interdiction de procéder comme garante du respect de l'autonomie de la volonté. On ne trouve que quelques décisions qui ont eu recours à l'injonction *anti-suit* pour sanctionner l'introduction d'une procédure devant un juge autre que celui désigné par les parties. Ainsi dans une affaire mettant en jeu une clause d'élection de for contenue dans un connaissance maritime, le tribunal du district méridional de New York a-t-il interdit à plusieurs compagnies d'assurance de poursuivre une procédure qu'elles avaient engagée en Italie contre le transporteur de marchandises.<sup>831</sup> Le tribunal prit toutefois la peine de souligner que la *corinitas* internationale réservait l'exercice de l'injonction aux situations les plus exceptionnelles.<sup>832</sup> En outre, en l'espèce ce n'était pas tant la violation de la clause

1 All ER 530 ; Y.C.A., 2001, 689 (QB) (clause compromissoire prévoyant un arbitrage à Londres ; le tribunal accorde une injonction pour mettre fin à une procédure engagée au Delaware).

<sup>825</sup> P. ex. *Ultisol Transport Contractors Ltd. v Bouygues Offshore SA et al.* [1996] 2 Lloyd's Rep. 140 ; *A/S D/S Sverdrborg v Warsa* [1996] 2 Lloyd's Rep. 559 ; *Sobio v Gatoil*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 588 ; *Donohue v Arco Inc. and Others*, [2000] 1 Lloyd's Rep. 579 (C.A.).

<sup>826</sup> *Akai Property Ltd. v People's Insurance Co, Ltd.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 90 ; [1999] I.L.Pr. 24 ; *National Westminster Bank Plc v Utrecht-America Finance Co*, inédit, 10 mai 2001 (C.A.) ; *Society of Lloyd's v White* (2000) Times, 14 avril 2000 (QB) (injonction interdisant à une partie de poursuivre une procédure engagée en Australie en violation d'une clause attribuant compétence aux tribunaux anglais).

<sup>827</sup> P. ex. *Continental Bank NA v Aelos Cia Naviera SA* [1994] 2 All ER 540 ; [1994] W.L.R. 588 ; *Standard Bank London Ltd. v Dimitrios. Apostolakis et al.*, 2000 WL 191161 (QB 19 janvier 2000) (injonction sollicitée à l'encontre d'une procédure pendante en Grèce).

<sup>828</sup> Analyse que partage R. ASARIOTIS, *l.c.*, *Yearb. Eur.L.*, 1999-2000, (447), 458 (qui note que les critères pour obtenir une injonction sont devenus "very relaxed").

<sup>829</sup> Le souci des tribunaux anglais de faire respecter les conventions de juridiction ne se traduit pas seulement par l'interdiction faite aux parties d'engager une procédure à l'étranger en violation de la convention. Si d'aventure une partie obtient du juge étranger qu'il se prononce au fond malgré l'existence de la convention, les tribunaux anglais pourront également lui interdire de tenter d'obtenir l'exécution de ce jugement, v. *Yowell v Kara Mara Shipping Co, Ltd.*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 102 (Q.B.).

<sup>830</sup> P. ex. *Toepfer Int'l GmbH v Molino Boschi SRL*, [1996] 1 Lloyd's Rep. 510 (injonction refusée, la procédure étrangère étant vieille de plusieurs années) ; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 179 (injonction accordée malgré un délai de 6 mois)

<sup>831</sup> *Farrell Lines, Inc. v Columbus Cello-Polly Corp et al.*, 32 F. Supp. 2d 118, (S.D.N.Y. 1997).

<sup>832</sup> 32 F. Supp. 2d 118, 129-130.



d'élection de for que le tribunal cherchait à sanctionner, mais bien la tentative des assureurs d'échapper aux limites que le droit américain pose à la responsabilité du transporteur de marchandises.<sup>833</sup>

Rares sont les autres exemples où la procédure étrangère a été sanctionnée de la sorte.<sup>834</sup> Le contraste entre l'attitude des tribunaux anglais et américains s'explique sans doute par la méfiance avec laquelle ces derniers abordent toujours les clauses d'élection de for dans le contentieux international.<sup>835</sup> Cette méfiance est elle-même à l'origine de conflits, notamment avec les tribunaux anglais. Dans plusieurs affaires retentissantes, ces derniers se sont vus contraints d'interdire la poursuite d'une procédure américaine parce que leurs collègues américains avaient pris quelque liberté avec la clause d'élection de for.<sup>836</sup>

C'est ainsi que dans l'affaire *Donohue* déjà citée, qui portait sur la vente d'un groupe d'entreprises anglaises d'assurance par un conglomérat américain à des employés des sociétés vendues, le vendeur assigna les acheteurs devant les tribunaux New-yorkais en alléguant un comportement frauduleux dans leur chef. Le tribunal américain refusa de donner suite à la clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais, parce qu'elle était à ses yeux teintée de fraude. De plus elle ne pouvait selon le tribunal s'appliquer au litige dont il était saisi, puisque celui-ci reposait sur des allégations de fraude alors que la clause visait uniquement les difficultés résultant de l'exécution du contrat.<sup>837</sup> On a vu que

<sup>833</sup> Le fameux *Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. § 1300 et suivant. V. 32 F. Supp. 2d 118, 130-131 : "[...] COGSA's protections reflect the important goal of limiting a carrier's liability when it is not appraised of the true value of the goods, so that the carrier does not, in effect, function as the insurer of the goods. Plaintiff relied on the applicability of COGSA in entering this transaction, and its shipping charges reflected this reliance on limited liability. [...] it is clear that defendants are attempting to evade the liability limitations that were the basis of their bargain, in violation of public policy".

<sup>834</sup> P. ex. *International Fashion Products, Bv v Calvin Klein, Inc.*, 1995 WL 92321 (S.D.N.Y. March 7, 1995) (une injonction est accordée pour interdire la poursuite d'une procédure aux Pays-Bas en violation d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux américains).

<sup>835</sup> Ainsi, Mme. Teitz fait-elle observer que "many U.S. courts are unwilling to defer to the chosen forum under a forum selection clause in commercial transactions, even another common-law jurisdiction, sometimes construing the forum selection clause narrowly and sometimes treating the issue as one of venue": L. E. TEITZ, "Parallel Proceedings : Moving Into Cyberspace", *Int'l Lawyer*, 2001, (491), 497.

<sup>836</sup> P. ex. *Shell Offshore, Inc. v Heeremac*, 33 F. Supp. 2d 1111 (S.D. Tex. 1999) (procédure anti-trust engagée aux États-Unis, alors que les parties étaient liées par une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais. Les défendeurs s'empressent de demander à ces derniers tribunaux d'interdire la poursuite de la procédure américaine, sur quoi les demandeurs sollicitent l'interdiction de la procédure anglaise...). V. les observations de L. E. TEITZ, "International Litigation. Parallel Proceedings and the Guiding Hand of Comity", *Int'l. Lawyer*, 2000, (545), 550-551 et *XL Insurance Ltd. v Owens Corning*, [2001] 1 All ER (Comm) 530; Y.C.A., 2001, 869 (QB) (injonction anti-suit accordée pour mettre fin à une procédure engagée aux États-Unis en violation d'une clause compromissoire prévue dans le contrat d'assurance liant les parties).

<sup>837</sup> *Armo Inc. v North Atlantic Ins. Co Ltd.*, 68 F. Supp. 2d 330, 338-40 (S.D.N.Y. 1999). On aura reconnu une tactique fréquemment utilisée par les plaideurs désireux de se soustraire à l'obligation à laquelle ils ont souscrit avec la convention de juridiction. Les tribunaux ont toutefois paré la manœuvre, la plupart des jurisprudences nationales semblent en effet interpréter les conventions de juridiction sans restriction particulière, avec pour seul impératif de donner plein effet à l'autonomie de la volonté. En ce sens pour les clauses compromissoires p.ex. A. REDFERN et M. HUNTER, *ac.*, 1999, 160, n° 3-40 ("[...] most national courts now regard arbitration as an appropriate way of resolving international commercial disputes and accordingly seek to give effect to arbitration agreements wherever possible, rather than seeking to narrow the scope of the agreement so as to preserve the court's jurisdiction"). V. également G. B. BORN, *ac.*, La Haye, Kluwer Law Int'l, 1999, 24 ("Most developed legal systems allow forum clauses to encompass at least some non-contractual disputes (such as tort or statutory claims)". Cet auteur recommande d'utiliser le vocabulaire et la rédaction la plus large possible pour éviter d'éventuels litiges sur la portée de la clause, pp. 24-25). En particulier, l'extension d'une clause d'élection de for à la responsabilité extra-contractuelle ne semble pas poser de problème, *coris.* R. GEIMER, 1997, 442, n° 1719 ("Im Zweifel werden auch (mit den vertraglichen konkurrierende) deliktische Ansprüche mitumfasst"); CHESHIRE et NORTH, 1999, 353-354. La Cour de Justice a décidé dans l'affaire *Powell Duffryn* qu'il appartient au tribunal saisi de déterminer si la demande dont il est saisi est couverte par la clause d'élection de for, C.J.C.E., 10 mars 1992, *Powell Duffryn c. Petereit, Rec.*, 1992, I-1745. La Cour ne semble cependant pas avoir donné de directives particulières pour l'interprétation de la clause d'élection de for. M.M. Briggs et Rees en concluent que le juge anglais



la Chambre des Lords, si elle a cassé l'injonction accordée par la Cour d'Appel en l'espèce, n'en a pas moins fortement insisté sur le respect dû à la volonté des parties, qui justifiait à ses yeux en principe l'octroi d'une interdiction de procéder.<sup>838</sup>

En somme, le recours à l'injonction *anti-suit* dans des litiges mettant en jeu une clause d'élection de for est fréquent, que ce soit pour interdire la poursuite d'une procédure engagée dans un autre for que le for élu, ou encore pour répondre à une injonction de cette nature.<sup>839</sup>

**171. Rejet de l'interdiction de procéder - renvoi** – On a constaté que les tribunaux anglais et, dans une moindre mesure, les tribunaux américains, avaient recours à l'interdiction de procéder pour sanctionner un accord des parties sur le juge compétent. Pour des raisons qui seront développées ultérieurement, l'injonction *anti-suit* ne semble pas à même de réaliser l'objectif de coordination des procédures (*infra* n° 244 e.s.). Il en va de même lorsqu'elle vise à faire respecter un accord contractuel sur la résolution des litiges.

L'interdiction de procéder est sans doute la solution la moins respectueuse de la relativité intrinsèque des conventions de juridiction : en s'arrogeant le droit d'interdire la poursuite de la procédure étrangère, le for désigné par les parties néglige complètement la possibilité que le tribunal étranger puisse, de bonne foi, arriver à une appréciation différente de la même clause d'élection de for.<sup>840</sup> Circonstance aggravante, les tribunaux anglais n'ont pas hésité à faire utilisation de l'injonction au sein de l'espace judiciaire européen. On peut avoir des sérieux doutes sur la compatibilité de ce mécanisme avec les Conventions de Bruxelles et de Lugano (*infra*, n° 314 e.s.). Il faut dès lors se réjouir que la jurisprudence récente ait quelque peu nuancé l'automatisme avec lequel les injonctions paraissaient pouvoir être accordée.<sup>841</sup>

---

aura pour ce faire recours à la *lex contractus* (Briggs et Rees, 1997, 65, n° 2.82; note 318). Pour la Belgique, p. ex. CT Liège, 8 novembre 1996, *J.T.*, 1997, 150 (clause relative à la « résiliation » d'un contrat vaut également pour les litiges relatifs à la rupture immédiate pour faute grave).

<sup>838</sup> En première instance cependant ([1999] 2 Lloyd's Rep. 649), le juge Aikens avait refusé l'injonction, non seulement parce que les allégations de fraude n'étaient pas à ses yeux couvertes par la clause, mais également parce que l'Angleterre n'était pas le 'for naturel' de la cause (649, 663). V. les commentaires de L. E. TEITZ, *Lc., Int'l Lawyer*, 2001, (491), 497-500.

<sup>839</sup> Comme par exemple dans l'affaire *Shell Offshore, Inc v Heerema*, 33 F. Supp. 2d 1111 (S.D. Tex. 1999), où l'on demandait aux tribunaux américains de réagir 'en nature' contre une interdiction de procéder émise par un tribunal anglais. S'il n'a pas caché sa surprise et son incompréhension à l'égard de l'injonction anglaise visant à bloquer sa procédure, le juge américain a jugé qu'il était trop tôt pour intervenir en paralysant la procédure anglaise. Sur la nature proprement 'abrasive' de l'injonction, *infra*, n° 280 e.s.

<sup>840</sup> V. également H. MUIR WATT, compte-rendu de l'ouvrage de M. Requejo Isidro, *Proces en el extranjero y medidas antiproces*, *R.C.D.I.P.*, 2001, (595), 596 : Mme. Muir Watt se demande si l'injonction se justifie lorsque le 'for harceleur' a été élu par les parties. Elle répond par la négative, en notant que lorsque "le conflit de compétences naît ici d'une divergence d'appréciation des effets de la clause attributive par les deux fors [...] il n'y a aucune raison que celle du juge anglais prévale...".

<sup>841</sup> Les Principes de Leuven-Londres permettent au for élu de faire respecter une clause d'élection de for au moyen d'une injonction, mais seulement si cette clause est valable selon la loi des deux Etats concernés (Principe). Autant dire que dans une telle situation, les deux tribunaux donneront effet à la clause, et que dès lors le besoin de l'injonction ne se fera pas sentir.

*Comp.* la position de A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Soled Colloquium*, J. GOLDSMITH (ed.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1996, (237), 256-257 (cet auteur suggère d'interdire carrément la possibilité de recourir à l'injonction pour faire respecter une convention de juridiction). V. également les nombreuses réserves émises par A. Briggs et P. Rees, *o.c.*, 269-270, n° 5.28.

172. Evolution récente de la jurisprudence anglaise – Force est en effet de constater que la jurisprudence anglaise a mis un peu d'eau dans son vin. Certaines décisions récentes refusent de conférer à l'interdiction de procéder le caractère d'une sanction automatique et nécessaire de la violation d'une clause d'élection de for.<sup>842</sup>

Certes la Chambre des Lords a-t-elle en décembre 2001 accordé sa caution à la jurisprudence *Angelic Grace* et consacré dans l'affaire *Donohue* déjà évoquée une véritable présomption en faveur de l'interdiction de procéder comme sanction de la violation d'une clause d'élection de for. Dans cette même espèce toutefois, la Cour a réformé l'injonction accordée parla Cour d'Appel en s'appuyant pour ce faire sur le risque que l'arrêt de la procédure américaine engagée en contravention avec la clause d'élection de for, ne laisse subsister des procédures concurrentes. On se rappellera en effet que dans cette affaire, seules certaines parties étaient liées par la clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais ; en outre, certaines des demandes soumises aux tribunaux américains échappaient à la clause d'élection de for en raison de leur caractère non contractuel. Tout en reconnaissant que le demandeur devant les tribunaux anglais avait en principe le droit d'exiger que la clause d'élection de for soit respectée,<sup>843</sup> la Chambre des Lords expliqua que, même si l'injonction était accordée, cela n'empêcherait pas la poursuite d'autres procédures devant les tribunaux américains, procédures qui ne

<sup>842</sup> V. les considérants de la Cour d'Appel dans l'affaire *Philip Alexander Securities and Futures Ltd. v Bamberger*, [1997] I.L.Pr. 73; *Credit Suisse First Boston (Europe) Ltd. v Segate Trading Co. Ltd.*, [1999] 1 All ER (Comm) 261 (Rix J. refuse une injonction alors qu'une partie avait commencé une procédure en Californie en violation apparente d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais, parce que des doutes sérieux existaient sur la validité de la clause); *Credit Suisse First Boston (Europe) Ltd. v MLC (Bermuda) Ltd.* [1999] 1 All ER (Comm) 237, [1999] 1 Lloyd's Rep. 767 (injonction anti-suit accordée contre une partie qui initie une procédure à New York en violation d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais. La Cour limite l'injonction aux demandes qui sont manifestement couvertes par la clause d'élection de for. V. également le pendant américain du conflit, *MLC (Bermuda) Ltd. v Credit Suisse First Boston Corp.*, 46 F. Supp. 2d 249 (SDNY 1999) et les commentaires de L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 2000, 548-549); *Mediterranean Shipping Co SA v Atlantic Container Line AB et al.*, LEXIS, (CA, 3 décembre 1998) (la Cour d'Appel refuse d'enjoindre une partie qui avait commencé une procédure à New York en violation d'une clause compromissoire LCIA. La Cour accepte les principes dégagés dans *Angelic Grace* et *Akai*, précités, mais refuse de les ériger en règles inflexibles qui commanderaient une décision d'enjoindre à chaque fois qu'il y a une convention de juridiction. La Cour insiste pour conserver une certaine flexibilité. En l'espèce, le tribunal de New York était saisi d'une demande de dessaisissement sur base de la Convention de New York, qui devait être entendue très rapidement. De plus le comportement du demandeur aux Etats-Unis pouvait être interprété comme une renonciation à invoquer la clause compromissoire, et le juge américain était mieux placé pour statuer sur cette question). V. également les attendus plus discrets d'autres juges, comme Creswell J., dans *Banque Cantonale Vaudoise v Waterbury Maritime, Inc.*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 347, 357 (le juge souligne la nécessité "to avoid the risk of conflicting judgments and thus to facilitate the proper administration of justice in the Community") et de la Cour d'Appel dans *Toepfer Int'l GmbH v Société Cargill France*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 379, 386 (in casu, un acheteur cherchait protection auprès des tribunaux français, réclamant des dommages et intérêts en alléguant que la cargaison qui lui avait été livrée était défectueuse. Le vendeur invoqua la convention d'arbitrage GAFTA pour persuader les tribunaux anglais d'interdire à l'acheteur de poursuivre la procédure française, ce qui lui fut accordé en première instance : *Toepfer Int'l GmbH v Société Cargill France* [1997] 2 Lloyd's Rep. 98 (QB). Cette décision fut confirmée en appel, la Cour se référant cependant à la Cour de Justice pour obtenir des éclaircissements quant à la portée de certaines dispositions de la Convention de Bruxelles. La demande préjudicielle fut ensuite abandonnée. La Cour a toutefois noté que "If the point had arisen, we would have been bound to hold that article 17 overrides art. 21 and 22 of the Convention. This is because it has been so held by this court in *Continental Bank v Aekas* [...] That decision has provoked widespread controversy and it is, perhaps, a pity that these proceedings are unlikely to provide an occasion for its review" et dans la même décision, à propos du dictum du juge Millett dans l'affaire *Angelic Grace* précité, les juges écrivent que "we would not wish it to be thought that we have independently endorsed these sentiments").

En général, v. les commentaires de P. ROGERSON, *l.c.*, *The All England Law Reports Annual Law Review 1999*, Londres, Butterworths, 2000, (81), 82-84, de E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 206-207 ainsi que R. ASARIOTIS, *l.c.*, *Yearb. Eur.L.*, 1999-2000, (447), 459-460 (qui constate que "a number of recent decisions indicate that a more careful and restrained judicial attitude may be appropriate, at any rate in the context of proceedings in other Contracting States to the Bruxelles Convention").

<sup>843</sup> § 29 du jugement, par Lord Bingham.

pouvaient faire l'objet d'une interdiction à défaut de violation de la clause d'élection de for.<sup>844</sup>

La Haute Cour poursuit en expliquant que la perspective de voir se poursuivre plusieurs procédures, qui pourraient conduire à des résultats contradictoires, constituait une circonstance suffisamment grave pour renverser la présomption en faveur de l'injonction.<sup>845</sup> Ce faisant, la Chambre a admis que le souci de l'économie de procédure devait triompher du nécessaire respect de l'autonomie de volonté.<sup>846</sup> On est donc loin de la quasi-automaticité de la jurisprudence *Argelic Grace*.

**173. Interdiction de procéder, conclusion** – La décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *Donohue* laisse entrevoir les limites de l'injonction comme sanction de la clause d'élection de for : en cas de violation pure et simple de cette clause, le demandeur à l'étranger aura bien du mal à éviter la sanction du tribunal anglais.<sup>847</sup> Le for de l'injonction se laissera au contraire convaincre de la légitimité de la procédure étrangère lorsque celle-ci apparaît comme l'unique possibilité d'éviter une dispersion nuisible du contentieux et le risque attendant de décisions contradictoires. On voit que le souci de l'autonomie de la volonté et celui de prévenir les procédures concurrentes ne font pas toujours bon ménage. La sanction du premier au moyen de l'interdiction de procéder a en tout cas perdu quelque peu de son mordant.

### III. LA DIFFICILE COEXISTENCE DE LA LITISPENDANCE ET DE LA CLAUSE D'ÉLECTION DE FOR

**174. La coordination des procédures concurrentes** – Si l'injonction *anti-suit* ne convainc pas comme méthode de résolution des conflits de procédures, ce n'est pas le cas d'une autre voie que l'on peut résumer par l'idée de *coordination*.

On étudiera plus loin les différentes formes que peut prendre la coordination des procédures concurrentes. Dans la tradition romano germanique, cette coordination se traduit généralement par une exception de litispendance, qui peut être invoquée par une partie pour mettre fin à une procédure engagée alors qu'un tribunal a déjà été saisi du litige (*infra*, n° 370). On se demandera dès lors si la litispendance pourrait servir de méthode de coordination aux procédures concurrentes s'appuyant sur une clause d'élection de for. Cette question appelle une réponse différente selon le contexte. On va voir en effet que s'il ne serait en principe pas judicieux d'imposer au juge élu par les parties de céder la priorité à un tribunal antérieurement saisi, comme le voudrait le mécanisme de la litispendance (A), il en va autrement au sein de l'espace judiciaire européen (B).

<sup>844</sup> §§ 30-33 du jugement, par Lord Bingham.

<sup>845</sup> Selon Lord Bingham, « the ends of justice would be best served by a single composite trial in the only forum in which a single composite trial can be proceeded, which is New York, and accordingly, I find strong reasons for not giving effect to the exclusive jurisdiction clause » (§ 36 du jugement). V. également § 75, par Lord Scott.

<sup>846</sup> V. déjà en ce sens, *Bouygues Offshore SA v Caspian Shipping Co et al. (Nos. 1, 3, 4 & 5)*, [1998] 2 Lloyd's Rep. 461 (C.A.) et dans cette même espèce, *Bouygues Offshore SA v Caspian Shipping Co et al. (No2)*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 485 ainsi que *Ultisol Transport Contractors Ltd v Bouygues Offshore SA et al.*, [1996] 2 Lloyd's Rep., 140.

<sup>847</sup> Comme le montre une affaire récente mettant en jeu une clause compromissoire dont les demandeurs alléguaient la violation par leurs adversaires, qui avaient saisi le tribunal de Marseille. Le juge Aikens a refusé de se laisser convaincre par les appels des défendeurs, qui évoquaient la sensibilité différente des pays de l'espace judiciaire européen pour exclure la possibilité d'une interdiction de procéder : *Navigation Maritime Bulgare v Rustal Trading Ltd, The Ivan Zagubanski*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 106, 122-124 (QB).

### A. La règle générale : pas d'application analogique de la litispendance

175. Une question de compétence - A première vue, il n'y a pas place pour l'exception de litispendance lorsque l'un des tribunaux saisis fonde sa compétence sur un accord des parties. L'exception de litispendance repose en effet sur le postulat que les deux instances concurrentes sont également compétentes pour prendre connaissance du litige. Or, l'existence d'une convention de juridiction suppose que l'une des instances concernées est, du moins aux yeux de l'autre, incompétente. En dehors du contexte particulier de l'espace judiciaire européen, la doctrine ne semble pas s'être beaucoup souciée des relations entre clause d'élection de for et litispendance. On peut toutefois noter que lorsque le litige met en jeu une clause compromissoire, la doctrine classique ne laisse aucune place à l'exception de litispendance. MM. *Huys* et *Keutgen* notent par exemple à propos de la concurrence entre une procédure arbitrale et une procédure devant un juge national que :

« [I]es mécanismes de la litispendance et de la connexité [...] ne sont pas applicables lorsque l'une des demandes est introduite devant des arbitres, car la signature par les parties d'une clause arbitrale exclut que la même action puisse être portée devant d'autres tribunaux également compétents. En effet cette clause confère aux arbitres une juridiction exclusive à laquelle aucune autre ne peut être substituée ».<sup>848</sup>

Ce rejet de la litispendance est d'ailleurs entériné par une jurisprudence arbitrale constante. C'est ainsi que dans une procédure conduite sous les auspices de la CCI, une partie avait soulevé l'exception de litispendance en raison de la saisine antérieure d'un tribunal espagnol. Le tribunal arbitral écarta l'exception en notant que « il ne saurait y avoir de litispendance dès lors qu'une clause compromissoire est déclarée valable puisqu'elle a précisément pour objet d'écarter la compétence des juridictions ordinaires ».<sup>849</sup>

<sup>848</sup> M. HUYS et M. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, 255, n° 374. V. aussi D. H., note sous Sentence CCI n° 6709/1991, *J.D.I.*, 1992, (1001), 1005 (“[...] la litispendance entre juge et arbitre n'existe pas”); PH. DE BOURNONVILLE, « L'arbitrage », in *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2000, 137, § 143 (« La litispendance suppose l'introduction de deux demandes devant des tribunaux différents de l'ordre judiciaire ; son mécanisme n'est pas applicable lorsque l'une d'entre elles est portée devant des arbitres. Il n'y a donc pas litispendance entre les juridictions étatiques et un tribunal arbitral »); M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, 1990, 244, n° 284 ; G.A. ALVAREZ, note sous la sentence CCI N° 5103 (1988), *J.D.I.*, 1988, 1206 (explique que « En présence d'une clause compromissoire valide, les parties ne sauraient donc s'opposer en instance arbitrale les exceptions de litispendance et de connexité au profit d'une juridiction étatique »); H. GAUDEMET-TALLON, v° Compétence civile et commerciale, *Répertoire dr. int.*, Paris, Dalloz, 1998, 32, n° 19 ; Y. DERAIS, note sous sentence CCI n° 6840 (1991), *J.D.I.*, 1992, 1030 (« une exception de connexité ne saurait être reçue, faute de compétence de la juridiction étatique ») et D. HASCHER, note sous sentence CCI n° 6709, *J.D.I.*, 1992, 998 (« En vérité les tribunaux d'Etat sont dessais de par la volonté des parties, et celle-ci doit l'emporter, au moins tant qu'elle est valable. Dans ces conditions, la litispendance entre juge et arbitre n'existe pas et ce dernier doit seulement se préoccuper de la volonté qui l'a désigné [...] Ce qui vient d'être exposé vaut également pour la connexité »). M. Schlosser explique à propos de la clause compromissoire que “[...] parallel arbitration proceedings commenced by either party should not be of any concern for an official court. It does not matter whether arbitration proceedings were commenced prior or subsequently to the institution of court proceedings. The only thing a state court has to do is verify whether or not, due to the arbitration agreement, it is deprived of jurisdiction” (I.c., in *Arbitral Tribunals and State Courts. Who Must Defer to Whom?*, ac., (15), 17). V. également les nombreuses références citées par W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtsängigkeit im Schiedsverfahren*, Tübingen, J.C.B. Mohr Siebeck, 1991, 182, note 3.

<sup>849</sup> Sentence CCI n° 6142 (1990), *J.D.I.*, 1990, 1039, *Collection of ICC Awards 1986-1990*, 420 (le tribunal arbitral a également constaté qu'il n'y avait pas identité entre les parties en cause et que si les deux causes étaient

Cette décision reflète un courant majoritaire dans la jurisprudence arbitrale.<sup>850</sup> Quelques sentences arbitrales semblent certes laisser la porte ouverte à une éventuelle prise en considération de l'exception de litispendance invoquée en raison de la saisine antérieure d'un tribunal national : s'ils la rejettent, ce n'est pas en effet pour des raisons de principe tenant à l'inapplicabilité de cette exception dans les relations entre justice arbitrale et justice étatique, mais bien parce les conditions d'application de l'exception n'étaient pas remplies. Que le tribunal se soit dans ces espèces contenté de constater le défaut d'identité des parties,<sup>851</sup> ou l'impossibilité de reconnaître la future décision étrangère,<sup>852</sup>

---

« manifestement connexes », il n'en demeurerait pas moins que « cette connexité n'autorise pas le renvoi » en raison de l'existence de la clause compromissoire qui prive le tribunal espagnol de tout pouvoir de juridiction).

<sup>850</sup> Sentence CCI n° 3879 du 5 mars 1984, *Y.C.A.*, 1986, vol. XI, 127; *I.L.M.*, 1984, 1071 (litige qui mettait aux prises une entreprise et cinq pays dont l'Égypte. La procédure arbitrale engagée, l'Égypte entama une procédure devant les tribunaux du Caire et ceux de Genève pour qu'ils déclarent nulle la procédure arbitrale fautive de convention d'arbitrage. Dans le même temps, l'Égypte invoquait l'exception de litispendance devant le tribunal arbitral pour l'inviter à surseoir à statuer. Le tribunal arbitral examina d'abord la convention d'arbitrage pour en confirmer la validité. Il rejeta dès lors le 'plea of stay' en notant que "[n]ow that it has recognized its own jurisdiction, [...] the Tribunal is unable to uphold the request for a stay"); Sentence CCI n° 6708/1991, *J.D.I.*, 1992, 998, note D.H. (exception de litispendance soulevée en raison de la saisine antérieure du tribunal de Grande Instance de Paris, le tribunal arbitral rejette l'exception en notant que « le caractère de juridiction d'exception de la juridiction arbitrale fait obstacle à la possibilité d'une situation de litispendance entre une juridiction étatique et la juridiction arbitrale »); Sentence CCI n° 5103, *J.D.I.*, 1988, 1207, note G.A.A.; *Collection of ICC Awards 1986-1990*, 361 (exception de litispendance avec une procédure en Tunisie rejetée pour des raisons de principe parce que les deux instances concurrentes ne sont pas également compétentes; les deux procédures avaient été initiées par la même partie; le tribunal arbitral note que « les deux demandes [...] n'ont pas été portées devant des juridictions également compétentes. La litispendance à proprement parler ne peut surgir qu'entre deux juridictions d'un même Etat ou de deux Etats différents, lorsque les règles de compétence de leur for les autorisent l'une et l'autre à connaître d'un même litige [...] Cette situation de compétence concurrente ne peut surgir entre une juridiction arbitrale et une juridiction étatique, pour la raison que leur compétence respective ne dépend que d'un seul facteur, l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »); Sentence CCI n° 3572 (1982), *Collection of ICC Awards 1986-1990*, 154 (arbitre refuse de donner suite à une demande de sursis à statuer pour permettre à un tribunal judiciaire de se prononcer); Sentence CCI n° 5294 (1988), *Collection of ICC Awards 1986-1990*, 180 (arbitre refuse de donner suite à une demande de sursis à statuer formulée pour qu'un tribunal égyptien puisse se prononcer sur la validité de la clause compromissoire); Sentence CCI n° 6709 (1991), *Collection of ICC Awards 1991-1995*, 435; *J.D.I.*, 1992, 998 (arbitre rejette une exception de litispendance invoquée en raison de l'existence d'une procédure pendante devant un tribunal français; le litige opposait une société allemande et une société française, cette dernière ayant reçu une licence de la première pour commercialiser en France un produit dont la première détenait le brevet. L'entreprise française ne respectant pas ses engagements, l'entreprise allemande commença une procédure arbitrale. L'entreprise française répondit en engageant devant le TGI de Paris une action en nullité du brevet pour défaut de nouveauté, et souleva devant le tribunal arbitral une exception de litispendance. Le tribunal arbitral écarta l'exception de litispendance en notant que « le caractère de juridiction d'exception de la juridiction arbitrale fait obstacle à la possibilité d'une situation de litispendance entre une juridiction étatique et la juridiction arbitrale »; de plus il n'y avait pas identité entre les demandes).

<sup>851</sup> Sentence CCI n° 2272 de 1975, *Y.C.A.*, vol. 2, 1977, 151, *Collection of ICC Awards 1974-1985*, 11 (litispendance évoquée avec une instance pendante devant le tribunal de commerce de Bruxelles. Au lieu de rejeter d'emblée l'exception, le tribunal arbitral note que les parties ni les causes ne sont identiques, la procédure arbitrale est engagée entre A et B, la procédure belge entre B et C; le tribunal décide que « Whereas the parties in each of these proceedings are not the same, and their mutual and reciprocal requests do not have the same purpose, the subsidiary plea of pendency introduced by B cannot be sustained »); sentence CCI n° 1512 du 14 janvier 1970, *YCA* 1980, 174; *Collection of ICC Awards 1974-1985*, 33 (arbitrage CCI à Genève et procédure au Pakistan, le tribunal arbitral se contente, pour rejeter l'exception, d'observer que « there is no identity of subject matter »); Sentence CCI n° 6840 (1991), *J.D.I.*, 1992, 1030, note Y.D.; *Collection of ICC Awards 1991-1995*, 467 (arbitre refuse de donner suite à une exception de litispendance et de connexité invoquée en raison de la saisine concurrente d'un tribunal sénégalais, parce que les deux instances sont « parfaitement distinctes »); Sentence ICSID du 8 août 1980, *Y.C.A.*, 1983, vol. 8, 144 et *I.L.M.*, 1982, 740 (entreprise italienne dans un litige l'opposant au Congo, le Congo souleva une exception de litispendance en raison de l'existence d'une procédure parallèle pendante devant le tribunal révolutionnaire de Brazzaville. Le tribunal arbitral rejette cette demande en notant que « the pendency of a case was in order only in the event of the identity of the parties, of the subject-matter and of the cause of the suits pending before the two tribunals. The Tribunal found that these conditions were not fulfilled »).

<sup>852</sup> Sentence arbitrale N° RSP 57/78 du 18 janvier 1980, Chambre de Commerce de Tchécoslovaquie, *Y.C.A.*, VI, 1981, 127 (le même demandeur initie une procédure d'arbitrage en Tchécoslovaquie puis une procédure devant les tribunaux belges. Le défendeur souleva l'exception de litispendance. Les arbitres rejettent l'exception de litispendance non pas par principe mais parce que la loi tchèque (article 63 de la loi de 1963 sur le droit

doit se comprendre non pas comme la volonté d'embrasser pleinement l'exception de litispendance, mais bien comme le souci des arbitres d'avoir, par économie de moyen, recours à l'argument le plus évident.

Le sentiment général est dès lors celui de l'inapplicabilité de l'exception de litispendance dès que les parties ont fait usage de leur autonomie de la volonté et choisi de s'en remettre à un tribunal arbitral pour trancher leurs différends. *A priori*, on ne voit pas pourquoi il devrait en aller autrement à l'égard d'une clause d'élection de for qui, si elle n'a pas pour effet de soustraire un litige à la connaissance des juridictions nationales, exprime toutefois la même volonté des parties de désigner eux-mêmes l'instance qui se chargera de trancher leur différend.<sup>853</sup>

**176. Une question de perspective** - Le rejet de principe de l'exception de litispendance trahit toutefois une certaine méprise sur la nature du mécanisme. L'argument invoqué, selon lequel il n'y aurait pas lieu de se préoccuper de cette exception, qui ne trouverait à s'appliquer que lorsque les deux instances sont également compétentes, parce que l'élection de for des parties prive par hypothèse le for premier saisi de compétence, dénote une certaine confusion à propos de l'efficacité de l'effet dérogatoire.

Prétendre que le for premier saisi n'est pas compétent en raison de l'existence d'une clause attributive de juridiction, c'est en effet oublier que la validité d'une telle clause et, partant, la compétence du juge élu, ne s'impose pas nécessairement de façon absolue. Comme nous avons eu l'occasion de le voir, tout est question de perspective en cette matière : pour le juge élu, la clause peut très bien s'avérer valide, alors que le for dérogé conclura, sur base de ses propres règles, à l'inefficacité ou encore à la caducité de la clause. Dire que la clause prive nécessairement le for dérogé de toute compétence fait donc l'impasse sur la *relativité* intrinsèque de la validité de la clause. L'inefficacité d'une clause d'élection de for peut se révéler être fonction de l'angle de vue, le for qui passe outre une telle clause ne fait pas nécessairement preuve de mauvaise foi.<sup>854</sup> On peut en

---

international privé) n'accepte la litispendance que lorsque le jugement étranger à venir est susceptible d'être reconnu en Tchécoslovaquie, ce qui n'est pas le cas du jugement belge à venir à défaut de traité). V. également sentence du 3 novembre 1973, n° 152/1972, Chambre Bulgare de commerce et d'industrie, *Y.C.A.*, 1979, vol. IV, 191 (un vendeur bulgare demande aux arbitres le paiement du prix par un acheteur français, celui-ci fait faillite et le vendeur réitère sa demande devant le tribunal de commerce français. Le syndic de faillite demande aux arbitres de mettre fin à la procédure arbitrale en raison de la litispendance avec la demande pendante en France. Cette demande est rejetée par les arbitres parce que l'article 9 du Code de Procédure civile bulgare ne reconnaît pas la litispendance étrangère).

<sup>853</sup> C'est la conclusion à laquelle aboutit par exemple M. Delaume qui écrit qu'au vu de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, "*lis pendens in effect cannot arise since, to the extent that the contractually chosen forum has exclusive jurisdiction, the second court is clearly without it*" (G. R. DELAUME, *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes. Law and Practice*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 170);

Dans son rapport pour l'Institut de Droit International, SACERDOTI avait invité l'Institut à conclure que "la prorogation volontaire de la compétence ne justifie pas la reconnaissance de la litispendance étrangère" (A. SACERDOTI et CH. LYON-CAEN, "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents. Rapport et projet de conclusions présentés au nom de la Commission, Institut de droit international, Sixième commission, Session de Venise", *Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, vol. 15, 1896, (85), 89. Cette suggestion se comprend si l'on tient compte de la méfiance généralisée à l'époque à l'égard de l'autonomie de la volonté, la possibilité pour les parties de désigner le juge compétent n'étant reconnue que de manière exceptionnelle.

<sup>854</sup> Cette relativité incite Mme. Rogerson à inviter les tribunaux anglais à faire preuve de modération dans l'utilisation de l'injonction anti-suit pour faire respecter une clause d'élection de for. Comme elle le note, "[...] the validity of the jurisdiction clause and its preparation may be open to question. Is it really unconscionable for a party to a contract to wish to have the question of the validity of the jurisdiction clause decided in a court other than that apparently chosen? [...] The difficult issues of which law governs to determine the validity and extent of the clause are rarely fully discussed." (P. ROGERSON, "Conflict of Laws", *The All England Law Reports Annual Survey 1999*, Londres, Butterworths, 2000, (81), 82).

déduire qu'il est fort possible que les deux tribunaux saisis se déclarent à juste titre compétents, parce que leur appréciation de la clause litigieuse sera divergente.

La possibilité d'appréciations divergentes d'une même clause d'élection de for, fait naître le spectre de procédures concurrentes, l'une devant le for prorogé, qui aurait conclu à la validité de la clause, et l'autre devant le for dérogé, pour qui la clause ne pourrait être honorée. Cette dualité potentielle de procédures est tout aussi néfaste que la concurrence 'ordinaire' de deux procédures. Elle appelle dès lors l'application de mécanismes de coordination, au premier rang desquels figure l'exception de litispendance.

C'est en ce sens que l'on peut comprendre une récente décision du Tribunal Fédéral Suisse, qui a imposé à un tribunal arbitral de prendre en considération l'exception de litispendance soulevée par une partie en raison d'une instance engagée antérieurement devant un tribunal panaméen.<sup>855</sup> La Haute Cour a pour ce faire constaté que le tribunal étranger avait à juste titre rejeté l'exception d'arbitrage, celle-ci ayant été soulevée tardivement.

Comme le Tribunal l'a indiqué, l'existence de deux procédures concurrentes faisait naître le risque de voir apparaître des décisions contradictoires, les sentences arbitrales jouissant de la même autorité que les décisions des tribunaux nationaux.<sup>856</sup> Pour éviter ce danger, le Tribunal a prôné l'application par analogie de l'exception de litispendance, dont il nota la parenté avec l'exception de chose jugée qui est communément appliquée en matière d'arbitrage. En l'espèce, le tribunal arbitral aurait dès lors dû appliquer l'exception de litispendance telle que la conçoit le droit suisse.

Si l'on peut avoir des doutes sur la pertinence de la solution retenue par le Tribunal, cette décision a le mérite de reconnaître la nécessité d'organiser la coordination entre procédures concurrentes, même en présence d'une convention de juridiction. Sur le plan des principes, une vision globale du litige et de ses conséquences conduit dès lors à écarter la thèse classique, qui exclut l'application analogique du mécanisme de la litispendance à la situation dans laquelle l'un des juges saisi a été choisi par les parties.

**177. Une question de mise en balance des intérêts** – On ne saurait nier la nécessité de coordonner les procédures concurrentes, même lorsque l'un des fors concurrents peut en appeler à sa désignation contractuelle par les parties. Pour donner chair à ce souci de coordination, le Tribunal Fédéral a opté pour l'application analogique de l'exception de litispendance prévue par le droit suisse. Cette décision n'est sans doute pas la plus heureuse – même si elle ne portera pas atteinte à l'intégrité de l'arbitrage international. On peut en effet se demander si la priorité chronologique permet de départager valablement deux instances concurrentes en présence d'une convention de juridiction. Demander au juge élu de s'incliner devant la saisine antérieure d'un autre juge, donne à notre sens un poids trop important au souci de coordination des procédures concurrentes, au détriment du respect dû à l'autonomie de volonté. On en arriverait en effet à inciter les justiciables à saisir un tribunal autre que celui qu'ils ont élu, dans l'espoir

<sup>855</sup> TF, 14 mai 2001, *ATF* 127 III 279 ; *Bulletin ASA*, 2001, n° 3, 544, avec les commentaires de M. LIATOWITSCH, "Die Anwendung der Litispendenzregeln von art. 9 IPRG durch Schweizerische Schiedsgerichte: Ein Paradoxon? Überlegungen zu einem Bundesgerichtsentscheid vom 14. Mei 2001 im Lichte von BGE 124 III 83", 422-438 ; J.-M. VULLIEMIN, "Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger", 439-450 et de M. SCHERER, "When Should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration?", 451-457. V. aussi CH. OETIKER, "The Principle of Lis Alibi Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision in *Fomento u Colon*", *Arb. Int'l.*, 2002, 137-145.

<sup>856</sup> TF, 14 mai 2001, *ATF* 127 III 279 ; *Bulletin ASA*, 2001, 549.



que celui-ci se déclare compétent. S'il ne le fait pas, au moins la saisine aura-t-elle permis de faire traîner les choses en longueur puisque le for élu aura dû surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge sur sa compétence. Un tel système paraît dès lors peu compatible avec l'importance accordée dans la plupart des ordres juridiques à l'autonomie de la volonté.

Il convient au contraire d'accorder la priorité à l'autonomie de la volonté sur le souci de coordination des procédures concurrentes : comme on l'a déjà vu, l'impératif de coordination n'est pas catégorique. Il peut s'incliner devant d'autres objectifs tout aussi légitimes.<sup>857</sup> Il nous semble que l'hypothèse ici étudiée justifie l'entorse faite au souci de coordination.<sup>858</sup> En somme, si l'application par analogie de la litispendance ne convient pas, ce n'est pas, comme on a pu le croire, à défaut de compétence égale des tribunaux concurrentement saisis, mais parce que la recherche de la coordination doit s'effacer derrière le respect de l'autonomie de la volonté.<sup>859</sup>

L'idée de coordination reste toutefois *judiciuse*. La concurrence de procédures demeure en effet néfaste, même lorsqu'elle met en jeu la volonté clairement exprimée par les parties de soumettre leurs différends à un juge particulier. La coordination ne doit toutefois pas nécessairement prendre la forme automatique de la priorité accordée au juge premier saisi – cette application analogique nous semble par trop nuisible pour la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions qui sous-tendent l'autonomie de la volonté. La fragmentation des statuts ayant vocation à régir les conventions de juridiction impose un détour par d'autres mécanismes de coordination, qui s'inspirent des développements récents qu'a connus l'arbitrage commercial international. Avant de se pencher sur ces autres possibilités de coordination, il est une hypothèse particulière qu'il faut encore évoquer, c'est celle de l'espace judiciaire européen.

<sup>857</sup> Une question similaire de mise en balance se pose à l'égard de l'influence d'une clause d'élection de for sur les appels en garantie, par exemple lorsque l'utilisateur final d'un produit assigne le vendeur de celui-ci, qui veut à son tour appeler le producteur en garantie. Celui-ci peut-il invoquer la clause d'élection de for qui le lie au vendeur et désigne un autre tribunal ? Le souci de préserver l'autonomie de la volonté se heurte alors à l'intérêt d'une bonne administration de la justice de voir l'intégralité des questions soulevées par un même litige soumis au même juge.

<sup>858</sup> V. à ce sujet les réflexions de Mme. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale...*, o.c., avril 1997, 65, n° 112. Dans le cadre des négociations en cours à La Haye, l'auteur expliquait qu'un consensus se dégagait « pour estimer que l'autonomie de la volonté est primordiale, qu'elle doit être respectée et doit être protégée contre toute interférence du juge [...] ». Il est également expliqué que la question de la relation entre la litispendance et les clauses d'élection de for devrait être plus amplement étudiée.

<sup>859</sup> On remarquera d'ailleurs que le Tribunal Fédéral a pris soin, dans l'affaire *Fornito*, de poser des limites très strictes à l'exception de litispendance dont il a imposé le respect aux tribunaux arbitraux : ceux-ci ne devront en effet s'effacer devant la saisine antérieure d'un juge national que lorsque la décision à venir de ce dernier est susceptible d'être reconnue en Suisse, ce qui ne sera pas le cas lorsque le juge national est passé outre une clause compromissoire valable selon le droit Suisse. En réalité, l'affaire *Fornito* a tout d'un "arrêt d'espèce" comme le fait remarquer un commentateur (M. SCHERER, *l.c.*, *Bull. ASA*, 2001, 451). Si la litispendance pouvait bloquer la procédure arbitrale, c'est parce que la partie qui entendait se prévaloir de la clause compromissoire avait tardé à invoquer celle-ci devant le juge panaméen. La clause était dès lors devenue caduque, une réalité qui s'imposait également au tribunal arbitral. Il en ira tout autrement lorsque le juge national passera outre la clause compromissoire pour des raisons déduites de son droit national, comme par exemple l'inarbitrabilité du litige selon la *lex fori*. Dans ce cas, une éventuelle décision de ce juge ne devrait pas pouvoir être reconnue en Suisse, et dès lors l'exception de litispendance sera inopérante. On peut conclure avec M. Vulliemmin que "l'exception de litispendance ne pourra guère être invoquée avec succès devant l'arbitre siégeant en Suisse, lorsque celui-ci sera en mesure d'admettre sa propre compétence sur la base d'une clause arbitrale valable et d'un litige arbitral" : J.-M. VULLIEMIN, *l.c.*, *Bull. ASA*, 2001, (439), 440.



## B. L'exception : l'espace judiciaire européen

178. **Introduction** - Nous avons vu que si l'on s'en tient à l'impératif de coordination, rien ne s'oppose à l'application par analogie de l'exception de litispendance en faveur du juge premier saisi, même lorsque le juge concurrent a été choisi par les parties. Si cette application par analogie ne peut être retenue, c'est en raison du primat qui revient à l'autonomie de la volonté, laquelle ne saurait être systématiquement sacrifiée sur l'autel de la priorité temporelle.

Il est toutefois une hypothèse dans laquelle la nécessité de coordonner les procédures concurrentes semble devoir l'emporter sur le respect de l'autonomie de la volonté. Il s'agit de l'espace judiciaire européen, et en particulier de l'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Il nous semble en effet que dans cette hypothèse particulière, on ne peut exclure l'application de l'exception de litispendance malgré le fait que le juge second saisi ait été élu par les parties. En pratique, on donnera priorité à l'article 21 (27 du Règlement), qui consacre la priorité du tribunal premier saisi, sur l'article 17 (23 du Règlement), qui donne effet aux clauses d'élection de for. Cette question particulière mérite un examen approfondi.

179. **La jurisprudence anglaise fait triompher l'autonomie de la volonté** - La question des relations entre ces deux dispositions est controversée; elle a connu un important développement jurisprudentiel depuis l'affaire *Continental Bank* déjà évoquée (*supra*, n° 139). Comme déjà expliqué, la Cour d'Appel a dans cette affaire résolument opté pour la priorité de l'autonomie de la volonté, priorité qu'elle n'a pas hésité à sanctionner par le biais d'une interdiction de procéder. Pour les juges anglais, il était en effet inconcevable qu'une partie puisse échapper à la clause d'élection de for à laquelle elle avait librement souscrit en tentant sa chance devant un autre tribunal, dont la saisine empêcherait la clause de produire ses effets. La Cour d'Appel a résumé cette position dans un attendu de principe :

“Lorsque l'article 17 trouve application, il s'ensuit que la clause attributive de juridiction proroge la compétente des tribunaux de l'Etat contractant désigné par les parties et par la même occasion, prive les tribunaux des autres Etats de toute compétence [...]. Il s'ensuit que si l'article 17 s'applique, cette disposition reçoit la priorité sur les articles 21 et 22. La structure et la logique de la Convention dicte de façon convaincante cette conclusion”.<sup>860</sup>

Les décisions qui ont suivi n'ont pas désavoué la Cour d'Appel et se sont prononcées en majorité pour le rejet de l'exception de litispendance.<sup>861</sup> Les tribunaux anglais ont ainsi

<sup>860</sup> *Continental Bank NA v Aekos Cia Naviera SA* [1994] WLR 588, 596 : “When article 17 applies it follows that the jurisdiction agreement prorogates jurisdiction on the courts of the Contracting state chosen by the parties, and that the jurisdiction agreement deprives the courts of other contracting states of jurisdiction [...]. It follows that, if article 17 applies, its provisions take precedence over the provisions of arts. 21 and 22. The structure and logic of the Convention convincingly points to this conclusion”. Ceci explique que la Cour n'a pas pris la peine de vérifier si en l'espèce il y avait identité entre les deux litiges. En première instance, Gatehouse J. avait conclu que les deux affaires ne portaient pas sur le même objet (décision inédite, citée dans la décision de la Cour d'Appel).

<sup>861</sup> *P. ex. Mark Edmund Denby and Others v The Hellenic Mediterranean Lines Co, Ltd.*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 320, 322 (En l'espèce un preneur d'assurance avait saisi les tribunaux grecs pour réclamer le jeu de la police d'assurance. Les assureurs répliquèrent quelques mois plus tard en demandant aux tribunaux anglais de constater la nullité des contrats d'assurance. La Cour décida que “article 17 takes precedence over article 21”); *Kloedener & Co AG v Gatoil Overseas Inc.*, [1990] 1 Lloyd's Rep. (177), 195-196; *The Filitria Legacy*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 513, 514 (obiter dictum selon lequel l'article 21 doit céder devant l'article 17, en l'espèce la clause d'élection de for était inopérante car trop vague); *The Governor and Company of the Bank of Scotland v S.A. Banque Nationale de Paris*, [1996] 1 I.L.Pr. 668 (obiter dictum); *Anonima Petroli Italiana SpA v West of England Shipowners Mutual Insurance Assn. (London) Ltd.*, 9

clairement choisi leur camp : à leurs yeux, il importe d'honorer les accords des parties, au besoin par la contrainte,<sup>862</sup> même si le résultat est la poursuite de deux procédures concurrentes.<sup>863</sup> On peut toutefois se demander si l'économie de la Convention de Bruxelles ne commande pas au contraire de subordonner l'autonomie de la volonté et la nécessité pour les parties de respecter leurs accords librement consentis au souci du législateur européen d'éviter les procédures concurrentes. Avant de se pencher sur cette question de principe, il y a lieu de dédramatiser le débat. On doit en effet constater que la question de l'incompatibilité entre ces deux objectifs ne se posera somme toute que fort rarement.

(i) La confrontation entre deux objectifs : une hypothèse exceptionnelle

180. **Eviter un empressement qui peut être fatal** - Avant de se pencher sur le délicat équilibre à réaliser au sein de l'espace judiciaire européen entre coordination des procédures concurrentes d'une part et respect de l'autonomie de la volonté d'autre part, il convient de ramener le débat à sa juste mesure. Le scénario envisagé par la Cour d'Appel dans l'affaire *Continental Bank*, qui aurait vu les juges grecs passer outre la clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux anglais, sans relever de la pure fiction, constitue toutefois une hypothèse pour le moins exceptionnelle. C'est que le sort des clauses attributives de juridiction fait au sein de cet espace judiciaire l'objet d'une réglementation détaillée, dont on a vu qu'elle ne laisse qu'une place marginale au droit national. Ce régime a été complété et précisé dans de nombreuses décisions de la Cour de Justice. Le risque de voir apparaître des décisions contradictoires nous semble dès lors minime.

En réalité l'hypothèse d'une appréciation contradictoire dans le chef du for dérogé et du for prorogé est pour le moins exceptionnelle. Dans la grande majorité des cas, les deux tribunaux s'accorderont, après avoir examiné la clause à la lumière des règles européennes, sur son efficacité ou au contraire sur sa caducité.

---

avril 1990, inédit, cité par R. FENTIMAN, "Exclusive Jurisdiction and Article 17", *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (eds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, (127-160), 131, note 10; *Lexman Corp et al. v Nordiske Skibsrederforening et al.* [1997] 1 Lloyd's Rep. 189 (article 17 prime sur l'article 21) ainsi que *Crédit Suisse First Boston (Europe) Ltd. v MCL (Bermuda) Ltd.*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 767, 780. *Comp. I.P. Metal Ltd. v Ruote O.Z. SpA*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 60 (la Cour accepte que le tribunal second saisi doit faire application des articles 21 et 22 même s'il a apparemment été élu par les parties, mais en l'espèce refuse de faire droit à la demande de sursis pour cause de connexité en vertu de son pouvoir d'appréciation).

Dans son étude précitée (*l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, (127), 130), M. Fentiman fait observer que "[...] in English law [...] Article 17 takes priority over Article 21; the enforcement of contractual jurisdiction clauses is more important than the avoidance of parallel proceedings". *Adde* sur cette problématique, S. GEYSKENS, "Artikel 21 EEX: een ontsnappingsroute voor forumbedingen?", *Jura Falconis*, 2000, 237-253.

<sup>862</sup> *Supra* à propos de l'injonction, une question sur laquelle nous ne reviendrons pas ici.

<sup>863</sup> Remarquons qu'à chaque fois, le tribunal anglais avait été choisi par les parties. On peut se demander si les tribunaux anglais auraient mis autant d'empressement à défendre l'autonomie de la volonté dans l'hypothèse inverse, celle dans laquelle une partie saisit le juge anglais malgré l'existence d'une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger. Le droit commun anglais semble adopter une attitude plus favorable à l'égard des clauses prorogatoires qu'à l'égard des clauses dérogeantes. M. Peel observe que le pouvoir d'appréciation que les tribunaux anglais se réservent à l'égard des clauses dérogeantes "would be easier to justify if the evidence was that exclusive jurisdiction agreements were treated similarly in other areas" (*l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 200). Au contraire, "the refusal [of English courts] to even countenance the possibility of the court's exercising a discretion not to enforce an exclusive jurisdiction agreement in favour of the English courts stands in stark contrast to the approach taken to foreign jurisdiction agreements" (p. 201).

Si la jurisprudence anglaise semble révéler de nombreuses espèces dans lesquelles ce scénario 'normal' n'a pas eu cours, il faut y voir le résultat de l'*empressement* des tribunaux anglais à présumer que le for dérogé, concurrentement saisi, passera outre la clause d'élection de for. On constate en effet que dans de nombreuses espèces, les tribunaux anglais ont exprimé leur crainte de voir l'accord des parties bafoué par le juge étranger alors même que celui-ci ne s'était pas encore prononcé sur sa compétence. L'affaire *Continental Bank* témoigne bien du caractère quelque peu prématuré de la décision des tribunaux anglais : en l'espèce, le demandeur sollicitait du tribunal anglais qu'il interdise la poursuite de la procédure grecque, alors même que le tribunal grec ne s'était pas encore prononcé sur sa compétence et n'avait donc pu examiner la validité de la clause d'élection de for. L'interdiction de procéder accordée *in casu* se fondait sur la *crainte* que le juge grec n'honore pas l'engagement des parties, crainte s'appuyant sur les arguments développés par le défendeur en Angleterre, demandeur en Grèce, qui invoquait notamment la circonstance que sa demande, fondée sur la responsabilité extracontractuelle de son adversaire, échappait à l'accord des parties sur le juge compétent. En somme, le juge anglais a préféré ne pas attendre que ce qu'il craignait ne se réalise.

Le même scénario s'est répété dans l'affaire *Angelic Grace*, les tribunaux anglais anticipant sur une décision future du juge italien dont ils redoutaient qu'il se saisisse de la cause en 'violation' de la convention de juridiction.<sup>864</sup>

**181. Interdiction du contrôle anticipé de la compétence du juge étranger, même par le for élu** - L'empressement des tribunaux anglais à soupçonner le for étranger de vouloir passer outre les clauses d'élection de for, a sans doute contribué à semer la confusion sur le sort de ces clauses. On ne saura ainsi jamais si le juge grec, dans l'affaire *Continental Bank*, aurait effectivement mis de côté la clause attributive de juridiction dont le demandeur prétendait qu'elle ne visait pas la question litigieuse. Toujours est-il que la méthode utilisée par les tribunaux anglais est selon nous à proscrire. La hâte avec laquelle ces tribunaux anticipent une violation de la clause d'élection de for dans le chef du juge étranger, est proprement incompatible avec la lettre et l'esprit de la Convention de Bruxelles.<sup>865</sup> Comme on le verra en effet, les Conventions de Bruxelles et de Lugano limitent fortement la possibilité pour un juge de vérifier la compétence de l'autre (*infra*, n° 183). Or s'il en est ainsi lorsque les deux juges se sont prononcés, l'interdiction est d'autant plus justifiée lorsque la compétence du juge étranger est toujours *sub iudice*. L'esprit de confiance mutuelle qui informe l'espace judiciaire européen ne pourrait tolérer qu'un tribunal national se permette d'anticiper sur la décision d'un autre, et de mettre en doute la bonne foi de ce dernier dans l'application des règles qui leur sont communes.

L'interdiction du contrôle anticipé de la compétence du juge étranger n'est pas sans inconvénient : cette interdiction aura pour effet de forcer les parties à attendre la décision

<sup>864</sup> *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan*, [1994] 1 Lloyd's Rep 168 et en appel [1995] Lloyd's Rep. 87 (injonction accordée avant que les tribunaux italiens ne statuent sur leur compétence).

<sup>865</sup> On remarquera d'ailleurs que les craintes des tribunaux anglais sont d'autant moins justifiées qu'on ne peut exclure que le for étranger conclue de bonne foi et en toute légalité que la clause qu'on lui oppose, n'est pas de nature à la priver de compétence. Il subsiste en effet, au sein même de l'espace judiciaire européen, une marge pour des appréciations divergentes de la même clause (*supra*, n° 155). Il suffit de penser à l'argument invoqué dans l'affaire *Continental Bank*, selon lequel la clause figurant dans le contrat de prêt, ne couvrirait pas la demande fondée sur la responsabilité délictuelle : une telle question relève de l'appréciation de la portée de la clause litigieuse, dont on sait qu'elle appartient selon la Cour de Justice au tribunal national (C.J.C.E., 10 mars 1992, *Powell Duffryn c. Petritt*, aff. C-214/89, Rec., 1992, I-145, point 33. La Cour n'a pas dans cette décision, donné de directives particulières pour l'interprétation de la clause.

du tribunal dont elles avaient contractuellement exclu la compétence. Elle retardera dès lors l'issue (certaine) du conflit tout en obligeant la partie qui entend se prévaloir de la clause d'élection de for, à dépenser temps et argent pour convaincre le for dérogé de l'efficacité de cette convention. Or une telle dépense est précisément ce que les parties ont entendu éviter en prévoyant une clause d'élection de for. C'est d'ailleurs cette dépense et cette attente que les tribunaux anglais entendent éviter aux parties en anticipant la décision du juge étranger.

Dans l'affaire *Continental Bank*, la Cour d'Appel a ainsi expliqué que la banque qui réclamait du juge grec qu'il donne suite à l'élection de for des parties, a dû pour ce faire participer à la procédure engagée par son adversaire et même présenter tous ses arguments et moyens de preuve sur le fond comme le voulait le droit grec. Ce faisant elle avait dû assumer la charge d'honoraires d'avocats considérables.<sup>866</sup> On peut comprendre que les tribunaux ne restent pas insensibles à 'l'injustice' qui consiste à imposer à une partie, qui espérait légitimement éviter toute controverse relative à la compétence, le poids d'une procédure portant précisément sur cette question.<sup>867</sup>

Il nous semble toutefois que, dans l'état actuel du droit, il n'est pas possible d'anticiper sur la décision du for dérogé. Le système de la Convention de Bruxelles impose au contraire de laisser tant au for prorogé qu'au for dérogé la possibilité de se prononcer indépendamment sur la clause d'élection de for litigieuse. Les dépenses additionnelles que cette obligation entraîne constituent le prix à payer pour le respect de l'autonomie des juges nationaux. Cette autonomie n'est pas vaine, du moins tant que le droit national des Etats membres conservera une emprise, si minime soit-elle, sur la validité des clauses d'élection de for au sein de l'espace judiciaire européen.

**182. Eviter une appréciation prématurée de la réaction du for dérogé** – On aperçoit le danger qui pèse sur les clauses d'élection de for : si en règle générale, il n'est pas à craindre qu'une seule et même clause fasse l'objet d'appréciations divergentes, - le contentieux anglais se nourrissant dès lors d'une appréciation prématurée de la position du for dérogé -, on ne peut toutefois exclure que, dans certaines situations, le for dérogé adopte une autre interprétation que le for prorogé. Il appartiendra alors au for prorogé, second saisi, de déterminer s'il s'incline devant la litispendance ou entend au contraire donner priorité à l'accord des parties. On a vu que les tribunaux anglais ont résolument opté pour la seconde alternative, qu'ils renforcent au besoin par une interdiction de procéder. A notre sens, c'est au contraire la première solution qui doit l'emporter.

<sup>866</sup> La Cour d'Appel évoque le chiffre de 120,000 dollars déjà dépensés : [1994] 1 W.L.R. 588, 598.

<sup>867</sup> *Cors*, la réplique cinglante de la Cour d'Appel dans l'affaire *Angelic Grace* (*The Angelic Grace*, [1995] 1 Lloyd's Rep. 87) à la requête du défendeur qui l'invitait à attendre jusqu'à ce que le juge italien, saisi en violation apparente d'une convention d'arbitrage, statue sur sa propre compétence. La Cour répondit en ces termes : "We are pressed to [...] leave it to the Italian courts to determine the limits of its own jurisdiction [...]. We should, it was submitted, be careful not to usurp the function of the Italian court except as a last resort [...]. That submission involves the proposition that the defendant should be allowed not only to break its contract by bringing proceedings in Italy but to break it still further by opposing the plaintiff's application to the Italian court to stay those proceedings, and all on the ground that it can safely be left to the Italian court to grant the plaintiff's application. I find this proposition unattractive. It is also somewhat lacking in logic, for if an injunction is granted, it is not for fear that the foreign court may wrongly assume jurisdiction despite the plaintiffs, but on the surer ground that the defendant promised not to put the plaintiff to the expense and trouble of applying to that court at all".

## (ii) La litispendance européenne prime sur l'autonomie des parties

183. **Un conflit exceptionnel entre deux dispositions** - Dans certains cas, dont on a vu qu'ils seront exceptionnels, l'existence d'un régime uniforme pour les clauses d'élection de for ne préviendra pas l'apparition d'un conflit entre deux tribunaux nationaux à propos de la même clause. Lorsque le for élu par les parties est également le for premier saisi,<sup>868</sup> le jeu de la litispendance rejoint celui de l'autonomie de la volonté, sans qu'un conflit apparaisse entre ces deux principes. Le tribunal second saisi s'effacera dès lors devant le choix des parties que vient conforter la priorité de saisine.

Il arrivera toutefois que le for élu ne soit saisi qu'après qu'une procédure ait été engagée dans un autre for. Cette hypothèse est d'autant moins à exclure que la partie qui tente de se soustraire à la clause d'élection de for, sera tentée d'agir *préventivement* devant un autre juge pour mettre le for élu devant le fait accompli. Dans cette hypothèse, loin de se rejoindre, la litispendance européenne et l'autonomie de la volonté s'opposent : la première impose de laisser le litige aux mains du juge premier saisi alors que la deuxième penche en faveur du for élu, quel que soit le moment de la saisine.

Cette contradiction, que l'on a résolue en faveur de l'autonomie de la volonté en dehors de l'espace judiciaire européen (*supra*, n° 174), n'a pas laissé indifférent les tribunaux anglais. Ceux-ci ont sans hésité pris le parti de l'accord de volontés : on a déjà évoqué les mesures de contrainte qu'ils étaient prêts à utiliser pour ce faire. Lorsqu'ils n'interdisent pas au défendeur de poursuivre la procédure engagée devant le tribunal étranger, ces mêmes juges anglais se permettent purement et simplement de refuser l'application du mécanisme de la litispendance européenne. C'est ce qu'a décidé le Queen's Bench dans l'affaire *Glencore*.<sup>869</sup> En l'espèce le défendeur avait saisi de manière préventive les tribunaux français. Le juge refusa de surseoir à statuer comme l'y invitait le défendeur, parce que les parties avaient élu le for anglais.

Cette décision, bien dans la ligne de la jurisprudence *Continental Bank*, n'emporte pas notre conviction. L'économie de l'espace judiciaire européen conduit au contraire nécessairement à accepter que, lorsqu'*exceptionnellement* l'article 17 [devenu l'article 23 du Règlement] entre en conflit avec l'article 21 [devenu l'article 27 du Règlement], ce dernier doit l'emporter. On avouera certes que rien dans le texte des Conventions ne permet de faire triompher l'une ou l'autre solution.<sup>870</sup> Les rédacteurs de la Convention de Bruxelles n'avaient sans doute pas envisagé cette hypothèse. Deux arguments tirés de l'économie de la Convention font cependant pencher la balance en faveur de l'exception de litispendance.

<sup>868</sup> Sur l'interprétation de ce concept, *infra* n° 597.

<sup>869</sup> *Glencore Int'l AG v Metro Trading Int'l Inc. (Banque Trad-Crédit Lyonnais (France) SA)*, [1999] 2 All ER (Comm) 899. Dans cette même affaire, *Glencore Int'l AG v Exter Shipping Ltd. et al.*, jugement de la Cour d'Appel du 18 avril 2002, non encore publié à ce jour.

<sup>870</sup> On notera que les relations entre la litispendance et la prorogation de compétence ont attiré l'attention des négociateurs de la Convention de Lugano. La délégation norvégienne, soucieuse de garantir l'efficacité des clauses de prorogation de compétence conclues en faveur des juridictions d'un Etat non contractant, avait proposé d'inclure un nouveau paragraphe à l'article 21 pour étendre l'obligation pour le juge saisi en second de surseoir à statuer au cas où le juge premier saisi était en vertu d'une clause de prorogation de compétence : Document de Travail n° 70, reproduit in : Institut suisse de Droit Comparé, *Convention de Lugano. Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, faite à Lugano le 16 septembre 1988*, II, *Travaux préparatoires*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, 194-195. Les autres délégations n'ont pas jugé utile de donner suite à cette proposition, sauf à mentionner le problème dans le rapport explicatif : Procès-verbal de la 12ème séance, 6 et 7 octobre 1987, reproduit dans le même ouvrage, p. 189.

**184. L'interdiction du contrôle de la compétence, principe fondamental de l'espace judiciaire européen** - Le premier argument a trait à l'interdiction pour le juge national de s'immiscer dans le contrôle de la compétence d'un de ses collègues. Cette interdiction constitue un des principes fondamentaux sur lequel repose l'édifice européen, et en particulier le souci d'assurer la circulation la plus libre possible des jugements. Les termes de l'équation sont connus : l'abolition, ou du moins les limites posées au contrôle de la compétence indirecte, condition dont M. *Holleaux* faisait observer qu'elle est « universellement requise », n'a été possible que parce que les États s'engageaient dans le même temps à partager un ensemble de règles de compétence directe communes, applicables à l'exclusion de toute autre règle nationale. Chaque juge avait, dans ce système, vocation égale à appliquer ces règles pour se prononcer sur sa propre compétence, sans que l'un puisse corriger la copie de l'autre.<sup>871</sup>

Ce pacte originel constitue à notre sens, avec le rôle attribué à la Cour de Justice, la clé du succès de la Convention de Bruxelles.<sup>872</sup> L'interdiction du contrôle de la compétence est explicitement prévue au stade de l'exécution et de la reconnaissance des jugements, la Convention ne tolérant que quelques exceptions limitativement énumérées à ce principe. L'interdiction du contrôle de la compétence du juge étranger, clé de voûte du principe de la reconnaissance mutuelle, ne se limite pas à la phase d'exécution. La Cour de Justice a eu l'occasion dans l'arrêt *Overseas* de confirmer qu'elle s'étendait à cette autre manifestation de la reconnaissance du fait judiciaire étranger que constitue l'exception de litispendance.<sup>873</sup>

Dans cette espèce, un conflit opposait les tribunaux anglais et français à propos d'une opération sophistiquée de réassurance. Les tribunaux anglais avaient été saisis non sur base des dispositions de la Convention, mais, comme l'autorise l'article 4, sur base de leur droit national. Voyant là l'occasion d'échapper au carcan de la litispendance européenne, les demandeurs arguaient que le tribunal anglais, second saisi, n'était pas tenu d'appliquer l'article 21. Fidèle à son interprétation extensive de cette disposition, la Cour rejeta cet argument. Au passage, elle indiqua qu'il n'appartenait pas au juge second saisi de contrôler la compétence du tribunal premier saisi. La seule possibilité que lui confère l'article 21, ajouta la Cour, est de surseoir à statuer, et non de se dessaisir, lorsque la compétence du tribunal premier saisi n'est pas encore établie.<sup>874</sup>

**185. L'interdiction du contrôle de la compétence, principe fondamental de l'espace judiciaire européen (suite)** - A première vue il n'y a donc pas de place pour une quelconque appréciation par le juge second saisi de la légitimité de la revendication de compétence dans le chef du juge premier saisi. Ceci s'accorde bien avec le système de

<sup>871</sup> V. récemment sur ce pacte et l'influence de l'évolution de l'exequatur dans le Règlement 44/2001 vers une procédure purement administrative, B. ANCEL, "The Brussels I Regulation : Comment", *Yearbook of Private International Law*, 2001, (101), spéc. pp. 103-105 et 110-112. M. Ansel insiste à juste titre sur la pression que fait peser cette évolution sur les règles de compétence, qui se doivent encore plus d'être irréprochables.

<sup>872</sup> V. en général W. LÜCKE, "Die Zuständigkeitsprüfung nach dem EuGVÜ", *Gedächtnisschrift für Peter Arens*, D. LEIPOLD et W. LÜCKE (éds.), München, Beck, 1993, 273-288; N. A. SCHOIBL, "Die Prüfung der internationalen Zuständigkeit und der Zulässigkeit nach dem Brüsseler und dem Luganer Übereinkommen", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 777-806.

<sup>873</sup> C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. c. New Hampshire Insurance Co.*, affaire C-351/89, *Rec.*, 1991, I-(3317), I-3350.

<sup>874</sup> Idem, point 24. et la note de A. BRIGGS, *Year. Eur. L.*, 1991, 521-527. Dans les premières versions de la Convention, le sursis à statuer n'était qu'une faculté pour le juge second saisi. Il est devenu obligatoire avec la Convention de *San Sebastian*.

la Convention, qui repose sur la *confiance mutuelle* qui doit nourrir les rapports entre juges nationaux. L'existence de règles de compétence communes à tous les tribunaux rend d'ailleurs vaine la prétention du tribunal second saisi de substituer son appréciation à celle du tribunal premier saisi, puisqu'il n'est pas mieux placé pour se prononcer sur la compétence de ce dernier.<sup>875</sup>

Le primat de la litispendance peut donc en appeler à l'interdiction faite au for second saisi de contrôler la compétence du chef premier saisi. Cette interdiction n'est pas absolue, la Cour a d'ailleurs dans cette même affaire *Overseas* expressément réservé l'hypothèse dans laquelle le juge second saisi l'est sur base d'une compétence « exclusive ».<sup>876</sup> Il serait toutefois hasardeux de vouloir déduire de cette réserve que la Cour a entendu tolérer une exception à l'article 21 dans cette hypothèse particulière. De plus, si la Cour a expressément mentionné, pour l'hypothèse qu'elle réservait, l'existence d'une compétence exclusive déduite de l'article 16 de la Convention, elle n'a pas évoqué la question de la compétence que le juge second saisi déduirait d'une éventuelle élection de for.<sup>877</sup>

Il nous semble pour le moins spéculatif de déduire de ce seul attendu que l'existence d'une clause d'élection de for justifie une exception à l'interdiction pour le juge second saisi de se préoccuper de la compétence du tribunal concurrent et, a fortiori, à son obligation d'en déférer à ce dernier pour la résolution du litige. Il en est d'autant plus ainsi lorsque l'on examine le sort, au sein de l'espace judiciaire européen, d'une éventuelle décision ignorant une clause d'élection de for.

**186. Absence de motif de refus tiré de la violation d'une clause d'élection de for** – L'interdiction du contrôle de la compétence va en effet de pair avec le constat de l'absence, dans le régime européen, de motif de refus de reconnaissance tiré de la violation d'une clause d'élection de for. Comme on l'a vu, il n'y a en principe pas de place pour un contrôle de la compétence indirecte par le juge requis au sein de l'espace judiciaire européen. Les quelques exceptions prévues à l'article 28 [devenu l'article 35 du Règlement], dont la Cour a eu soin de préciser qu'elles étaient « limitatives »,<sup>878</sup> ne font pas mention de la violation éventuelle d'une clause d'élection de for. Une telle violation ne peut dès lors être invoquée pour dénier à une décision le privilège de la *Full Faith and Credit* européenne.<sup>879</sup>

Pour prendre l'exemple de l'affaire *Continental Bank*, si le tribunal grec s'était déclaré compétent – ce que les juridictions anglaises ne lui ont pas laissé le temps de faire – les

<sup>875</sup> Il le sera encore moins, comme le fait remarquer la Cour de Justice, lorsque l'autre tribunal fonde sa compétence sur une règle nationale : C.J.C.E., affaire *Overseas* précitée, point 23.

<sup>876</sup> Idem, point 20.

<sup>877</sup> Au point 20, la Cour note que « il y a lieu de relever, tout d'abord, qu'aucun élément du dossier ne fait apparaître que la procédure au principal relève d'une compétence exclusive prévue par la Convention et, notamment, par son article 16 ». *Comp.* avec les conclusions de l'Avocat-Général *van Gerwen* qui avait également réservé la question, sans se prononcer sur les conséquences de l'éventuelle exclusivité de la compétence du tribunal second saisi, point 13, p. I-3339. A la différence de la Cour, il avait cependant mentionné l'article 17 au même titre que l'article 16 comme éventuelle exception.

<sup>878</sup> C.J.C.E., affaire *Overseas* précitée, point 24.

<sup>879</sup> On déduira logiquement des arguments invoqués pour privilégier la litispendance sur l'autonomie de la volonté, que la première doit au contraire s'incliner devant les compétences 'exclusives' de l'article 16 [devenu l'article 22 du Règlement]. Lorsque le juge second saisi tire sa compétence de cette disposition, la décision du juge premier saisi qui aurait négligé de se déclarer incompétent, ne pourra prétendre à aucun effet dans le for second saisi. La violation d'une règle de compétence exclusive autorise en effet de façon exceptionnelle le juge requis à refuser de reconnaître le jugement étranger.



tribunaux anglais auraient été tenu de respecter et de donner effet à cette décision, sans pouvoir contester la justesse du raisonnement. Telle est la loi d'airain de la Convention, qui privilégie la libre circulation des jugements au 'détriment' d'autres considérations. Les parties ne peuvent contester cette décision, du moins en ce qu'elle porte sur la compétence, qu'auprès des tribunaux de l'Etat premier saisi, ainsi qu'éventuellement devant la Cour de Justice. Si tel est l'effet de la Convention une fois la décision rendue, on peut en déduire logiquement que les autres dispositions doivent s'interpréter de façon à participer au même but, à savoir la libre circulation des jugements. Quel meilleur moyen pour y parvenir que de prévenir les procédures parallèles? De même que la violation d'une clause d'élection de for ne permet pas au juge requis de remettre en question la décision dont on lui demande d'assurer l'effet extraterritorial, de même cette violation ne peut-elle être invoquée pour se soustraire à la priorité du juge premier saisi.<sup>880</sup>

**187. Le primat de la litispendance ne signifie pas la fin des clauses d'élection de for** - Tout conduit donc à faire primer la coordination des procédures concurrentes sur l'autonomie de la volonté.<sup>881</sup> On peut ne pas souscrire à ce choix de politique législative, les deux objectifs étant tout autant légitimes. On a d'ailleurs vu qu'en dehors du cadre particulier de l'espace judiciaire européen, notre préférence allait à l'autonomie de la volonté, fut-ce au prix de procédures concurrentes.<sup>882</sup> Il n'en reste pas moins que la

<sup>880</sup> Il est une autre hypothèse dans laquelle la litispendance européenne peut s'opposer à l'exercice d'une compétence exclusive. On sait que la Cour de Justice a considérablement étendu le champ d'application de la litispendance européenne, notamment en décidant que cette règle pouvait s'appliquer lorsque le défendeur n'était pas domicilié dans un Etat de l'Union (arrêt *Overseas*, précité, points 13 à 17). Or dans ce cas, ce défendeur pourrait être attiré devant un juge européen en application d'un des fors exorbitants bannis par l'article 3. Certains de ces fors sont réputés accorder une compétence 'exclusive' aux juges. Il en va ainsi des articles 14 et 15 du Code civil français. Le juge français saisi sur base de ces dispositions doit-il céder la priorité au juge d'un autre Etat membre antérieurement saisi ou peut-il exciper du caractère *exclusif* des privilèges de juridiction pour refuser effet à la litispendance européenne? En droit international commun, la Cour de cassation française a estimé que l'exception de litispendance ne pouvait être opposée au juge français second saisi lorsque celui-ci tire sa compétence d'un privilège de juridiction (V. par ex. Cass. fr., 3 juin 1997, *R.C.D.I.P.*, 1998, 452, note B. ANCEL; Cass. 17 juillet 1980, *J.D.I.*, 1981, 75; Cass. Fr., 25 mai 1987, *Bull. Civ.*, I, n° 167; *JCP*, 1987, éd. G., IV, 263; Cass., 21 janv. 1992, *Bull. civ.*, I, n° 318; *D.*, 1993, somm., 51; *JCP*, 1992, éd. G., IV, n° 838 (la Cour casse une décision de la Cour d'Appel de Paris qui avait admis une exception de litispendance au profit d'une procédure pendante à Hong Kong, alors que la compétence du juge français était déduite de l'article 15); Versailles, 22 septembre 1993, *J.C.P.*, 1995, II, 22459, note H. MUIR WATT (décision sur renvoi de la Cour de Cassation dans l'affaire précédente, la Cour d'Appel s'incline devant le caractère exclusif de l'article 15); Versailles, 20 déc. 1988, *D.* 1989, somm. 258 et H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Hollaux*, Paris, Litec, 1990, (122), 129 ainsi que A. HUET, *Juris-Classeur droit international*, Fasc. 581-43, 1995, n° 14 - ce dernier auteur explique d'ailleurs que les compétences exclusives du juge français « constituent l'obstacle principal et le plus fréquent en pratique à l'existence de véritables situations de litispendance internationale ». Il ne peut en aller de même lorsque l'impératif de coordination tire sa source d'un commandement européen. L'«exclusivité» de compétence reconnue au juge français par les articles 14 et 15 est en effet complètement inopérante au sein de l'espace judiciaire européen. Elle ne s'impose en aucun cas aux autres Etats membres. Partant, elle ne peut constituer un obstacle à la litispendance (en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, « Litispendance et connexité en droit européen et en droit international : la règle prior tempore... », *Dalloz Affaires*, 1996, (474), 475-476).

<sup>881</sup> On constate d'ailleurs que les rares espèces dans lesquelles la question s'est posée, les tribunaux du continent n'ont éprouvé aucune difficulté à accorder la priorité à la litispendance malgré le fait qu'ils avaient été désigné par les parties : OLG München, 22 décembre 1993, *IPRax*, 1994, 308 (action déclaratoire en Italie suivie d'une action en paiement du prix en Allemagne, la Cour s'incline devant la saisine antérieure des tribunaux italiens alors même que les parties avaient contractuellement opté pour la compétence des tribunaux allemands. Sur cette affaire, v. *infra*, n° 809 exception de déni de justice); Rb. Amsterdam, 28 octobre 1992, *N.I.P.R.*, 1993, 169 et Prettura di Parma, 17 juin 1980, *R.D.I.P.P.*, 1982, 86.

<sup>882</sup> On doit d'ailleurs constater que le projet de Convention de La Haye adopte une autre attitude à propos de l'équilibre à maintenir entre autonomie de la volonté et résolution des procédures concurrentes. L'article 21 (1) *in fine* du projet réserve expressément la situation dans laquelle le for second saisi tire sa compétence d'une clause d'élection de for. Dans ce cas, ce tribunal n'est pas obligé de donner suite à l'exception de litispendance, v. la discussion de la problématique des compétences exclusives in Rapport de séance n° 78 du 27 octobre 1999. On comprendra l'approche adoptée à La Haye quand on se rappelle que l'impératif de libre circulation des jugements y est beaucoup moins fort.



Convention est bâtie sur l'objectif de libre circulation, qui suppose la prévention des conflits de procédures. Cet objectif a été repris et amplifié par la Cour de Justice. Une conclusion s'impose avec force, le juge second saisi doit faire droit à l'exception de litispendance, même si apparemment les parties lui ont accordé compétence.

Cela revient-il à 'neutraliser' les clauses d'élection de for? Faut-il s'attendre à ce que les plaideurs de mauvaise foi profitent de cette incohérence apparente du système pour échapper aux liens contractuellement conclus? Cette vision apocalyptique, qui est certainement entretenue par les tribunaux anglais,<sup>883</sup> n'a lieu d'être que si l'on présume que les tribunaux des Etats contractants vont nier l'évidence et rejeter massivement, même au prix de raisonnements tortueux, les clauses d'élection de for invoquées au profit d'un tribunal postérieurement saisi... Rien ne permet de supporter une telle conclusion.

L'article 17 des Conventions contient des dispositions uniformes et précises qui, dans la grande majorité des cas, sont fidèlement appliquées par les tribunaux des Etats contractants. Cette disposition est invoquée avec succès tous les jours pour obliger les tribunaux à se dessaisir en accordant effet à la volonté des parties. Même si certaines résistances ont du être vaincues,<sup>884</sup> les tribunaux européens ne semblent pas violer de façon massive le prescrit européen.<sup>885</sup> Au contraire, comme l'observe M. *Fentiman*, l'article 17 a certainement eu un effet positif en se démarquant de la timidité qu'éprouvaient certains droits nationaux face à l'effet dérogoire de l'autonomie de la volonté – il suffit de penser à la reconnaissance plus que tardive par les tribunaux néerlandais de la clause d'élection de for.<sup>886</sup> A moins de présumer une mauvaise foi manifeste de la part des tribunaux des autres Etats contractants, présomption qui serait elle-même incompatible avec l'esprit de l'espace judiciaire européen, il est difficile d'imaginer que le primat de la litispendance met en péril la sécurité juridique des contractants.<sup>887</sup>

**188. Le primat de la litispendance ne signifie pas la fin des clauses d'élection de for (suite)** - Accorder la priorité à l'article 21, c'est là une évidence, ne décharge en effet pas le tribunal premier saisi de son obligation d'examiner la clause d'élection de for invoquée par le défendeur et de se dessaisir lorsqu'il apparaît que cette clause répond aux exigences européennes. Le jeu de la litispendance permet seulement d'éviter toute précipitation, le tribunal second saisi se devant d'attendre que le for dérogré statue sur sa compétence.

Bien sûr, on ne peut exclure qu'exceptionnellement le for dérogré décide d'écarter la clause d'élection de for. Faut-il dans ce cas permettre au for élu de se saisir lui aussi de la cause et risquer, sinon l'apparition de décisions contradictoires, du moins une course au

<sup>883</sup> Comme le note M. *Fentiman*, "The Court of Appeal's approach in *Continental Bank* is coloured by the fear that to give precedence to Article 21 in such a case would have apocalyptic consequences", R. FENTIMAN, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 137.

<sup>884</sup> V. p. ex. la jurisprudence belge relative à l'article 91 de la loi maritime, cf. *supra* n° 148.

<sup>885</sup> On remarquera d'ailleurs que les tribunaux doivent soulever d'office leur incompétence en raison de l'existence d'une clause d'élection de for, ce qui garantit d'autant plus que celle-ci sera respectée, v. le Rapport Schlosser, *J.O.C.E.*, 1979, C-59/81.

<sup>886</sup> R. FENTIMAN, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 138-139.

<sup>887</sup> Ce sont les mêmes constatations qui ont sans doute conduit le Tribunal Fédéral à imposer aux arbitres le respect de la litispendance dans l'affaire *Fomento* précitée. Cette décision met d'autant moins en danger les clauses compromissaires que, telle qu'elle est conçue en droit suisse, l'exception de litispendance est subordonnée à une pronostic de reconnaissance qui permet d'exclure le jeu de l'exception lorsqu'il apparaît que la décision du juge étranger ne sera pas reconnue en Suisse.

jugement incompatible avec l'esprit de la justice?<sup>888</sup> L'impératif de la libre circulation des jugements, et l'obligation qui en découle d'éviter les conflits de procédures, imposent de respecter même dans cette hypothèse le jeu de la litispendance. Tolérer une exception à ce mécanisme<sup>889</sup> ne paraît pas constituer la meilleure solution. Il semble plus indiqué de poursuivre le travail d'unification et de simplification des règles régissant les clauses d'élection de for, afin de s'assurer que les tribunaux nationaux n'aient aucune hésitation à donner effet à la volonté des parties.

**189. La litispendance européenne, principe qui prime sur l'autonomie de la volonté** - En somme l'article 21 n'est pas un échappatoire pour les parties qui tentent de se soustraire à une clause d'élection de for. Cette règle vise seulement à permettre au juge saisi de décider lui-même quel sort il va réserver à la clause d'élection de for.<sup>890</sup> Si par extraordinaire un tribunal ne respectait pas une telle clause - une décision qui n'est pas nécessairement synonyme de mauvaise foi -<sup>891</sup> la méconnaissance, regrettable, de l'autonomie de la volonté qui en résulterait devrait être considérée comme le prix à payer pour la volonté d'aboutir à un véritable espace judiciaire européen sans frontières. Cette position, d'ailleurs partagée par de nombreux auteurs,<sup>892</sup> ne traduit pas une obsession

<sup>888</sup> Comme le font remarquer MM. Briggs et Rees, c'est en effet plus la course au jugement qu'il faut craindre que l'apparition de décisions contradictoires, puisque la première décision devra être reconnue par l'autre for, A. BRIGGS et P. REES, 1997, 152-153, n° 2.211.

<sup>889</sup> Comme le Royaume-Uni l'a demandé lors des travaux ayant mené à la révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano, v. *The Operation of the Brussels and Lugano Conventions*, Consultation Paper, Lord Chancellor's Department and the Scottish Courts Administration, 1997, pp. 30-31, dans lequel il est indiqué que "it is suggested that the benefits to be derived from ensuring that contracting parties adhere to their jurisdictional agreements require an amendment to accord express priority to Article 17". Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet.

<sup>890</sup> R. FENTIMAN, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 138, note que "the real issue in Continental Bank was not whether contractual jurisdiction agreements were to be effective under the Brussels and Lugano Conventions. Rather it concerned which court should control their effectiveness, the agreed court or the court first seised".

<sup>891</sup> Comme l'explique M. Fentiman, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 138, "the court first seised might erroneously take jurisdiction, at least in the eyes of the court which parties have nominated. It might conclude, perhaps, that the jurisdiction clause in question is essentially invalid, or is non-exclusive in character, or that, properly interpreted, it does not cover the circumstances of the case. But [...] it is not for the court second seised to correct such mistakes. Indeed, it is perhaps unclear, save in extreme cases, that we should speak of the earlier court being 'mistaken' at all. Generally, the most that could be said is that such a court might adopted a different view of the relevance of Article 17 to the case in hand".

<sup>892</sup> Qu'ils soient anglais ou formés à la tradition continentale, p. ex. R. FENTIMAN, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 127-146 ; P. KAYE, *The Law of the European Judgments Convention*, Chichester, Barry Rose, 1299 ; A. BRIGGS, "Anti-European Teeth for Choice of Court Clauses", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1994, (158), 161-163 et du même, note sous l'arrêt *Owens*, *Yearb. Eur. L.*, 1991, (521), 526-527 ; J. KROPHOLLER, 1997, 344 ("Art. 23 verdrängt den Art. 27 nicht") ; O. LANDO, compte-rendu de la 12<sup>ème</sup> édition de l'ouvrage de Dicey et Morris, *I.C.L.Q.*, 1998, (394), 397-399 (M. Lando accepte que dans la logique de la Convention, la litispendance prime sur l'autonomie de la volonté, mais regrette ce résultat) ; H. VAN HOUTTE, "A propos des injonctions anti-suit et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, G. DE LEVAL et al (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, (147), 153, n° 6 ; E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 204 (qui observe que "[i]t is doubtful whether this interpretation will be shared by the European Court of Justice") ; Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, I, Berne, Staempfli, 1996, 567, n° 1506 ; J. HILL, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, Londres, LLP, 1994, 145 ("the better view is that Article 17 (unlike Article 16) does not provide an exception to Article 21. If it were otherwise, it is possible that different courts would reach divergent conclusions about the effect of a jurisdiction clause. It is preferable in the interests of the administration of justice that only one court expresses a view on the point"). *Comp.* A. BRIGGS et P. REES, 1997, 152-153 (ces auteurs développent un raisonnement qui semble donner tort à la jurisprudence *Continental Bank*, mais concluent en posant que l'article 17 doit être respecté, s'agit-il d'une erreur?).

*Contra* T. C. HARTLEY, note sous l'arrêt *Continental Bank*, *Eur. L. Rev.*, 1994, (549), 551-552. *Comp.* l'opinion C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 530-531 (qui approuve en principe l'arrêt de la Cour d'Appel dans l'affaire *Continental Bank*, parce que "the decision gives confidence to business parties who are assured that all their efforts in

aveugle pour la coordination des procédures concurrentes. Il s'agit simplement de respecter l'équilibre mis en place par la Convention.<sup>893</sup> On peut dès lors espérer que la Cour de Justice, qui a été saisie d'une question préjudicielle portant sur les relations entre clause d'élection de for et litispendance européenne, fasse primer la seconde sur la première.<sup>894</sup>

\* \* \*

---

negotiating and contracting a venue for litigation will not be wasted by the defaulting party who decides to ignore the forum selection clause and commence litigation in another court", mais l'auteur reconnaît ensuite que cette décision est difficilement conciliable avec la jurisprudence *Overseas Union* qui interdit au juge second saisi d'examiner la compétence du juge premier saisi. Mme. *Pertegás Sender* semble également donner préférence à l'article 17 sur l'article 21, parce que ce dernier n'a pas pour but de "bouleverser l'équilibre entre les dispositions de la Convention, mais bien [d'] offrir une solution pour les conflits de compétence" (M. PERTEGÁS SENDER, "Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen", in *Europese ipr-voordragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Leuven, Acco, 1997, (115), 199, n° 4.10).

<sup>893</sup> Une question subsidiaire mérite d'être posée. La partie à qui l'on refuse le bénéfice d'une clause d'élection de for en raison de la saisine antérieure d'un autre juge, peut-elle réclamer des dommages et intérêts pour violation de l'obligation contractuelle de soumettre d'éventuels litiges au for élu? Cette solution est souvent mise en avant par la doctrine anglaise, désireuse de trouver une solution moins agressive que l'injonction pour faire respecter l'accord des parties (p. ex. E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 207-209; A. BRIGGS et P. REES, 1997, 268, note 131A; M. Geimer évoque également la possibilité d'obtenir une compensation financière lorsqu'une partie 'viole' une clause d'élection de for : R. GEIMER, 1997, 313, n°. 1123-1125). Les tribunaux anglais ont cependant émis des doutes sur la possibilité d'accorder une compensation dans cette situation - la Cour d'Appel a par exemple décrit cette possibilité comme "a relatively ineffective remedy", *Continental Bank*, [1994] 1 W.L.R. 588 par Steyn L.J. et *The Angelic Grace* [1995] 1 Lloyd's Rep 87, 96 : "manifestly an inadequate remedy"). On peut en effet douter de la possibilité de prouver qu'une partie a commis une faute en soumettant la question de la validité d'une convention de juridiction à une autre instance que celle désignée par les parties.

<sup>894</sup> La question a été posée par la Cour d'Appel de Innsbruck, la Cour se demandant si elle doit donner suite à l'obligation que lui fait l'article 21 ou si elle peut au contraire contrôler la compétence du tribunal premier saisi : Demande de décision préjudicielle présentée par l'Oberlandsgericht Innsbruck, dans l'affaire *Erich Gasser Gesellschaft mb.H. contre MISAT s.r.l.*, aff. C-116/02, J.O.C.E., 15 juin 2002, C-144/17.

## § 2. Mécanismes spéciaux de coordination

190. **Introduction, une redéfinition des relations entre for prorogé et for dérogé** - Les mécanismes de coordination traditionnels, et en particulier l'exception de litispendance internationale, ne sont pas en mesure d'appréhender de façon satisfaisante les procédures concurrentes qui naissent malgré l'existence d'un accord des parties sur le juge compétent. Pour tenter de résoudre les difficultés particulières affectant les clauses attributives de juridiction, il faut dès lors avoir recours à d'autres techniques.

Ces techniques visent à concentrer le contrôle de la validité de la clause d'élection de for, à l'instar de ce qui se fait parfois pour la clause compromissoire. Car s'il est vrai que, comme l'indique M. Reichert pour l'arbitrage, « des décisions contradictoires peuvent naître lorsque l'arbitre et le juge sont simultanément saisis de la question de la validité de la clause compromissoire [...] et qu'aucun n'a l'obligation d'attendre la décision de l'autre », <sup>895</sup> alors la prévention des procédures concurrentes passe par une redéfinition des relations entre for prorogé et for dérogé. <sup>896</sup> Nous nous proposons d'examiner deux mesures différentes qui peuvent donner forme concrète à une telle redéfinition et pourraient être adoptées à la faveur d'une réforme éventuelle du Règlement de Bruxelles I ou de tout autre instrument international ayant vocation à régir les clauses d'élection de for.

### I. Exclusivité du contrôle de la validité de la convention de juridiction

191. **Concentration absolue du contentieux** - Pour éviter qu'une même clause d'élection de for soit l'objet d'interprétations contradictoires, on peut tout d'abord envisager de confier au for élu par les parties la compétence de se prononcer en premier et en dernier ressort sur la validité et l'efficacité de la convention de juridiction. Une partie qui souhaiterait invoquer un défaut quelconque de cette convention, serait dès lors tenue de le faire devant le for élu. Les autres fors seraient dans un premier temps tenus de déférer à la décision du for élu; ils devraient se dessaisir si celui-ci se déclare compétent et ne pourraient se saisir du litige que dans le cas contraire. Dans toutes les hypothèses ils ne pourraient préjuger de la décision du for élu. En somme cette solution aboutirait à conférer au for élu par les parties le *privilege exclusif* de se prononcer sur la clause attributive de juridiction. <sup>897</sup> Une telle concentration du contentieux permettrait

<sup>895</sup> D. D. REICHERT, "Problems with Parallel and Duplicate Proceedings : The Litispendance Principle and International Arbitration", *Arbitration Int'l*, 1992, (237), 253 : "Conflicting decisions can arise when both the arbitrator and the judge are simultaneously engaged in the process of deciding the validity of the arbitration agreement [...] and neither has an obligation to await the decision of the other".

<sup>896</sup> On remarquera qu'une des controverses qui a le plus animé le monde de l'arbitrage ces dernières années, à savoir la question du sort d'une sentence arbitrale annulée par les tribunaux du siège de l'arbitrage, met également en lumière les difficultés liées à l'éclatement entre plusieurs juridictions du contrôle de l'autonomie de la volonté. Sur cette question v. PH. COLLE et H. BOULARBAH, "De invloed van het bestaan van mogelijke nietigheidsgronden op het exequatur van een buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraak", *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, 161-180 ainsi que G. BROGGINI, "Le contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge du siège et par le juge de l'exécution", in *Private Law in the International Arena. Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siehr*, J. BASEDOW (éd.), La Haye, T. M. C. Asser Press, 2000, 95-111.

<sup>897</sup> Il ne s'agit pas seulement de prévoir que la décision du for élu par les parties sur la clause attributive de juridiction s'imposera aux autres tribunaux au titre de la chose jugée, ce qui est déjà le cas dans la Convention de Bruxelles. L'exclusivité du contrôle de la validité va plus loin en ce qu'il interdit à ces autres tribunaux de se prononcer avant que le for élu ne le fasse.

d'éviter la multiplication d'analyses divergentes à l'égard d'une même clause et, partant, l'apparition de procédures concurrentes.<sup>898</sup>

On retrouve dans la Convention de Bruxelles une ébauche du mécanisme qui vient d'être évoqué, dans lequel les fors dérogés concèdent à l'instance élue le monopole du contrôle de la validité de la clause attributive de juridiction. Il s'agit de la règle instituée en faveur de la clause conclue entre parties non domiciliées sur le territoire de la Convention : l'article 17(1) *in fine* interdit aux autres fors que le for élu de se saisir de l'affaire avant que ce dernier ne se soit prononcé.<sup>899</sup> Bien sur cette disposition ne lie que les tribunaux des Etats contractants. Les fors dérogés d'Etats tiers restent libres de se saisir de l'affaire et de soumettre la clause à un examen sur base de leur propre droit sans tenir compte de la réaction du for élu. Il ne pouvait en aller autrement, puisque la Convention n'a d'effet qu'à l'égard des Etats membres.<sup>900</sup> L'idée est toutefois bien celle d'une concentration du contrôle de la validité dans le chef du for élu.

**192. Une idée forte pour l'autonomie de la volonté au sein de l'espace judiciaire européen** - Sa généralisation à toutes les clauses d'élection de for, suggérée entre autre par Mme. Coipel-Cordonnier,<sup>901</sup> n'est envisageable que dans le cadre d'un accord international. Elle suppose en effet des concessions réciproques puisque les Etats s'engageraient à renoncer à tout contrôle direct – l'hypothèse de la reconnaissance d'une éventuelle décision étant réservée<sup>902</sup> – sur une clause soustrayant un litige à la compétence de leurs tribunaux.<sup>903</sup>

Un tel système est-il envisageable au sein de l'espace judiciaire européen? La concentration du contrôle de la clause attributive de compétence représente en quelque sorte le degré ultime de l'autonomie de la volonté : les parties auraient la possibilité, par leur accord de volonté, non seulement de déroger à la compétence des tribunaux qui

<sup>898</sup> La solution inverse, qui consisterait à obliger le for élu à avoir égard à l'appréciation par le for dérogé de la validité et de l'efficacité de la convention de juridiction, semble aller à l'encontre de la nature même des choses. Cette suggestion n'est d'ailleurs que rarement faite et, lorsqu'elle est évoquée, aisément rejetée par les tribunaux. V. par exemple *Yowell et al. v. Kara Mara Shipping Co. Ltd. et al* [2000] 2 Lloyd's Rep. 102, 117 (clause d'élection de for pour les tribunaux anglais, procédure intentée en Louisiane, le défendeur tente de convaincre les tribunaux anglais de tenir compte de l'appréciation que font les tribunaux de la Louisiane de la clause, ce qui est refusé, notamment parce que les parties avaient également prévu une clause de choix de loi en faveur du droit anglais - "there was no reason why the English Court should have regard to the Louisiana law concept of when an exclusive jurisdiction clause in favour of the English courts was lawful"). V. plus loin la position des Principe de Leuven-Londres sur l'injonction anti-suit, n° 326.

<sup>899</sup> Art. 17(1) *in fine* devenu l'article 23(3) du règlement. Bien que les instruments européens soient muets à ce sujet, il faut sans doute accepter que le for élu applique son propre droit national pour juger de l'efficacité de la clause (en ce sens p. ex. J. KROPHOLLER, 4<sup>ème</sup> éd., 1993, 188).

<sup>900</sup> Sur les relations avec les Etats tiers, v. H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen », in *E Pluribus Unum Liber Amicorum G. L. Draz. On the Progressive Unification of Private International Law*, A. BORRAS et al. (éds.), Martinus Nijhoff, Den Haag, 1996 et plus récemment l'étude de GROLIMUND, *Drittsstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr, 2000, 298 p.

<sup>901</sup> N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, 1999, 370-371, n° 375 (au terme de son analyse, cet auteur constate la prédominance du caractère juridictionnel des clauses d'élection de for sur le caractère purement contractuel et donc leur rattachement à la *lex fori*. Comme elle l'indique, "la loi du for saisi règle la plupart des questions qui se posent" à propos de la clause d'élection de for, ce qui ouvre la porte à des "divergences d'appréciation de la clause selon le for qui est confronté". C'est pour prévenir ces "conséquences néfastes" que Mme. Coipel-Cordonnier suggère d'accorder la priorité au for élu quant à l'appréciation de la clause).

<sup>902</sup> Sauf pour la Convention de Bruxelles, puisque la violation d'une clause d'élection de for ne constitue pas un motif de refus de reconnaissance, *supra*, n° 185.

<sup>903</sup> Un tel système pourrait être particulièrement bénéfique pour les clauses d'élection de for en faveur d'un tribunal d'un Etat non-contractant. Dans le régime actuel de la Convention de Bruxelles, le sort de ces clauses est laissé à l'appréciation du droit national du juge saisi (C.J.C.E., affaire *Corede* précitée, point 19), ce qui ouvre la porte à des conflits de procédures.

pourraient en l'absence d'un tel accord se saisir de l'affaire, mais également d'empêcher ces tribunaux de vérifier l'accord qui fonde la compétence même du tribunal élu.

Empruntant une expression favorite des spécialistes de l'arbitrage, on pourrait dire que ce système donne son plein effet au principe de la *Kompeterz-Kompeterz*.<sup>904</sup> Une telle mesure n'est possible que si les tribunaux nationaux se témoignent une très grande confiance. Plus précisément elle implique que les Etats concernés renoncent à faire prévaloir certains intérêts et politiques législatives particulières dont ils auraient pu imposer le respect lors du contrôle de la clause. Il ne leur sera ainsi plus possible de tenir pour inefficace une clause attributive de juridiction qui empiéterait sur le domaine qu'ils entendent réserver à leurs tribunaux, ou encore qui s'aventurerait dans un domaine qu'ils entendent exclure de l'autonomie de la volonté. A ce titre, l'exclusivité du contrôle de la clause n'est sans doute envisageable qu'au prix d'une uniformisation très poussée du régime des clauses attributives de juridiction. Une fois que les règles déterminant les limites de l'autonomie de la volonté et les formes dans lesquelles elle doit s'exprimer sont unifiées, il sera plus facile aux tribunaux nationaux de renoncer à se contrôler l'un l'autre.<sup>905</sup>

**193. Une idée forte pour l'autonomie de la volonté au sein de l'espace judiciaire européen (suite)** - L'espace judiciaire européen constitue l'exemple le plus achevé d'un tel processus d'unification. Comme on l'a vu, le rôle réservé au droit national dans l'appréciation de la validité d'une clause de compétence est minime (*supra*, n° 155). De plus, l'exclusion de larges pans du contentieux international privé du champ de l'autonomie de la volonté – on pense aux litiges de consommation ou à ceux qui se situent dans la sphère des relations de travail – a permis de se débarrasser des catégories de litiges les plus 'sensibles', à l'égard desquels la volonté des Etats de conserver une certaine emprise sur le litige est la plus forte.

Il nous semble dès lors que toutes les conditions sont remplies pour abolir au sein de l'espace judiciaire européen le contrôle pluriel d'une même clause d'élection de for.<sup>906</sup> Concrètement, ceci reviendrait à faire de l'existence, avérée ou alléguée, d'une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal d'un Etat membre, une cause d'incompétence automatique, même si provisoire, des tribunaux des autres Etats membres. Ces derniers devraient se dessaisir de l'affaire, ou à tout le moins surseoir à statuer, en attendant que le for élu se prononce sur la clause.<sup>907</sup>

<sup>904</sup> On désigne par là la possibilité pour un tribunal arbitral de se prononcer sur sa propre compétence lorsqu'une partie la conteste. Sur les multiples acceptions de cette expression, v. P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Recueil des cours*, 1989, t. 217, (319-454), 339-352 ainsi que E. GAILLARD, "L'effet négatif de la compétence-compétence", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, J. HALDY et al. (éds.), Lausanne, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, (387), 387-390.

Le principe de la compétence de la compétence est aujourd'hui quasi-universellement reconnu, v. par exemple l'aperçu comparatif donné par A. DIMOLITSA, "Autonomie et 'Kompetenz-Kompetenz'", *Reu arb*, 1998, (305), 321-325.

<sup>905</sup> Le même phénomène de 'vase communicant' se produit pour cette autre grande manifestation de l'ouverture au fait judiciaire étranger que constitue la reconnaissance des décisions étrangères : l'expérience de la Convention de Bruxelles montre qu'il sera d'autant plus facile de renoncer au contrôle de la compétence indirecte que les tribunaux concernés sont liés par les mêmes règles de compétence directe.

<sup>906</sup> On notera qu'à l'égard des effets des jugements étrangers, l'Union européenne envisage également d'abolir la formalité de l'exequatur pour introduire le titre exécutoire européen. V. la proposition de Règlement sur ce sujet du 18 avril 2002, COM (2002) 159 *def*.

<sup>907</sup> Réserve pourrait toutefois être faite de l'hypothèse dans laquelle les parties ne soulèvent pas la clause d'élection de for, celle-ci devenant caduque par l'effet de l'acceptation tacite de compétence, ou encore dans l'hypothèse des compétences exclusives dont la Convention (article 19, devenu l'article 25 du Règlement) impose le contrôle, même d'office, au juge.

L'introduction d'un contrôle exclusif et unique de la clause d'élection de for par le juge élu – qui nécessiterait une révision du Règlement 44/2001 à défaut de pouvoir être imposée par la voie prétorienne – constituerait un *renforcement* de l'autonomie de la volonté, qui échapperait à la multiplication des foyers de contestation. Il faut espérer que la confiance entre les Etats membres de l'Union européenne soit suffisante pour justifier une telle mesure.<sup>908</sup> Si tel n'est pas le cas, une autre solution pourrait être envisagée.

## II. Echelonnement du contrôle de la validité

**194. L'effet négatif du principe de compétence-compétence** - La centralisation du contrôle de la clause d'élection de for dans le chef de l'instance élue n'est pas un objectif réaliste en dehors du contexte particulier de l'espace judiciaire européen. Elle ne constitue toutefois pas le seul mécanisme de coordination permettant d'appréhender les difficultés spécifiques nées de la concurrence d'instances dans lesquelles la question de la validité d'une clause d'élection de for peut être soulevée. La pratique de l'arbitrage commercial international, où la question des relations entre juge national et tribunal arbitral pose des questions similaires, nous apprend en effet qu'il est une autre possibilité de coordonner d'éventuelles instances concurrentes.

Il s'agit alors, non pas de donner au for élu l'*exclusivité* du contrôle de la clause attributive de juridiction, mais bien la *priorité* pour se prononcer sur celle-ci : dans un premier temps, seul le for élu pourrait se prononcer sur la clause d'élection de for, les autres tribunaux étant dans l'obligation de renvoyer les parties devant ce for lorsque se pose la question de la validité de la clause. A la différence de l'hypothèse précédente, les parties pourraient toutefois s'adresser, une fois connue la décision du for élu, à d'autres tribunaux pour qu'ils sanctionnent ou non cette décision, sans devoir attendre un éventuel contrôle de la compétence au stade de l'exécution.

On aura reconnu dans ce mécanisme la version la plus aboutie de ce que l'on désigne généralement comme étant l'*effet négatif* du principe de compétence-compétence.<sup>909</sup> Il s'agit de faire de l'arbitre « le juge normal de sa propre compétence » selon l'expression de M. Mayer.<sup>910</sup> Comme on l'a noté, un tel système serait un « facteur de clarté et de sérénité »

<sup>908</sup> On peut douter qu'il soit possible d'introduire une mesure similaire dans les relations entre arbitres et juges nationaux. Conférer au tribunal arbitral l'exclusivité du contrôle de la clause compromissoire reviendrait en effet à dire que les Etats abandonnent aux arbitres la possibilité de contrôler l'accord des parties qui fonde la compétence du tribunal arbitral. Une telle mesure s'accorderait bien avec la tendance actuelle à 'juridictionnaliser' l'arbitrage, c'est-à-dire à attribuer à l'arbitre des pouvoirs juridictionnels normalement réservés aux juridictions nationales (sur cette tendance, A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 341-344 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, 1999, 366, n° 372). La (très grande) légitimité acquise par la justice arbitrale et la confiance qui en résulte ne sont sans doute pas (encore) de nature à justifier une mesure aussi radicale. La preuve en est que l'effet négatif du principe de la compétence-compétence, mesure moins ambitieuse mais qui va dans le même sens, n'a à ce jour été accepté que dans un nombre réduit d'Etats (*infra*, n° 194). En définitive, une telle mesure irait à notre sens au-delà de ce que permet aujourd'hui l'assise contractuelle, bien comprise, de l'arbitrage.

<sup>909</sup> M. Gaillard définit l'effet négatif du principe de la compétence de la compétence comme l'interdiction "aux juridictions étatiques saisies par une partie du fond du litige en dépit de l'existence, au moins *prima facie*, d'une convention d'arbitrage, de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou à la validité de celle-ci avant que les arbitres eux-mêmes n'aient eu l'occasion de se prononcer sur ces questions", E. GAILLARD, *loc. cit.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, (387), 390.

<sup>910</sup> P. MAYER, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 345, n° 14.

puisque les fors prorogé et dérogés « seraient appelés à se prononcer successivement et jamais en parallèle ». <sup>911</sup>

**195. L'effet négatif en droit comparé** - Le droit comparé révèle que l'effet négatif de la compétence-compétence est loin d'être majoritairement accepté, même dans les pays qui se targuent de favoriser l'arbitrage. Seul le droit français a en réalité pris le pli de retarder le moment auquel la juridiction nationale procédera au contrôle de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage. L'article 1458 NCPC impose en effet au tribunal français de se déclarer incompétent dès lors que le litige a déjà été soumis au tribunal arbitral. <sup>912</sup> Ce faisant, la détermination par l'arbitre de sa propre compétence, qui dans le régime normal n'exclut pas que la question soit posée de façon concomitante au juge national, <sup>913</sup> reçoit la priorité dans le temps. La Convention de Genève contient une règle qui se rapproche du système français. <sup>914</sup>

Le monopole dont jouit le tribunal arbitral pour connaître du contentieux de la validité de la clause compromissoire n'est dans ce système que *provisoire*. Les juridictions étatiques recouvrent en effet la possibilité de contrôler la compétence du tribunal dès que celui-ci s'est prononcé. <sup>915</sup> De plus ce monopole est *précaire* puisque, au moins dans le droit français, il n'existe que lorsque les arbitres ont été saisis en premier. Dans le cas contraire, l'article 1458 NCPC accorde au juge national la possibilité de contrôler *prima facie* l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, puisqu'il ne doit pas renoncer à

<sup>911</sup> P. SCHWEIZER et O. GUILLOD, "L'exception de litispendance et l'arbitrage international", in *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers. Ouverture ou repli?*, F. KNOEPFLER (éd.), Ed. Universitaires Fribourg, 1988, (71), 77. Ces auteurs assimilent ce mécanisme à l'introduction d'une véritable exception de litispendance dans les rapports entre justice étatique et arbitrale. En réalité il s'agit d'une exception temporaire et à sens unique.

<sup>912</sup> Le bénéfice de cette disposition a été étendu à l'arbitrage international : Cass. fr., 7 juin 1989, *Reu Arb.*, 1992, 61, note Y. DERAÏNS et Cass. fr., 28 juin 1989, *Reu Arb.*, 1989, 653, note PH. FOUCHARD ; *J.D.I.*, 1990, 1004 et Cass., 7 juin 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 153, p. 137. V. également Cass. fr., 10 mai 1995, *Reu Arb.*, 1995, 617, note E. GAILLARD. Pour plus de détails, P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, 420-426, n° 671-682 ainsi que A. DIMOLITSA, *l.c.*, *Reu Arb.*, 1998, (305), 333-335, n° 34.

Le droit belge de l'arbitrage ne reconnaît pas l'effet négatif de la compétence de la compétence, puisque selon l'article 1679 C. Jud. le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage a la possibilité d'examiner si cette convention est "valable" ou n'a pas pris fin. D'aucuns ont cependant suggéré de s'orienter vers la solution française, v. J. LINSMEAU et J. VAN GELDER, "La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *J.T.*, 1973, (205), 210.

<sup>913</sup> V. l'article II-3 de la Convention de New York du 10 juin 1958, qui dispose que "Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention [...] renverra les parties à l'arbitrage [...] à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée". V. également l'article 8(1) de la loi-type sur l'arbitrage commercial international, adoptée par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 (selon lequel "le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage [...] à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée")

<sup>914</sup> L'article VI(3) de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (signée à Genève le 21 avril 1961 (484 U.N.T.S. 349)) prévoit que lorsqu'une des parties saisit un tribunal après qu'une procédure arbitrale ait été initiée, le tribunal doit surseoir à statuer sur la question de la validité de la clause et céder la priorité au tribunal arbitral. La Convention prévoit cependant que la priorité concédée au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence, n'empêche pas le juge étatique de contrôler la compétence de l'arbitre en cas de "motifs graves", ce qui correspond au contrôle *prima facie* prévu par le droit français dans l'hypothèse de la saisine antérieure du juge étatique.

<sup>915</sup> *Cons.* toutefois Cass. fr., 1 décembre 1999, 2<sup>ème</sup> espèce, *Reu Arb.*, 2000, 96, note PH. FOUCHARD, dans lequel la Cour approuve la Cour d'Appel de Paris d'avoir renvoyé les parties à l'arbitrage après avoir constaté que la convention d'arbitrage n'était pas manifestement nulle, au motif « qu'il appartenait au tribunal arbitral *seul* de statuer sur sa propre compétence » (nous soulignons). Comme le fait remarquer l'annotateur, cette formule doit être nuancée puisque si la compétence de l'arbitre est prioritaire, elle n'est pas exclusive, la sentence étant exposée au contrôle ultérieur du juge de l'exécution ou de l'annulation.



connaître du litige lorsque la clause compromissoire est « manifestement nulle ». <sup>916</sup> L'échelonnement du contrôle de la validité est alors tempéré par la possibilité pour le juge national de procéder à un examen sommaire de la clause.

On le voit, l'effet-négatif de la compétence-compétence peut s'organiser selon plusieurs modalités. A chaque fois il contribue à réduire le risque d'aboutir à des appréciations contradictoires d'une même clause. Il n'en a pas pour autant conquis les législateurs nationaux, malgré les plaidoyers d'une partie de la doctrine. <sup>917</sup>

**196. Vers un effet négatif de la clause d'élection de for?** - Peut-on envisager d'étendre aux clauses d'élection de for le système 'à deux degrés' prévu en droit français pour la clause compromissoire? Encore une fois, une telle réforme ne nous paraît envisageable que dans le cadre d'un accord conventionnel liant plusieurs Etats. A défaut de contrepartie directe, la reconnaissance d'un tel effet à l'autonomie de la volonté n'aurait en effet pas de sens comme mesure unilatérale dans le droit commun d'un Etat. <sup>918</sup> S'il est un régime conventionnel qui gagnerait de l'introduction d'un tel système, c'est bien celui de l'espace judiciaire européen : les règles qui y régissent l'usage et les effets de l'autonomie de la volonté sont suffisamment uniformes et la confiance entre les juges nationaux suffisamment forte pour justifier l'échelonnement dans le temps du contrôle de la validité de la clause d'élection de for. Il reste toutefois à examiner si une telle modification du régime conventionnel ne se heurte pas à des inconvénients pratiques.

**197. Inconvénients et avantages de l'effet négatif de la compétence-compétence** - La centralisation temporaire du contentieux de la validité de la clause d'élection de for dans le chef du tribunal élu ne résoudra pas tous les problèmes, loin s'en faut.

On peut d'abord constater qu'une mesure de ce type n'est pas de nature à prévenir nécessairement les appréciations divergentes d'une seule et même clause. Cette possibilité est tout simplement *retardée*, puisque le défendeur conserve la possibilité de s'adresser ultérieurement à un for dérogé pour y invoquer l'inefficacité de la clause. C'est d'ailleurs ce qui a fait dire à certains que l'échelonnement du contrôle de la validité contribuerait à renforcer l'incertitude, puisque ce système impose aux parties d'*attendre* que le for élu se prononce avant d'en appeler éventuellement à d'autres tribunaux. <sup>919</sup>

On peut toutefois penser que le fait de retarder le moment du contrôle par un juge tiers aura au moins pour effet de *dissuader* certains plaideurs de mauvaise foi de tenter leur chance devant un for dérogé. Il en sera d'autant plus ainsi lorsque le for élu aura pris la peine de rencontrer de façon motivée les éventuelles objections à la validité de la clause. A ce titre, on peut dire que l'instauration d'un échelonnement chronologique aura un

<sup>916</sup> P. ex. Paris, 7 déc. 1994, *R.T.D. comm.*, 1995, 401, obs. J. C. DUBARRY et E. LOQUIN; *Reu arb.* 1996, 245, note CH. JARROSSON; Grenoble, 3 oct. 1996, *Reu Arb.*, 1997, 433, note Y. DERAÏNS.

<sup>917</sup> En particulier E. GAILLARD, *l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Pauchet*, 387 e.s.

<sup>918</sup> Il en irait autrement si la priorité était concédée au tribunal arbitral; par hypothèse aucune contrepartie n'est alors possible, la faveur accordée à l'autonomie des parties étant à sens unique.

<sup>919</sup> M. Mayer conteste ainsi une éventuelle extension de l'autonomie de l'arbitre que constituerait la généralisation de l'effet négatif de la compétence-compétence, en se demandant "pourquoi [...] imposer [à la partie qui conteste la clause d'arbitrage] les frais et la perte de temps d'un examen par l'arbitre, dont la position pourra de toutes façons être remise en cause par la suite?", P. MAYER, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 347, n° 16. Dans le même sens, P. SCHLOSSER, *l.c.*, *Reu arb.* 1998, 298 ("la solution française de la compétence-compétence atténuée ne nous a pas [...] convaincu. On ne saurait faire trop attendre les plaideurs avant d'obtenir le 'dernier mot' du tribunal compétent sur la question de la validité ou de la portée de la clause d'arbitrage").

certain *effet de dissuasion* sur les manœuvres les plus dilatoires.<sup>920</sup> Autoriser le recours immédiat au for dérogé permet sans doute aux parties d'obtenir plus rapidement toute la clarté sur la validité de la clause. Cette latitude offerte aux plaideurs peut toutefois également inciter, comme le reconnaît M. Gaillard,<sup>921</sup> certaines manœuvres dilatoires qui s'épanouissent dans la naissance d'un contentieux parallèle.<sup>922</sup> Dans le cadre de l'espace judiciaire européen, la priorité d'intervention accordée au for élu permettrait d'autant plus de déjouer de telles manœuvres que la décision de ce for s'imposerait aux autres fors en vertu des règles de reconnaissance. Ceux-ci ne conserveraient qu'un pouvoir de contrôle marginal limité au respect des compétences exclusives. Les règles de reconnaissance *prolongeraient* ainsi la centralisation du contentieux de la validité dans le chef du for élu.

**198. L'effet négatif de la compétence-compétence, une réforme bienvenue du régime des clauses d'élection de for au sein de l'espace judiciaire européen** – En définitive, la reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence contribuera certainement à prévenir la dispersion des contentieux et donc des coûts inutiles pour les parties. En outre, une telle mesure permettrait de renforcer aux yeux des justiciables le prestige de l'autonomie de la volonté, dont il faut bien avouer qu'il est cruellement desservi par l'existence d'appréciations divergentes d'une même clause d'élection de for.<sup>923</sup>

Sans prétendre vouloir clôturer le débat sur l'opportunité d'accorder au for élu un monopole, temporaire ou non, du contrôle de la validité de la clause attributive de juridiction,<sup>924</sup> nous estimons en définitive que l'échelonnement du contentieux de la validité s'impose comme mesure de prévention des conflits de procédures. Une telle mesure, qui n'est sans doute pas (encore) susceptible d'application générale à l'arbitrage,<sup>925</sup> nous paraît tout à fait opportune dans le cadre de l'espace judiciaire

<sup>920</sup> Sur ce point, P. MAYER, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 347, n° 17.

<sup>921</sup> E. GAILLARD, *l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, 399-400, n° 15 et du même, "Efforts by a party to seek intervention by a national court for the purpose of delaying or disrupting the arbitration - Laws and Court Decisions in Civil Law Countries", in *Preventing Delay and Disruption of Arbitration*, A. J. VAN DEN BERG (éd.), ICCA Congress Series N° 5, Deventer, Kluwer Law International, 1991, (162-169), 165-166; D. DIMOLITSA, *l.c.*, *Reu arb.*, 1998, (305), 338.

<sup>922</sup> Contentieux que M. FOUCHARD qualifie de « parasite » et dans lequel il voit « l'instrument commode de manœuvres dilatoires » (PH. FOUCHARD, note sous Cass., 1 décembre 1999, *Reu Arb.*, 2000, 98-99).

<sup>923</sup> M. Gaillard souligne fort justement à propos de la clause compromissoire que l'absence d'effet négatif de la compétence-compétence peut aboutir paradoxalement à affaiblir l'effet positif de ce même principe, en incitant les arbitres, dont les vues ne pourront par définition pas l'emporter, à attendre que les juridictions nationales se prononcent sur la validité de la clause : note sous Cass. fr., 26 juin 2001, *Reu Arb.*, 2001, (530), 531.

<sup>924</sup> M. Mayer remarque justement que ce débat n'est pas dénué d'une certaine "idéologie" (P. MAYER, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 346, n°14). On sent en effet poindre dans certains arguments la vieille défiance face à la justice arbitrale ou au contraire un 'tout-à-l'arbitrage' tout aussi borné ...

<sup>925</sup> D. DIMOLITSA, *l.c.*, *Reu Arb.*, 1998, (305), 338, elle-même partisan de la priorité de l'intervention des tribunaux arbitraux, (elle explique ainsi que "[...] on ne voit pas pour quelle raison on devrait craindre a priori la manière dont les arbitres vont juger de leur compétence, crainte que sous-entend la non-consécration de la règle de priorité [...]") observe que "[l]a priorité dans le temps de l'exercice de la compétence [...] est loin d'être généralement acceptée par les ordres juridiques nationaux"; elle suggère que la Convention de New York elle-même ne favorise pas l'effet négatif de la compétence de la compétence parce qu'elle semble donner plein pouvoir au juge étatique (*l.c.*, *Reu Arb.*, 1998, (305), 329, n° 25). Dans le même sens, P. MAYER, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 346, n°15 ("cette solution est plutôt rare en droit comparé"). *Comp. E. GAILLARD, l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, 387-482 (l'auteur croit déceler une reconnaissance de plus en plus grande de l'effet négatif et cite à l'appui de cette constatation la jurisprudence suisse (P. ex. la décision du Tribunal Fédéral dans l'affaire Fondation M., TF, 26 avril 1996, ATF 122 III 139 ; *Bull. ASA*, 1996, 527, note C. U. MAYER ; *R.S.D.I.E.*, 1996, 586, note F. KNOEPFLER (selon le tribunal, l'article 7(b) de la LDIP qui impose aux juges étatiques de renvoyer les parties à l'arbitrage n'empêche pas le juge d'examiner à titre préjudiciel la validité de la convention d'arbitrage, même si le juge doit se limiter "à un examen sommaire de l'existence prima facie d'une convention d'arbitrage, afin de ne pas préjuger de la décision du tribunal arbitral sur sa propre

européen. L'uniformité quasi-complète du statut des clauses attributives de juridiction et le principe d'équivalence substantielle entre tribunaux nationaux<sup>926</sup> constituent les conditions nécessaires, mais aussi suffisantes pour une telle réforme. Les arguments déjà évoqués au soutien de la reconnaissance en droit européen d'un contrôle exclusif dans le chef du for élu, plaident *mutatis mutandis* pour l'introduction, au minimum, d'un effet négatif de la compétence-compétence au bénéfice du tribunal désigné par les parties.

On pourrait à cet égard se laisser inspirer par les modalités prévues par le droit français de l'arbitrage, qui prévoit, comme on l'a vu, une soupape de sûreté permettant au for dérogé de s'assurer qu'il n'y a pas abus manifeste dans le chef de la partie qui invoque une clause d'élection de for à l'appui d'un déclinatoire de compétence. L'échelonnement du contentieux de la validité serait alors tempéré par la possibilité pour le for dérogé de procéder à un examen *prima facie* de la clause. En pratique, le risque d'aboutir à des décisions contradictoires demeurerait réduit puisque le for dérogé n'interviendrait que dans des situations exceptionnelles. La difficulté réside alors dans la délimitation de la portée du contrôle 'sommaire'. Le for déroge pourra-t-il se contenter de l'allégation par le défendeur de l'existence d'une convention de juridiction? Comment faire la part des choses, sans se pencher sur les faits de la cause, entre une manoeuvre purement dilatoire dans le chef de la partie qui le saisit, et une objection sérieuse et fondée quant à la validité de la convention? Sans doute est-il impossible de tenir compte de toutes ces hypothèses et faudra-t-il se contenter d'une disposition générale, en faisant confiance pour le reste à la sagesse des tribunaux.<sup>927</sup>

**199. Un effet négatif contractuellement prévu?** - Dans l'attente d'une telle réforme, on peut conseiller aux justiciables de prendre l'initiative. Rien ne les empêche en effet d'assortir leur clause d'élection de for d'une stipulation accordant au for élu le monopole provisoire du contrôle de la validité de leur convention. On sait que la jurisprudence allemande permettait le recours à des stipulations de ce type sous l'empire de l'ancienne législation sur l'arbitrage. Depuis une décision du tribunal fédéral allemand de 1977, on acceptait que les parties puissent, par une convention supplémentaire, autoriser le tribunal arbitral à se prononcer par priorité sur sa propre compétence.<sup>928</sup> Les

---

compétence". Notons que cette solution ne s'impose que lorsque le tribunal arbitral a son siège en Suisse. Lorsque tel n'est pas le cas, le juge suisse conserve les pleins pouvoirs d'examen, v. TF, 16 janvier 1995, ATF 121 III 38, *Bull. ASA*, 1995, 503, note; *R.S.D.I.E.*, 1996, 561; *Y.C.A.*, 1996, 690 et pour plus de détails, W. WENGER, « Article 186 », in *International arbitration in Switzerland*, S. V. BERTI (éd.), Bâle/La Haye, Helbing & Lichtenhahn/Kluwer Law International, 2000, 463-463) ainsi que certaines décisions rendues sous l'empire de l'article 8(3) de la loi type de la Cnudci).

<sup>926</sup> Mme. *Dimolisa* note que la généralisation de l'effet négatif de la compétence-compétence nécessiterait précisément que l'on accepte « l'équivalence substantielle de la juridiction étatique et de la juridiction arbitrale » (*Reu Arb.*, 1998, (305), 338).

<sup>927</sup> Plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation (Cass., 1 décembre 1999, 2 espèces, *Reu Arb.*, 2000, 96, note PH. FOUCHARD et Cass., 26 juin 2001, *Reu Arb.*, 2001, 529, note E. GAILLARD) apportent un éclairage bienvenu sur l'interprétation de la notion de clause manifestement nulle. Il en ressort que cette notion doit s'entendre de façon étroite, le juge devant en règle générale laisser aux arbitres le soin de trancher les contestations relatives à la validité de la clause.

A défaut de reconnaissance de la priorité du for élu pour se prononcer sur sa propre compétence, une mesure plus modeste consisterait à obliger le for dérogé à se prononcer *immédiatement* sur sa compétence. La partie qui souhaite soumettre la question de la validité de la convention de juridiction à une autre instance que l'instance élue ne pourrait dès lors plus bloquer l'issue du litige pendant de nombreuses années. V. par exemple le nouvel § 1032(2) ZPO qui instaure une procédure accélérée et simplifiée pour la décision du tribunal allemand sur la validité de la convention d'arbitrage.

<sup>928</sup> V. P. SCHLOSSER, *lc.*, in *Arbitral Tribunals and State Courts. Who Must Defer to Whom?*, ac., (15), 27-28 et surtout BGH, 5 mai 1977, BGHZ, 68, 356; *N.J.W.*, 1977, 1397; *Z.Z.P.*, 1979, 470; *Reu arb.*, 1978, 578, note E. MEZGER (obiter dictum).

tribunaux se réservaient toutefois le contrôle de la validité de cette stipulation particulière.<sup>929</sup> Cette solution, selon laquelle il revient aux parties de conférer contractuellement aux arbitres le monopole – provisoire – du contentieux de la validité de la clause compromissoire, a également été évoquée par la Cour Suprême américaine<sup>930</sup> et, plus récemment, par le Tribunal Fédéral suisse.<sup>931</sup>

Une telle stipulation devrait-elle être honorée par un tribunal de l'espace judiciaire européen dont les parties ont exclu la compétence ? Cette utilisation particulière de l'autonomie de la volonté n'est pas expressément réglée dans les textes européens. On peut toutefois douter qu'il soit permis d'invoquer une quelconque disposition du droit national d'un des Etats membres pour légitimer ou au contraire sanctionner ce type d'accord. Il est un principe général sur lequel se fonde la Convention de Bruxelles, qui peut apporter un début de solution : il s'agit du principe selon lequel il faut donner son plein effet à l'autonomie de la volonté. L'article 17, qui ne fait dépendre la validité de la clause attributive de juridiction d'aucune condition relative à son contenu, illustre parfaitement ce précepte.<sup>932</sup>

Il serait toutefois trop hasardeux de prétendre que ce seul principe suffit à justifier l'extension que les parties entendraient conférer à l'autonomie de leur volonté. Il faudra

<sup>929</sup> Apparemment la jurisprudence allemande acceptait volontiers de voir dans la clause compromissoire la volonté des parties d'accorder la priorité aux arbitres pour les questions de compétence, tolérance qui était renforcée par le fait que les institutions arbitrales avaient prévu dans leurs règlements une clause à cet effet (P. SCHLOSSER, *l.c.*, in *Arbitral Tribunals and State Courts. Who Must Defer to Whom?*, a.c., (15), 28; P. SCHLOSSER, *l.c.*, *Reu arb.*, 1998, 297-298).

<sup>930</sup> La Cour Suprême des Etats-Unis semble avoir laissé la porte ouverte à un tel prolongement contractuel du principe de la compétence de la compétence dans l'affaire *Kaplan (First Options of Chicago, Inc. v Kaplan et al.*, 514 U.S. 938, 115 S. Ct. 1920, 131 L.Ed. 2d. 985, Y.C.A., 1997, vol. XXII, 278 (1995). Cette décision, qui témoigne de la schizophrénie de la jurisprudence américaine à l'égard de l'arbitrage, posait la question de savoir si les époux Kaplan étaient liés par une clause compromissoire qu'ils n'avaient pas signée, mais qui liait leur société d'investissement – question qui de façon ambiguë est qualifiée de problème d'"arbitrability". Le tribunal arbitral passa outre le voile social et imposa aux époux d'avoir recours à l'arbitrage. Lors de l'examen de cette sentence par les juridictions américaines se posa la question de savoir si le tribunal arbitral avait pu légitimement se prononcer sur sa propre compétence. La Cour Suprême, dans une décision qui témoigne d'une certaine défiance à l'égard de l'arbitrage, décida qu'il revient en principe au juge national de trancher la question de la compétence du tribunal arbitral, sauf si les parties ont expressément conféré à l'arbitre le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence. La remise en question du principe de compétence de la compétence – et l'obligation corollaire pour les parties de récupérer ce vide par une stipulation contractuelle expresse – semble cependant limitée à la question de la portée *ratione materiae* de la clause compromissoire. V. sur cette affaire W. W. PARK, "The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan : What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?", *Arb. Int'l.*, 1996, 137 e.s.

Cette solution était déjà suggérée par C. SCHMITTHOFF, "The Jurisdiction of the Arbitrator", in *The Art of Arbitration. Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, A. J. VANDEN BERG et al (éds.), Kluwer, 1982, 293 (M. Schmitthoff considèrait que "the parties [...] must a fortiori be able to exclude the rule that the arbitrator cannot finally decide on his own jurisdiction [...]. The Courts should respect the contract of the parties, provided that the arbitrator exercises his power in good faith". M. Schmitthoff réservait donc le cas de l'abus dans le chef de l'arbitre).

<sup>931</sup> Affaire *Fomento* déjà citée. En l'espèce les demandeurs arguaient qu'il fallait conférer au tribunal arbitral un droit de priorité pour l'appréciation de la clause compromissoire. Le Tribunal fédéral a rejeté cette proposition, en expliquant qu'elle n'avait « aucun fondement juridique » et que dès lors « les deux tribunaux en concours (le tribunal arbitral et le tribunal étatique) ont une égale vocation à trancher le question litigieuse » (*Bull. ASA*, 2001, 552). Toutefois la Haute Cour avait fait remarquer qu'il ne ressortait pas des faits de l'espèce que « les parties seraient convenues, au moment de signer la mission, de charger le tribunal arbitral de trancher la question à la place des [tribunaux nationaux] » (*Bull. ASA*, 2001, 551). Avec M. *Vulliamin* on peut en déduire que « les parties ont la faculté de régler par convention la priorité qu'elles entendraient donner au tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence [...] » (*l.c.*, *Bull. A.S.A.*, 2001, (439), 449).

<sup>932</sup> Le droit anglais de l'arbitrage connaît une variante de cette clause, connue sous le nom de clause 'Scott v Avery' (*Scott v Avery*, (1856) 5 H.L.Cas. 811 et M. MUSTILL et. S. BOYD, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Londres, Butterworths, 1989, 161-166. La clause *Scott v Avery* prévoit que la détermination par les arbitres des droits et obligations des parties constitue une condition préalable à toute action en justice.

attendre que la jurisprudence, et singulièrement la Cour de Justice, soit confrontée à la question pour y voir plus clair.

200. **En guise de conclusion** – La conclusion d'une clause d'élection de for ne peut empêcher l'apparition de conflits entre for(s) dérogé(s) et for prorogé – de même que la jurisprudence révèle de nombreux conflits entre justice étatique et justice arbitrale.<sup>933</sup> Le conflit peut d'ailleurs s'envenimer lorsqu'une des instances concernées statue sur le fond et que cette décision est invoquée dans l'autre procédure. La question est alors de savoir si cette décision doit être reconnue alors que le juge requis a une opinion différente sur la validité et l'efficacité de la clause d'élection de for.<sup>934</sup>

Les conflits de cette nature sont exceptionnels. Il n'en demeure pas moins qu'ils mettent à mal le prestige de l'autonomie de la volonté et les atouts de prévisibilité et sécurité juridique qu'elle est censée représenter. Il nous semble que la pratique de l'arbitrage commercial international peut, toutes proportions gardées, offrir des pistes intéressantes pour améliorer encore l'efficacité des clauses d'élection de for. C'est particulièrement le cas au sein de l'espace judiciaire européen, qui serait bien inspiré de faire une place au principe de la compétence *exclusive* du for élu pour le contentieux de la validité de la clause d'élection de for. L'introduction d'une telle compétence mettrait fin à un paradoxe : alors que les tribunaux nationaux ne peuvent, au nom de la confiance européenne, invoquer une éventuelle violation d'une clause d'élection de for pour priver une décision d'un autre Etat membre de l'efficacité qu'elle postule, ces mêmes tribunaux conservent pleine emprise sur le contentieux de la validité de la clause au stade de la compétence, avec les risques de contradiction qui en découlent. Il est permis de penser qu'à l'idée de libre circulation des décisions, qui informe l'interdiction de contrôle de la compétence indirecte par le juge requis, répond un souci tout aussi légitime de donner suite à la volonté des parties, souci qui justifie à notre sens que l'on s'emploie à mettre fin aux contentieux parallèles de la validité d'une même clause. Une telle réforme aurait le mérite de couper l'herbe sous le pied de certains tribunaux qui, redoutant la mauvaise foi ou plus simplement l'ignorance de leurs collègues étrangers, s'emploient à faire triompher coûte que coûte l'autonomie de la volonté, et ruinent par la même l'esprit européen de coopération et d'égalité.

<sup>933</sup> Plus rares sont les conflits opposant deux tribunaux arbitraux. V. p. ex. la procédure dans laquelle un tribunal arbitral avait été constitué en Suède et un autre en Chine. Ce dernier a finalement reconnu l'autorité de chose jugée de la première sentence arbitrale suédoise qui avait donné raison au vendeur. Sur cette affaire J. HUGUES, "Foreign lis alibi pendens, Non-Chinese Majority Tribunals and Other Problems of Neutrality in CIETAC Arbitration", *Arb. International*, 1997, 63-83.

<sup>934</sup> Cette question est particulièrement aiguë dans le cadre d'instruments qui à l'instar des Conventions de Bruxelles et de Lugano, réduisent au maximum les motifs de refus de reconnaissance. Elle ne fait pas de doute pour ce qui est des clauses d'élection de for, la violation de l'article 23 n'étant pas un motif de refus de reconnaissance. Elle est plus difficile à résoudre pour ce qui est de la clause compromissoire, v. p.ex. *The Heidelberg* [1994] 2 Lloyd's Rep. 287 (le tribunal anglais accepte de reconnaître la décision au fond du tribunal de commerce de Bordeaux qui avait écarté la clause d'arbitrage valable selon le juge anglais). Mme. *Muir Watt* exprime ses "doutes" quant à l'applicabilité éventuelle du régime de reconnaissance mis en place par la Convention de Bruxelles à une décision rendue dans un Etat membre alors que les parties avaient conclu une clause compromissoire qui est parfaitement valable aux yeux du juge requis : H. MUIR WATT, note sous Cass. fr., (1ère Ch. Civ.), 14 novembre 2000, *R.C.D.I.P.*, 2001, (174), 175. La décision commentée, également publiée in *R.G.D.A.*, 2000, 1131, note V. HEUZÉ, ne tranche pas la question, le défendeur n'ayant pas invoqué l'exception d'arbitrage devant le juge d'origine. Il en allait également ainsi dans l'espèce soumise au Tribunal Fédéral suisse, 9 février 2001, ATF 127 III 186 ; *Bull. ASA*, 2002, 74 (en l'espèce, un tribunal anglais s'était prononcé en faisant fi d'une clause compromissoire ; la défenderesse n'avait toutefois pas soulevé l'exception d'arbitrage, le Tribunal Fédéral s'abstint dès lors de se prononcer sur la question de savoir si une décision prononcée en violation d'une clause compromissoire pouvait être reconnue sur base de la Convention de Lugano, se contentant d'observer que la question était controversée). Sur l'ensemble de la question, v. H. VAN HOUTTE, "May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and the Lugano Convention?", *Arbitration Int'l*, 1997, 85-92.

\* \*  
\*

## SYNTHÈSE DE LA PREMIÈRE PARTIE

201. Arrivé au terme de cette première partie de l'étude, il s'impose, au vu des nombreux détours empruntés, de faire la synthèse des enseignements.

Le point de départ des titres précédents était le souci d'examiner dans quelle mesure il est possible de *prévenir* les procédures concurrentes. La politique de prévention, objectif ambitieux, a révélé ses limites.

L'étude des règles de compétence, qui offrent la possibilité aux parties de saisir plusieurs fors pour le même litige et ouvrent ainsi la voie aux procédures concurrentes, a mis en lumière la situation particulière de ces règles au sein du droit international privé : longtemps délaissées, ou pour ainsi dire abandonnées, aux bons soins des procéduralistes, les règles de compétence internationale font l'objet ces dernières décennies d'une attention accrue de la part des internationalistes. Les nombreuses études sur la question n'ont toutefois pas encore permis de dégager un consensus sur un modèle universellement accepté, si tant est qu'il ne s'agisse pas là d'une chimère. Les travaux en cours ou déjà aboutis pour unifier plus avant les règles de compétence, qui sont restées jusqu'à fort récemment le privilège exclusif des Etats nationaux, ont certes permis de créer un solide noyau de règles unifiées. En dehors du petit monde de l'espace judiciaire européen, les traditions nationales restent toutefois encore fortes, ce qui n'est pas sans faire la joie des plaideurs désireux d'attirer un adversaire devant un juge dont ils pensent qu'il leur sera favorable.

En outre, il est difficile de prévoir si un consensus pourra s'établir sur un corpus de règles de compétence internationale acceptées universellement. Les incertitudes qui pèsent sur les négociations en cours au sein de la Conférence de La Haye témoignent bien de la difficulté de l'exercice d'unification. Alors qu'un accord s'est fait assez facilement sur le régime des jugements étrangers, ce sont les règles de compétence qui constituent l'obstacle majeur à la conclusion de cette convention tant attendue. L'orientation prise par les travaux montre en outre qu'un travail important de réflexion est encore nécessaire pour permettre d'envisager des règles qui reçoivent l'assentiment le plus large.

En définitive, force est de constater que même si un accord se faisait au niveau des principes sur une théorie générale de la compétence internationale, il ne résoudrait sans doute pas la question des conflits de compétence. Un système basé sur des règles de compétence strictes, ne laissant aucun choix aux parties, n'est en effet assurément pas viable. Les considérations qui sont à la base des revendications de compétence sont trop variées pour que l'on puisse envisager que les Etats acceptent de circonscrire leurs prétentions à des règles ainsi définies. Des règles de compétence unifiées ou construites sur le même modèle ne pourraient sans doute exclure la possibilité de procédures concurrentes.

Il reste qu'à plusieurs titres, il est important de poursuivre la réflexion sur les règles de compétence. Seul un travail approfondi de comparaison des pratiques nationales permettra de jeter les bases d'une unification progressive de ces règles. Il y va de la disparition de certains excès nationaux qui mettent en péril les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique.

202. De façon quelque peu arbitraire, on a choisi de s'interroger ensuite sur le rôle potentiel de l'*autonomie de la volonté*. Il ne fait pas de doute que, là où elle peut être tolérée, la volonté des parties constitue un antidote puissant aux procédures concurrentes. L'accord des parties sur le juge compétent demeure une excellente recette contre la multiplication de procédures. La clause d'élection de for demeure toutefois sujette au risque d'appréciations divergentes par le for élu et le(s) for(s) dérogé(s). Si la concurrence de procédures demeure l'accident, elle n'est pas nécessairement exclue. En pratique il faudra surtout composer avec les tentatives d'évasion des parties qui soumettent, le plus souvent à des fins dilatoires, la question de la validité ou de l'efficacité de la clause d'élection de for à un tribunal autre que celui désigné contractuellement. Bien souvent, le for dérogé donnera en dernière analyse effet à la volonté des parties. Il reste que, dans un premier temps au moins, deux tribunaux seront concurrentement saisis.

Il nous a dès lors paru utile de s'interroger sur la possibilité d'assurer une meilleure efficacité aux accords des parties, tout en ayant conscience que la question est sensiblement différente de celle faisant l'objet de cette étude. Pour éviter le spectacle navrant de procédures concurrentes, on a tout d'abord examiné la possibilité d'unifier les statuts régissant les conditions de fond et de forme des conventions attributives de juridiction. L'analyse a toutefois mis en relief les limites de l'unification des statuts de ces accords. Le droit uniforme est le plus souvent soumis aux aléas de l'application par les tribunaux nationaux. Or l'expérience a montré que des divergences pouvaient apparaître dans l'interprétation des textes uniformes par les tribunaux nationaux. De plus, les règles uniformes ne peuvent se penser en dehors de toute référence à un droit national. Les lacunes, prétendues ou avérées, du droit uniforme sont autant d'occasions de faire appel aux règles nationales et, partant, d'aboutir à des appréciations divergentes d'une même convention de juridiction.

Dans cette mesure, il a paru nécessaire de s'interroger sur d'autres techniques de coordination. La pratique de l'arbitrage international, naturellement confrontée aux collisions entre ordres juridiques différents, a servi de source première d'inspiration. On a ainsi proposé un nouvel agencement des relations entre for dérogé et for prorogé, dans lequel ce dernier serait exclusivement compétent – du moins dans un premier temps – pour apprécier la validité et l'effet de la clause d'élection de for. Cette suggestion nous semble pouvoir être adoptée sans grande difficulté au sein de l'espace judiciaire européen. La redéfinition des relations entre for(s) dérogé(s) et for prorogé constitue à notre sens la piste la plus prometteuse pour résoudre ces conflits de procédure particuliers et renforcer la sécurité et la prévisibilité que les justiciables sont en droit d'attendre de leurs accords de volonté.

203. En définitive, la méthode préventive constitue une piste intéressante et prometteuse. Elle n'est cependant pas de nature à apporter une solution concrète à court ou moyen terme. De plus, toute solution préventive sera nécessairement partielle. Il importe donc d'examiner les possibilités de résoudre les conflits de procédures une fois ceux-ci nés.

\* \*  
\*





DEUXIÈME PARTIE  
LE RÈGLEMENT DES CONFLITS DE PROCÉDURES

## INTRODUCTION

204. La première partie de cette étude a été l'occasion d'envisager divers mécanismes permettant de prévenir l'apparition de procédures concurrentes. Le constat des limites de l'effort de prévention souligne la nécessité de se préoccuper de la *résolution* des conflits de procédures.

Pour ce faire, les Etats disposent d'une variété d'instruments, qui vont de l'intervention dans la procédure étrangère, solution la plus agressive, sans être pour autant la plus efficace, à l'attitude attentiste qui caractérise une certaine jurisprudence américaine, en passant par l'effort d'auto-limitation dont on verra qu'il peut à son tour se traduire de multiples façons.

De façon quelque peu arbitraire, on a choisi de regrouper ces solutions en deux ensembles. Dans un premier temps, l'on abordera les solutions qui ne sont à notre sens pas susceptibles d'être généralisées (Titre I). Là réside d'ailleurs leur seul point commun, puisqu'au demeurant elles se situent aux deux extrêmes du spectre des solutions envisageables. On abordera ainsi successivement l'injonction portant interdiction de procéder et le recours à l'exception de chose jugée pour constater que, loin de répondre au postulat qui fonde cette étude, ces mécanismes n'apportent au mieux qu'une solution partielle, et bien souvent tardive, aux procédures concurrentes. En définitive, ces solutions se comprennent dans le contexte particulier dans lequel elles sont nées, sans pour autant conserver leur pertinence lorsqu'elles sont appliquées de manière générale dans le contentieux international privé.

Dans un deuxième temps, l'on examinera les différentes traductions de l'idée d'auto-discipline, qui amène un tribunal à déférer la solution du litige qui lui est soumis au tribunal concurrentement saisi (Titre II). Cette idée nous paraît particulièrement féconde pour la résolution des conflits de procédures. Elle n'est toutefois pas sans susciter des réserves parfois vives auprès des tribunaux. Outre ces fortes hésitations, l'on verra également que cette solution se laisse dessiner de façon plurielle, plusieurs fondements pouvant être retenus pour justifier l'effacement d'un des for concurrents. Il faudra dès lors en définir les contours de façon précise, en expliquant quel profil peut être donné à la déférence internationale. Il sera alors temps de conclure.

\* \*  
\*

TITRE I  
LA CONTRAINTE ET L'INDIFFÉRENCE : DEUX SOLUTIONS  
À REJETER

## INTRODUCTION

205. **Généralités et plan** - Plusieurs mécanismes de solution peuvent être envisagés pour résoudre les conflits de procédures, une fois les limites de l'effort de prévention de ces conflits mises en exergue. On abordera dans un premier temps les solutions qui, à plusieurs titres, ne nous paraissent pas pouvoir faire l'objet d'une acceptation globale. Nous en relèverons deux. La première consiste à tenter de mettre fin par la contrainte à la procédure dont l'autre juge a été saisi. Elle n'est le fait que d'une poignée de juridictions, de tradition de *common law*. On aura reconnu la fameuse injonction *anti-suit*. Cette injonction peut se révéler d'une efficacité redoutable pour faire avorter une procédure concurrente, et partant, résoudre le conflit de procédures. On s'interrogera dès lors dans un premier chapitre sur l'opportunité, et la possibilité, d'en généraliser l'application. La seconde solution emprunte aux règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers la solution du conflit opposant deux procédures, en laissant ces deux procédures se poursuivre jusqu'à ce que l'une d'elle aboutisse à une décision. Cette solution de replis ne convainc pas plus que l'interdiction de procéder. On expliquera pourquoi dans un second chapitre.

\* \*  
\*

**CHAPITRE I**  
**LE RÈGLEMENT DES CONFLITS DE PROCÉDURES PAR LA**  
**CONTRAINTÉ**

## INTRODUCTION

206. **Introduction** - Les tribunaux anglais et américains disposent d'un instrument original pour appréhender les conflits de procédures. Puisant dans les ressources considérables que leur offre leur juridiction d'équité, ils peuvent en effet interdire à une partie de commencer ou de poursuivre une procédure devant un for étranger. Une telle sanction prendra la forme d'une injonction dite *antisuit*.<sup>935</sup> L'injonction *anti-suit* constitue une tentative de règlement des conflits de procédures par la *contrainte*. Le for de l'injonction exerce un véritable pouvoir de police en décidant si oui ou non la procédure étrangère mérite d'être poursuivie.

La récente affaire *Turner* illustre bien la portée et le fonctionnement de cet instrument.<sup>936</sup> En l'espèce un juriste d'entreprise anglais travaillant à Madrid pour un groupe d'entreprises anglo-espagnol réclamait devant les tribunaux anglais de substantiels dommages et intérêts en alléguant la rupture abusive du contrat dans le chef de son employeur. En réponse à cette procédure, ce dernier fit assigner son adversaire devant les tribunaux espagnol. Au lieu de s'en remettre à ces tribunaux en leur demandant de se dessaisir en vertu de l'article 21 de la Convention de Bruxelles, l'ex-employé sollicita des tribunaux anglais qu'ils interdisent au défendeur de poursuivre la procédure engagée en Espagne. La Cour d'Appel accorda l'injonction, en dénonçant le comportement à ses yeux abusifs de l'employeur. Celui-ci se vit donc contraint de mettre fin à la procédure espagnole, sous peine de s'exposer aux sanctions draconiennes du *contempt of court*.<sup>937</sup>

L'interdiction de procéder permet, lorsque le défendeur y donne suite, de résorber le conflit de procédures sans qu'il ne se transforme en un conflit de décisions. Elle constitue une arme puissante dans la résolution de ces conflits. L'injonction *anti-suit* soulève toutefois chez le juriste formé à la tradition civile une forte réaction faite d'un mélange d'étonnement et de rejet, qui présage des difficultés liées à la généralisation du mécanisme.<sup>938</sup> Avant d'examiner ces difficultés plus en détails, il convient d'expliquer

<sup>935</sup> Ce mécanisme a attiré récemment l'attention des juristes de tradition civile, comme en témoigne l'étude récente de S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse dactyl., Paris I, 1999, que nous n'avons pu consulter. V. également M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceto (anti-suit injunctions)*, De conflictu legum - estudios de Derecho internacional privado n° 1, 2000, 282 p. (compte-rendu par H. MUIR WATT, *R.C.D.I.P.*, 2001, 595-597); S. SCIOLLA, *The antisuit injunction in the practice of international commercial litigation*, Turin, ed. Giappichelli, 1998, 96 p. ainsi que les commentaires de J.-J. FORNER DELAYGUA, *Hacia un convenio mundial de "exequatur"*. *Algunos aspectos del derecho estadounidense de interés para España*, Madrid, Bosch, 1999, spéc. pp. 317-342. Ajouté pour l'espace judiciaire européen l'étude de M. MAACK, *Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 229 p.

<sup>936</sup> *Turner v Grovit and others*, [1999] 1 All E.R. 616, [1999] 3 W.L.R. 794, [1999] I.L.Pr. 656, [1999] C.L.C. 1281, [1999] I.C.R. 114 (CA). En première instance : *Turner v Grovit et al.*, [1999] 1 All ER (Comm) 445. V. les commentaires de T. C. HARTLEY, "Antisuit Injunctions and the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention", *I.C.L.Q.*, 2000, 166-171 et de W. KENNET, "Current Developments. Private International Law", *I.C.L.Q.*, 1999, (966), 969-970.

<sup>937</sup> Cette affaire a ensuite été soumise à la Chambre des Lords, qui a jugé bon d'en référer à la Cour de Justice des communautés européennes, [2002] 1 All ER (Comm) 320 ; [2002] I.L.Pr. 27 ; [2001] UKHL 65, v. la demande de décision préjudicielle présentée par la Chambre des Lords le 13 décembre 2001 dans l'affaire *Turner c Grovit*, aff. C-159/02, *J.O.C.E.*, 13 juillet 2002, C-169/8.

<sup>938</sup> Comme le note J.-P. GEORGES, « Parallel Litigation », *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 781 : « Injunction is the most controversial of the remedies for parallel litigation, because it interferes with another court's power [...] ». V. aussi le commentaire des Principes de Leuven-Londres de l'ILA (C. McLACHLAN, "Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation", *International Law Association. Report of the London*

dans un premier temps les grandes lignes du mécanisme de l'injonction *anti-suit* et le rôle qu'il joue dans le règlement des conflits de procédures (section 1). Cet aperçu permettra ensuite d'expliquer pourquoi la méthode 'offensive' ne convient pas pour résoudre ces conflits (section 2).

## Section 1: Une solution originale : l'interdiction de procéder

207. **Généralités** - L'injonction *anti-suit*<sup>939</sup> peut se définir comme la décision d'un tribunal interdisant à une partie, le défendeur, de commencer ou, le cas échéant, de poursuivre une procédure déjà entamée devant une autre juridiction.<sup>940</sup> L'interdiction prendra la forme d'une injonction adressée au défendeur, lui interdisant de procéder devant un autre juge.<sup>941</sup> A ce titre elle appartient à la famille des remèdes 'équitables', dont l'injonction (*injunction*) est sans doute la plus connue.

208. **Fondement historique de l'injunction** - Si l'on s'en tient à l'histoire, l'injonction est apparue en droit anglais pour répondre aux insuffisances des tribunaux de *common law*. Les règles de procédure appliquées par ces tribunaux ne permettaient le recours qu'à un nombre limité de sanctions. Or dans certains cas ces sanctions, et en particulier les dommages et intérêts compensatoires, s'avéraient insuffisants pour rendre justice au demandeur. Les tribunaux d'*equity*, dont les pouvoirs n'étaient pas liés par des règles formelles, sont dès lors intervenus pour rétablir l'équilibre entre les parties rompu par la rigidité de la *common law*. C'est ainsi que la *Court of Chancery* s'arrogea le pouvoir d'imposer à une partie une obligation de faire ou de ne pas faire, en vue de sanctionner une décision d'un tribunal de *common law*.<sup>942</sup> Cette obligation prenait la forme d'une injonction.<sup>943</sup>

*Conference 2000*, (137), 165), qui explique que la question de la place à accorder à l'interdiction de procéder au sein de ces principes a été « one of the most controversial and difficult parts of the Committee's task ».

<sup>939</sup> Plusieurs graphies sont possibles : 'antisuit' (v. par exemple A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l. L.*, 1997, 314) ou 'anti-suit' (A. BRIGGS, "The Unrestrained Reach of an Anti-suit Injunction : a Pause for Thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 90).

Comme le note M. Spry, l'expression d'injonction *anti-suit* est récente. On parlait à l'origine de '*common injunction*', I. C. F. SPRY, *The Principles of Equitable Remedies. Specific Performance, Injunctions, Rectifications and Equitable Damages*, Londres, Sweet & Maxwell, 1990, 329-331. Sur la distinction entre 'common' et 'special' injunction, v. J. MCGHEE, *Snell's Equity*, 30ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, 714-715.

<sup>940</sup> Les deux alternatives sont possibles, l'injonction peut viser une procédure future ou déjà entamée. Dans l'affaire *Midland Bank c Laker Airways* par exemple ([1986] 1 All. E.R. 526 (C.A.)), la banque Midland qui s'attendait à être atraite devant les tribunaux américains, a pris les devants pour prévenir un tel risque. Dans ce cas, on parle d'injonction '*quia timet*', v. p. ex. *Lord Couleay v Byas* (1877) 5 Ch. D. 944 et en général, J. MCGHEE, *ac*, 2000, 719-720.

Dans l'affaire *Airbus* par contre, l'injonction visait une procédure déjà pendante devant les tribunaux texans (*Airbus Industrie GIE v Patel et al.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631).

<sup>941</sup> Seules les langues germaniques paraissent en mesure de fournir une traduction concise du concept : '*Prozessfilingsverbot*' ou '*Prozessverbot*' en allemand, '*proceduerverbod*' en néerlandais. En français on pourrait parler d'une injonction portant '*interdiction de procéder*'.

<sup>942</sup> Sur l'historique de l'injonction, *cons.* E. DUMBAULD, "Judicial Interference with Litigation in Other Courts", *Dickinson L. Rev.*, 1969-70, (369-388), 369-380.

Paradoxalement, le recours à l'injonction faisait alors naître des procédures concurrentes puisque le demandeur devait d'abord s'adresser aux tribunaux de *common law* pour obtenir raison sur le fond avant de demander à la *Court of Chancery* de sanctionner le jugement.

<sup>943</sup> Selon Black's Law Dictionary, une injonction est un "*court order prohibiting someone from doing specified act or commanding someone to undo some wrong or injury*". V. également la définition proposée par le législateur québécois à l'article 751 du Code de procédure civile.



209. **Apparition de l'injonction *anti-suit*** - Au départ, l'injonction constituait dès lors une sanction de l'*equity* visant à faire respecter la décision d'un tribunal de *common law*. Lors de la fusion des deux ordres judiciaires en 1875, le pouvoir d'injonction fut conféré indistinctement à tous les tribunaux. Entre temps, l'injonction avait pris de multiples formes, les tribunaux d'équité s'étant notamment réservé le droit d'interdire la poursuite d'une procédure dont était saisi un tribunal de *common law*.<sup>944</sup>

Dans un premier temps, l'injonction *anti-suit* fut invoquée dans le cadre d'espèces purement internes. Dans une espèce tranchée en 1665, la *Court of Chancery* avait même refusé d'accorder une injonction pour mettre fin à une procédure italienne, en s'appuyant sur le fait que la Cour ne pouvait lier par sa décision un tribunal étranger.<sup>945</sup> Cette décision perdit toutefois vite sa valeur de précédent et les tribunaux anglais eurent très tôt eu recours à l'injonction dans des litiges internationaux. Les premières injonctions 'internationales' visaient, sans grande surprise, des procédures dont étaient saisis des tribunaux écossais ou irlandais, ainsi que les tribunaux des colonies anglaises.<sup>946</sup> L'extension aux autres pays suivit rapidement.<sup>947</sup> Déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, le caractère international de l'espèce ne constituait plus un obstacle rédhibitoire à l'exercice de la compétence d'injonction. Ainsi dans l'affaire *Mc Henry*, la Cour d'Appel a-t-elle pu décider en 1882 que

“ nous ne pouvons accepter [...] la proposition selon laquelle cette Cour n'aurait pas le pouvoir d'intervenir et de mettre fin à une procédure pour la simple raison que cette procédure serait pendante devant un tribunal étranger ”.<sup>948</sup>

Sur l'injonction en général, v. H. HANBURY et J. MARTIN, *Modern Equity*, 15<sup>ème</sup> éd. par J. E. MARTIN, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, 733-815; G. W. KEETON et L. A. SHERIDAN, *Equity*, Chichester, Barry Rose Books, 1987, 383-42; J. MCGHEE, *ac*, 2000, 713-756 ainsi que I. C. F. SPRY, *ac*, 1990, 317-553.

<sup>944</sup> Sur l'historique de l'injonction *anti-suit*, cfr. T. C. HARTLEY, “Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation”, *Am J. Comp. L.*, 1987, (487), 489-490 avec de nombreuses références historiques; G. BERMAN, “The Use of Anti-Suit Injunction in International Litigation”, *Cal. J. Trans. L.*, 1990, (589), 593-594; W. HAU, 191-192; I. C. F. SPRY, *ac*, 1990, 329-331.

V. également Lord Goff, *Airbus v. Platel*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631, 637.

<sup>945</sup> *Lowe v. Baker* (1665), 1 Ch. Cas. 67, 22 Eng. Rep. 698, 2 Freeman's Reports 125 (Lord Chancellor Clarendon nota qu'il “has no authority to bind a foreign court”). Un dictum du même effet fut repris dans une décision ultérieure, *Kennedy v. Earl of Cassilis*, (1818) 2 Swans. 313.

<sup>946</sup> Par ex. *Wharton v. May* (1799) 31 Eng. Rep. 454 (injonction contre une procédure écossaise); *Wedderburn v. Wedderburn* (1804) 4 My. & Cr. 585, 41 Eng. Rep. 225 (L.C.) (injonction contre une procédure en Ecosse); *Kennedy v. Earl of Cassilis* (1818) 36 Eng. Rep. 635 (injonction contre une procédure écossaise refusée); *Bushby v. Munday* (1821) 56 Eng. Rep. 908 (injonction contre une procédure écossaise). *Lord Portarlington v. Soulbey* (1834), 3 Mylne & Keen 104, 40 Eng. Rep. 40, [1824-1834] All ER Rep. 610 (Chancery Court) (dans cette affaire, les tribunaux anglais ont enjoint une procédure pendante devant les tribunaux irlandais).

<sup>947</sup> Par ex. *Hope v. Carnegie* (1866) 1 Ch. App. 320 (injonction dirigée contre une procédure pendante devant les tribunaux néerlandais); *Pena Copper Mines v. Rio Tinto Co* [1911-1913] All E.R. Reprint 209, (1911) 105 L.T. 846 (C.A.) (en l'espèce la Cour d'Appel interdit à une entreprise minière anglaise de poursuivre une procédure qu'elle avait engagée devant les tribunaux espagnols, en violation d'une clause compromissoire prévue dans un contrat la liant à une entreprise belge).

L'injonction dite *Mareva* a suivi le même développement. Au départ elle visait à empêcher le défendeur à une instance anglaise de déplacer ses biens en dehors du ressort du tribunal. Aujourd'hui l'interdiction peut également viser des biens situés à l'étranger, v. *Babaraji Int'l Co. S.A. v. Bassatne*, [1990] Ch. 13 et *Derby & Co v. Weldon*, [1990] Ch. 48. Sur cette évolution, H. HANBURY et J. MARTIN, *ac*, 1997, 812-814.

<sup>948</sup> *Mc Henry v. Lewis* (1882) 22 Ch. D. 397, 406 (par Cotton L.J.) : “we cannot accept [...] that this Court has no jurisdiction, simply because one of the actions is in a foreign tribunal, to interfere and to restrain one of the actions” et le dictum de Jessel, M.R., selon qui “I see no reason on principle why, if the court is satisfied that the Defendant is being improperly vexed, the mere fact of one of the actions being in this country and one on a foreign country should prevent the Court protecting the Defendant from being so improperly vexed”, 22 Ch. D. 397, 399). En l'espèce le demandeur ne cherchait pas à obtenir des tribunaux anglais une injonction à l'encontre de la procédure américaine, mais sollicitait du tribunal qu'il se dessaisisse, ce

Tout au plus les tribunaux observaient-ils une certaine réserve lorsqu'il leur était demandé d'intervenir à l'encontre d'une procédure étrangère.

Dans le même temps l'injonction *anti-suit* a conquis les autres pays de *common law*, à commencer par les Etats-Unis.<sup>949</sup> Aujourd'hui, l'interdiction de procéder fait partie du droit positif de la plupart des juridictions de *common law*,<sup>950</sup> même s'il faut constater que, paradoxalement, elle n'est plus qu'exceptionnellement utilisée dans les espèces purement internes (*infra*, n° 281).<sup>951</sup>

210. Nature exceptionnelle de l'injonction *anti-suit* - En guise de préliminaire, il convient de souligner le caractère *exceptionnel* de l'interdiction de procéder. Il est en effet bon de rappeler que cette injonction ne fait pas partie du quotidien des tribunaux de *common law*.<sup>952</sup> La majorité des décisions publiées sont d'ailleurs des décisions rejetant la demande d'injonction.<sup>953</sup> Il faudra tenir compte de ce caractère lors de la lecture de l'analyse qui suit.<sup>954</sup>

---

qui a été refusé. Les deux mécanismes obéissaient encore aux mêmes règles, cf. *infra*, n° 214. V. également le dictum de Lord Cranworth, L.C. dans l'affaire *Carron Iron* : "There is no doubt as to the power of the Court of Chancery to restrain persons within its jurisdiction from instituting or prosecuting suits in foreign courts, wherever the circumstances of the case make such an interposition necessary or expedient. The court acts *in personam*, and will not suffer anyone within its reach to do what is contrary to its notions of equity, merely because the act done may be, in point of locality, beyond its jurisdiction" (*Carron Iron C. v Mac Loren* (1855) 5 H.L.C. 416, 436-437).

<sup>949</sup> Outre la jurisprudence citée *infra* n° 230 e.s., v. J. STORY, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 14<sup>ème</sup> éd. par W. H. LYON, vol. II, Boston, Little, Brown & Co. 1918, 578, § 1224; J. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, I, New York, Baker, Voorhis & Co., 1935, 415-416, § 96.1 ainsi que F. WHARTON, *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law*, II, par G. H. PARMELE, Rochester, The Lawyer's Co-operative Publishing, 1905, 1471, n° 711.

<sup>950</sup> En droit écossais v. notamment *Pan American World Airways Inc. v Andrews*, 1992 SLT 268 (refuse une injonction contre une future procédure américaine) et surtout *Shell UK Exploration and Production Ltd. v Innes*, 1995 STIL 807 (1994 Outer House) (confirme l'injonction accordée contre une procédure américaine à la suite d'un accident d'hélicoptère en Mer du Nord) et, dans un cas similaire, *Burnside Kemp Fraser v Davan*, Outer House, 31 août 1999. En général, E. C. BROWN, "Interdict Proceedings in Scotland to Prevent or Restrict Court Actions in the United States", *Scots Law Times*, 1995, 253-260.

Pour l'Australie : la décision la plus récente de la High Court d'Australie a été rendue dans l'affaire *Cigna Insurance Australia Ltd. et al.*, 146 ALR 402 (High Court). En outre, v. P. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, Sydney/Adelaide, Butterworths, 1995, 112-113.

Pour l'Irlande, p.ex. *Murphy (Joseph) Structural Engineers v Manitowoc (U.K.) Ltd.*, Sup. Ct. 30 juillet 1985, 328-384. V. déjà *Let v Let*, [1906] 1 I.R. 618 (injonction contre une procédure en Argentine). En général, W. BINCHY, *Irish Conflicts of Law*, Butterworths, 1988, 169-171.

La Cour Suprême du Canada s'est penchée sur les conditions présidant à l'injonction dans l'affaire *Amchem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.* [1993] 102 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 96. V. également J. G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, Toronto/Vancouver, Butterworths, 1993, 241-245, n° 137; J. BLOOM, "Canada (Common Law Jurisdiction)", in *Declining Jurisdiction*, 140-142.

<sup>951</sup> Les choses n'en sont pas restées là. La flexibilité propre à l'*equity* a permis aux tribunaux d'adapter l'institution de l'injonction aux circonstances nouvelles - par exemple dans le cadre du contentieux provisoire, où les tribunaux ont eu recours aux ressources de l'*injunctive relief* pour pallier l'inexistence en droit anglais de la saisie conservatoire, ce qui a donné lieu à la création de l'injonction dite Mareva. M. CUNIBERTI a récemment livré une belle étude de cette injonction, v. G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, Paris, L.G.D.J., 2000, 57-114.

<sup>952</sup> *Cors.* également la note des rapporteurs du Restatement (Third) Foreign Relations Law, qui précisent que dans l'affaire *Laker*, "[a]ll the courts agreed that antisuit injunctions are exceptional remedies inconsistent with normal relations between states, and that challenges to the application of a state's law to a transnational controversy should ordinarily be raised before the courts of that state", (§ 403, Reporters' Notes n° 7, p. 252).

<sup>953</sup> Ce fut ainsi le cas dans l'affaire *Airbus Industrie* précitée, ainsi que dans l'affaire *South Carolina Insurance Co. v Assurantie Maatschappij 'de Zeeen Provinciën' N.V.*, [1987] A.C. 24 (H.L.).

<sup>954</sup> On observera en outre que la grande majorité des injonctions sollicitées et accordées par les juridictions anglaises concernent des procédures américaines (en ce sens également, L. COLLINS, "Provisional and Protective Measures

Avant d'examiner les circonstances qui justifient aux yeux des tribunaux anglais et américains le recours au pouvoir de police que leur confère l'injonction (B), il convient de dresser un panorama d'ensemble du mécanisme pour montrer qu'il dépasse la simple question des conflits de procédures (A).

## § 1. Les fondements de l'interdiction de procéder

**211. Raison d'être de l'injonction *anti-suit*** - Les conflits de procédures constituent sans aucun doute le terrain d'élection de l'injonction *anti-suit*. L'interdiction de procéder n'a toutefois pas pour vocation unique de résoudre ces conflits. Même s'il est difficile de décrire avec précision les limites du pouvoir d'injonction, - l'imprécision des expressions utilisées par les tribunaux, qu'ils se refusent d'ailleurs de définir de façon contraignante,<sup>955</sup> se conjuguant aux différences qui séparent les juridictions de *common law*, pour rendre illusoire toute tentative de description exhaustive des circonstances dans lesquelles une injonction sera accordée<sup>956</sup> - il n'est pas inutile de dépasser l'imprécision inhérente au

---

in International Litigation", *Recueil des Cours*, 1992-III, t. 234, (9), 140 ("It is remarkable that almost all of the modern decisions in England on the exercise of this power concern proceedings in the United States").

C'était le cas par exemple dans les affaires *Castanho v Brown and Root (U.K.), Ltd.*, [1981] A.C. 557, [1981] (HL); *British Airways Board v Laker Airways, Ltd. and others*, [1985] A.C. 58 (HL); *South Carolina Insurance Co. v Assurantie Maatschappij 'de Zeven Provinciën' N.V.*, [1987] A.C. 24 (HL); *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak and another*, [1987] A.C. 871, (P.C.); *Airbus Industrie GIE v Jaisukh Arjun Bhai Patel and others*, [1998] 2 All.E.R. 257 (HL); *Midland Bank plc and another v Laker Airways, Ltd. and others*, [1986] 1 All ER 526 (C.A.); *Du Pont de Nemours & Co. v Agnew and others*, [1988] 2 Lloyd's Rep 240 (C.A.); *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon and another*, [1987] 1 A.C. (C.A.); *Simon Engineering PLC and others v Butte Mining PLC and another*, [1996] 1 Lloyd's Rep. 91 et *Smith Kline French Laboratories v Bloch*, [1983] 1 W.L.R. 730 (C.A.). Le plus souvent ce sont d'ailleurs les juridictions du Texas qui provoquent l'ire des tribunaux anglais. On peut y voir une indication que les injonctions apparaissent dans un contexte particulier, celui des demandes de dommages et intérêts astronomiques dans un for qui n'est qu'indirectement lié au litige.

<sup>955</sup> Dans l'affaire *Mc Henry c Lewis*, le juge Bowen s'est refusé à définir le concept de 'vexatious or oppressive proceedings', en notant que "it would be most unwise [...] to lay down any definition of what is vexatious or oppressive, or to draw a circle, so to speak, round this Court, unnecessarily, and to say it will not move outside it", (1822) 22 Ch. D. (397), 407-408. V. dans le même sens la décision *Amber* de la Cour Suprême du Canada, précitée, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 119 ainsi que *Airbus v Patel*, 1 Lloyd's Rep. 637 ("The basis of the jurisdiction has been traditionally stated in broad terms, which are characteristic of the remedy of injunction [...]")

A la question de savoir dans quelles circonstances une injonction sera accordée, l'observateur averti qu'est M. Carter répond que "It would be unrealistic to suppose that a precise answer emerges from the case law" : P. B. CARTER, *Anti-suit Injunctions in Private International Law*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut n° 368, Europa-Institut Universität des Saarlandes, 1997, 7.

<sup>956</sup> V. en particulier pour l'injonction anti-suit *C.S.R. Ltd. v Cigna Insurance Australia Ltd. et al.*, 146 ALR 402, 433 (High Court) ("The inherent power to grant anti-suit injunctions [...] is not to be restricted to defined and closed categories"); *Aérospatiale v Lee Kui Jak*, [1987] 3 All ER 519 (Lord Goff souligne que la jurisprudence montre des juges "seeking to apply the fundamental principles in certain categories of cases, while at the same time never asserting that the jurisdiction is to be confined to those categories"); *Castanho v Brown & Root* [1981] AC 557 ("the width and flexibility of equity are not to be undermined by categorisation", par Lord Scarman).

Dans le même sens, DICEY & MORRIS, 12ème éd., 1993, 409 ("Although it is possible to identify certain categories of cases in which the jurisdiction has been exercised, the width and flexibility of equity are not to be undermined by categorisation"). On retrouve la même souplesse et le même refus de toute classification trop contraignante sur le continent, par exemple lorsqu'il s'agit de décrire les pouvoirs que possède en droit belge le juge des référés pour accorder des injonctions personnelles, p. ex. G. DE LEVAL, "Rapport belge", in *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'Association Henry Capitant (journées françaises), t. 36, 1985, (49), 59-60.

pouvoir discrétionnaire des tribunaux statuant en équité pour dresser un tableau d'ensemble illustrant le champ d'action de l'injonction *anti-suit*.<sup>957</sup>

Au départ l'injonction *anti-suit* a pour but de contrôler l'élection du for du demandeur. C'est ce qu'a souligné Lord Diplock dans l'affaire *Laker*, dans laquelle il expliqua que la compétence d'injonction vise à "contrôler la façon dont le demandeur fera utilisation de la prérogative qui lui revient de choisir le for".<sup>958</sup> A ce titre l'injonction participe de la même idée que la doctrine du *forum non conveniens* : il s'agit dans les deux cas de corriger les conséquences jugées peu satisfaisantes de l'exercice d'une compétence.<sup>959</sup> On ne s'étonnera dès lors pas que de nombreux parallèles soient tracés entre les deux doctrines.<sup>960</sup>

**212. Deux formes d'injustice** - Comme toute création de l'*Equity*, l'injonction est placée sous le signe de la 'justice'.<sup>961</sup> En l'occurrence, c'est la conduite d'une procédure devant un tribunal étranger qui est susceptible de faire naître une injustice et de justifier l'intervention des tribunaux. La jurisprudence permet de distinguer deux formes d'injustice auxquelles l'injonction est destinée à remédier.<sup>962</sup>

<sup>957</sup> Pour une présentation générale des différentes catégories de circonstances justifiant une injonction *anti-suit*, v. W. HAU, 192-199; T. C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 490-495; G. BERMANN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 608-627; P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 6-17; A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1996, (237), 239-247.

<sup>958</sup> *British Airways Board v Laker Airways Ltd. et al.* [1984] 3 All ER 39, 45 (g) (Selon Lord Diplock, la compétence d'injonction est une "jurisdiction to control how the choice of forum shall be exercised"). Dans le même sens, *Amchem*, décision précitée, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 105 (la Cour Suprême du Canada parle de de l'injonction comme d'un instrument visant à "control the choice of forum by the parties").

*Comp.* avec l'opinion de M. *Bermann* qui met en avant le caractère pluriforme de l'injonction, qui ne se laisse pas ramener à une seule situation. Il souligne que "the anti-suit injunction instrument serves a broad range of objectives" (*l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 608).

<sup>959</sup> P. ex. le speech de Lord Goff dans l'affaire *Airbus*, précitée, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631, 636-637 et celui du juge Sopinka dans l'affaire *Amchem*, qui souligne le but commun du *forum non conveniens* et de l'injonction : "both the remedy of a stay and an injunction have as their main objectives the selection of an appropriate forum for the trial of an action". Après avoir souligné le parallélisme entre les deux instruments, le juge précise qu'ils se distinguent parce que "[I]n case of the stay, the domestic court determines for itself whether in the circumstances it should take jurisdiction whereas, in the case of the injunction, it in effect determines the matter for the foreign court" (*Amchem*, décision précitée, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 105).

<sup>960</sup> V. également *C.S.R. Ltd. v Cigna Insurance Australia Ltd. et al.*, 146 ALR 402 (HC Australia 1997), 431 ("The question whether a dispute [...] should be litigated in the court of one country or those of another is one that permits resolution [...] by one court staying its proceedings in favour of the other or by its granting an anti-suit injunction [...]"). V. aussi *British Airways Board v Laker Airways, Ltd. and others*, [1985] A.C. 58, [1984] 3 All. E.R. 39, 45 (g) par Lord Diplock; *Timor v Grovit et al.*, [1999] 1 All ER (Comm) 445, *in fine*. Il est révélateur que les deux instruments, à savoir l'injonction et le 'stay' sont traités dans une et même règle du Dicey et Morris, règle 30 dans la 10ème éd. de 1980, règle 39(1) dans la 12ème éd., 1993, pp. 395-396. Cf. également K. KERAMEUS, "Enforcement in the International Context", *Recueil des cours*, 1997, t. 264, 399-400 ("Such anti-suit injunctions are, so to say, the other and more advanced and aggressive side of the *lis alibi pendens* defence").

<sup>961</sup> Une des maximes traditionnelles de l'*equity* veut que "Equity will not suffer a wrong to be without a remedy", J. E. MARTIN, *ac*, 1997, 25.

<sup>962</sup> Sur la distinction entre les deux, *cf.* H. HANBURY et J. MARTIN, *ac*, 1997, 743-745; A. BRIGGS, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 92-93; BRIGGS et REES, 1997, 268-277; I.C.F. SPRY, *ac*, 1990, 330 ("The basis of the relief may be [...] the protection of a legal right, such as a contractual right to have proceedings brought in the forum. [...] Alternatively, the basis of relief may be the protection or enforcement of equitable rights arising under or recognized by the law of the forum").

Cette analyse vaut *mutatis mutandis* pour le droit américain. En l'absence de décision de la Cour Suprême, il est toutefois plus difficile de se faire une idée exacte des conditions auxquelles l'injonction est soumise en droit américain. S'il ne fait pas de doute que les tribunaux américains ont recours à l'injonction pour sanctionner la violation d'une obligation équitable ("convenience-based injunction"), il est plus difficile de trouver des exemples d'injonctions américaines fondées sur la violation d'une obligation de 'common law' (v. sur ce point G. BERMANN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 620-623).

Les tribunaux vont tout d'abord intervenir pour remédier à la violation d'un droit reconnu par la *common law* ('legal right'). Cette première hypothèse vise principalement le cas d'une procédure étrangère engagée en violation (apparente) d'une clause d'élection de for ou d'une convention d'arbitrage, hypothèse déjà rencontrée dans cette étude (*supra*, n° 165 e.s.). On parle alors de '*convention-based injunction*'. L'*Equity* intervient dans ce cas comme adjuvant de la *common law* pour garantir un droit reconnu par cette dernière, à savoir celui d'exiger le respect de l'accord conclu entre parties.

Le pouvoir d'injonction peut également être invoqué pour protéger les justiciables contre la saisine d'un for étranger lorsque cette saisine est jugée en soi ne pas répondre aux exigences de la justice. Si l'on fait exception de quelques cas marginaux – qui visent essentiellement la situation dans laquelle une partie peut invoquer devant les tribunaux du for certains remèdes équitables, ce qui a pour effet de rendre toute procédure étrangère abusive ('unconscionable') - un accord semble se faire pour faire dépendre l'intervention du for de l'injonction du caractère '*vexatoire ou oppressif*' de la procédure engagée à l'étranger.<sup>963</sup> Les tribunaux répugnent à définir cette expression de façon contraignante. L'analyse de la jurisprudence permet toutefois de dégager certaines catégories distinctes qui ne répondent pas toutes aux mêmes critères.<sup>964</sup>

**213. Trois catégories de procédures vexatoires** - La référence volontairement imprécise au caractère oppressif et abusif de la procédure étrangère se laisse décliner en plusieurs variations. On peut distinguer trois hypothèses principales. La première, qui nous intéresse au premier chef, voit l'injonction utilisée pour mettre fin à un affrontement direct entre une procédure engagée dans le for et une procédure dont a été saisi un tribunal étranger. C'est l'hypothèse du conflit de procédures *sensu stricto*, sur laquelle nous reviendrons en décrivant en détails l'évolution historique de la jurisprudence (*infra*, n° 214). Pour obtenir du tribunal anglais qu'il exerce son pouvoir de police, le demandeur devra, avant même de démontrer l'existence d'un abus ou d'une vexation dans le chef du demandeur, d'abord montrer que le for anglais constitue le for 'naturel' pour connaître du litige, au sens que reçoit cette expression dans la doctrine du *forum non conveniens* post-Spiliada (*infra* n° 430).

Au-delà de cette hypothèse traditionnelle, les tribunaux anglais – qui se distinguent sur ce point de leurs collègues américains – ont eu l'occasion d'avoir recours à l'injonction dans d'autres circonstances. C'est ainsi qu'ils ont accepté d'intervenir pour ordonner au

---

Notons que la même distinction entre 'legal' et 'equitable right' vaut pour la '*Mareva injunction*', v. *Siskina (cargo owners) v Distos Cia. Naviera SA, The Siskina* [1977] 3 All ER (803), 824; [1979] AC (210), 256.

<sup>963</sup> En Angleterre, v. la décision fondatrice de la Chambre des Lords dans l'affaire *Aéropostale*, affaire précitée, [1987] 3 All ER 510, 522 (g) ("[...] courts will, generally speaking, only restrain the plaintiff from pursuing proceedings in the foreign court, if such pursuit would be vexatious or oppressive"); *Airbus*, affaire précitée, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 637 ("The broad principle underlying the jurisdiction is that it is to be exercised when the ends of justice require it. Generally speaking, this may occur when the foreign proceedings are vexatious or oppressive").

Pour les États-Unis, cf. par exemple *Babell v Peace*, 441 F. 2d 495, 498 (5th Cir. 1971) (la Cour décide que l'injonction est justifiée lorsque "the foreign suit would be vexatious [...]"); *Chase Manhattan Bank v State of Iran*, 484 F. Supp. 832, 835 (SDNY 1980) (qui renvoie au caractère "vexatious or unreasonable" du choix opéré par le demandeur). V. déjà J. STORY, *op. cit.* 1918, vol. II, 561, § 1195 l'injonction vise une procédure initiée "against conscience" qui constitue "an unfair use being made of the process of a Court of Law" et qui cause "some unjust vexation or injury").

<sup>964</sup> Remarquons que la House of Lords s'est déjà prononcée à plusieurs reprises sur cette question, alors qu'aux États-Unis, la Cour Suprême n'a pas encore eu l'occasion d'aborder la question de l'injonction *anti-suit* dans un contexte international, ce qui explique les divisions de la jurisprudence américaine (*infra*, n° 233).

défendeur d'abandonner une procédure étrangère alors qu'ils n'étaient pas eux mêmes compétents pour connaître du fond de l'affaire, ni a fortiori saisis de celle-ci.<sup>965</sup>

L'affaire *Laker* illustre parfaitement cette utilisation originale du pouvoir d'injonction : redoutant de devoir répondre devant les tribunaux américains des accusations de comportement déloyal formulées par les curateurs de la faillite Laker, la banque Midland sollicita la protection des tribunaux anglais. L'injonction préventive qu'elle tentait d'obtenir visait une procédure qui par essence ne pouvait pas être soumise aux tribunaux anglais puisque fondée sur la violation du droit américain de la concurrence.<sup>966</sup> En l'espèce l'injonction fut accordée parce que la banque, contrairement aux compagnies aériennes rivales également accusées par Laker, n'avait déployé aucune activité aux États-Unis, ce qui rendait la (future) saisine des tribunaux américains abusive.<sup>967</sup>

L'injonction prend dans cette hypothèse une connotation (encore) plus offensive, puisqu'elle ne vise pas à défendre l'intégrité de la procédure du for. En pratique une telle injonction aura pour effet de régler le fond de l'affaire, sous couvert de déterminer la seule compétence juridictionnelle.<sup>968</sup> Si elle atteint son but, l'interdiction de procéder rendra impossible toute procédure sur le fond - un déni de justice qui explique que l'injonction ne sera accordée que dans les cas les plus exceptionnels.<sup>969</sup>

Avec l'affaire *Airbus* c'est une autre possibilité que se sont reconnus les tribunaux anglais, celle d'arbitrer un conflit entre deux juridictions relevant d'États tiers. En l'espèce la Chambre des Lords a accepté, du bout des lèvres il est vrai, qu'un tribunal anglais puisse trancher au moyen d'une injonction un conflit opposant les tribunaux texans et indiens.<sup>970</sup>

<sup>965</sup> Cette hypothèse est communément désignée sous le nom de 'single forum cases'. V. la description qu'en donne Lord Goff, *Airbus Industrie GIE v Patel et al.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 639-640.

*Comp.* BRIGGS et REES, 1997, 277, n° 5.34 (selon qui les 'single forum cases' ne doivent pas faire l'objet d'un traitement spécial - "it ought to make no difference that the cause of action pursued by the foreign plaintiff would not be available to him in England").

<sup>966</sup> *Midland Bank plc v Laker Airways Ltd.* [1986] 1 All ER 526; [1986] QB 689 (CA). Les tribunaux anglais se refusent de statuer sur une violation du droit étranger de la concurrence en vertu du principe de territorialité. Cfr. également *British Airways Board v Laker Airways Ltd.* [1984] 3 All ER 39, 45 (demande d'injonction visant une procédure américaine alors qu'en l'espèce, "there is a single forum that is of competent jurisdiction to determine the merits of the claim", en l'occurrence les États-Unis).

<sup>967</sup> Sur l'affaire *Laker* et en particulier l'arrêt *British Airways Board v Laker*, v. P. B. CARTER, note, *British Yearb. Int'l L.*, 1984, 358 e.s.; J. G. COLLIER, "Conflict of Laws - Restraining Foreign Proceedings. Private Rights & Public Policy", *C.L.J.*, 1984, 253 e.s.; B. J. DAVENPORT, "Restraining Foreign Proceedings. *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1984, 563 e.s.; K. M. DUNN, "Clipping Laker's Wings and Telling it to Fly: *British Airways Board v. Laker Airways*", *N. C. J. Int'l & Com Reg.*, 1985, 533 e.s.; J. HILL, "Injunctions. The Restraint of Foreign Proceedings and the Choice of Forum", *C.J.Q.*, 1985, 112 e.s.

<sup>968</sup> C'est ce que n'a pas manqué de souligner Lord Diplock, qui écrit que "For an English court to enjoin the claimant from having access to that foreign court is, in effect, to take on itself a one-sided jurisdiction to determine the claim on the merits in his favour" : *British Airways v Laker Airways*, [1984] 3 All ER (39), 45 (e). Dans le même sens, F. RIGAUX, ac, *Recueil des cours*, 1989-I, t. 213, 310.

Selon des commentateurs avertis, es tribunaux américains se refuseraient à décerner une injonction dans pareille situation (G. BERMAN, *lc*, *Columbia J. Transnat. L.*, 1990, (589), 626 : "an anti-suit injunction ought not to issue if it would result in depriving the plaintiff of his or her only remedy" et T. C. HARTLEY, *lc*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 496).

<sup>969</sup> V. déjà *Baird v Prescott & Co.*, (1890) 6 T.L.R. 231 (CA) (injonction refusée car seuls les tribunaux français pouvaient prendre connaissance de la cause).

<sup>970</sup> *Airbus Industrie GIE v Patel et al.*, [1999] 1 AC 119, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631 (HL). Dans cette affaire, v. également *Airbus Industrie GIE v Jaisukh A njun Bhai Patel et al.* [1997] I.L.Pr. 230; [1997] 2 Lloyd's Rep. 8 (CA).

V. aussi les commentaires de A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction. A pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 90-102; ID., "Decisions of British Courts during 1998. Private International Law", *British Yearb. Int'l L.*, 1998, 332-336; S. MALES, "Comity and Anti-Suit Injunctions", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, 543-553; R. FENTIMAN, "Comity and Antisuit Injunctions", *C.L.J.*, 1998, 467-469.

Le tribunal anglais intervient alors au soutien d'une instance en cours devant une juridiction étrangère. Il s'érige en quelque sorte en arbitre d'un litige opposant deux juridictions étrangères.<sup>971</sup> La Cour a toutefois précisé qu'il ne suffira pas dans ce cas de démontrer le caractère abusif et vexatoire de la procédure étrangère. Pour que l'intervention (exceptionnelle) du tribunal anglais soit justifiée, encore faut-il qu'existe un *lien étroit* entre l'objet du litige et le for de l'injonction. En l'espèce la Cour a conclu que le tribunal anglais n'avait pas un intérêt suffisant ('sufficient interest') pour départager les tribunaux texans et indiens.<sup>972</sup> Un tel intérêt eut-il été présent qu'il aurait encore fallu apporter la preuve du caractère vexatoire ou oppressif de la procédure étrangère. Cette nouvelle extension du pouvoir d'injonction, qui n'a pas encore connu de suites concrètes, n'est pas sans susciter de sérieuses difficultés. On voit mal en effet à quel titre un juge anglais peut prétendre arbitrer un conflit qui ne l'intéresse pas directement.

**214. L'injonction comme solution aux conflits de procédure *sensu lato*** – Les développements qui précèdent montrent que la jurisprudence anglaise fait preuve d'une grande créativité dans l'utilisation de l'injonction. Précisons enfin que l'injonction peut être sollicitée quelle que soit la matière. Elle n'est certainement pas confinée aux litiges commerciaux. Le contentieux familial semble d'ailleurs constituer un terrain particulièrement fertile pour les injonctions.<sup>973</sup>

Ainsi s'esquisse le tableau des limites, sans cesse changeantes, du pouvoir d'injonction. Le trait commun à toutes ces situations est la volonté d'obliger une partie à mettre fin à la procédure qu'il a engagée devant un tribunal étranger. L'injonction intervient dans le cadre d'un conflit entre deux juridictions, même si ce conflit ne se matérialise pas nécessairement dans la saisine parallèle de deux juridictions. Le champ d'application de l'injonction ne se résume dès lors pas aux seules procédures parallèles. Avant d'évaluer la validité et l'efficacité de l'interdiction de procéder, il faut tout d'abord examiner le rôle que joue l'injonction dans le règlement des conflits de procédures *sensu stricto*.

## § 2. L'interdiction de procéder et les conflits de procédures

**215. Un critère général à interpréter** – Tout comme le *forum non conveniens*, l'injonction *anti-suit* constitue un remède *discretionnaire*. Il ne suffira pas au demandeur d'alléguer l'existence d'une procédure concurrente devant un for étranger pour obtenir

V. les décisions des juges texans dans cette affaire, *Linton v Airbus Industries*, 934 S.W. 2d 754 (Tex. App. – Houston (14th Dis.) 1996; *Linton v Airbus Industries*, 30 F.3d 592 (5th Cir. 1994).

<sup>971</sup> *Cors.* le titre révélateur d'un commentaire de l'arrêt : E. PEEL, "Anti-Suit Injunctions – The House of Lords Declines to Act as International Policeman", *L.Q.R.*, 1998, 543 e.s. L'injonction *Mareva* a connu une évolution similaire. Dans l'affaire *Dualier*, les tribunaux anglais ont en effet admis que l'injonction puisse intervenir au soutien d'une instance au fond en cours devant une juridiction étrangère (*Haiti (Republic of) v Dualier* [1990] 1 Q.B. 202 et les commentaires de G. CUNIBERTI, *ac.*, 2000, 104, n° 136 e.s.

<sup>972</sup> Selon la Cour, "in a world which consists of independent jurisdictions, interference, even indirect interference, by the courts of one jurisdiction with the exercise of the jurisdiction of a foreign court, cannot [...] be justified by the fact that a third jurisdiction is affected but is powerless to intervene. The basic principle is that only the courts of an interested jurisdiction can act in the matter". Sur l'interprétation de la condition du 'sufficient interest', *cfr.* S. MALES, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, 543-553.

<sup>973</sup> P. *ex. Orr-Lewis v Orr-Lewis* [1949] P. 347; [1947] 1 All ER 504 (injonction in casu refusée); *Bryant v Bryant* [1980] 11 Fam. Law 85 (injonction accordée dans une procédure de divorce contre une procédure canadienne). V. déjà *Christian v Christian* (1897) 78 LT 86 (injonction accordée dans une procédure de divorce contre une procédure écossaise) et plus récemment : *Hemlin v Hemlin*, [1988] 2 FLR 388 (injonction contre une procédure en divorce en France) ainsi que, au Canada, *Kornberg v Kornberg* (1991) 76 DLR (4th) 379.



que le tribunal ordonne l'abandon de cette procédure. Encore faudra-t-il convaincre le tribunal que l'injonction est justifiée en raison du caractère 'vexatoire ou offensif' de la procédure étrangère. Il ne semble pas inutile de s'attarder sur l'interprétation que font les tribunaux de cette expression en insistant particulièrement sur son utilisation dans le cadre des conflits de procédures. Ceci permettra de montrer à la fois la permanence à travers l'histoire de certains concepts et les différences qui sont progressivement apparues entre les juridictions. Bien que les tribunaux anglais et américains se rejoignent en grande partie sur les circonstances qui justifient l'octroi de l'injonction, des différences non négligeables séparent les deux jurisprudences, qui appellent dès lors un examen séparé. On verra qu'au delà de ces différences, les jurisprudences anglaise et américaine se contentent le plus souvent de formules vagues et imprécises, qui laissent planer une certaine incertitude sur les conditions exactes dans lesquelles une injonction sera accordée.<sup>974</sup>

## 1. L'INTERDICTION DE PROCEDER EN DROIT ANGLAIS

**216. Le lien originel entre l'injonction et le *forum non conveniens*** - L'évolution de la jurisprudence anglaise relative aux injonctions *anti-suit* est inséparable de cette autre doctrine caractéristique des conflits de juridiction anglais qu'est le *forum non conveniens*. On ne s'en étonnera pas puisque ces deux instruments partagent un but commun, permettre au tribunal de sanctionner l'élection de for du demandeur. A l'origine ces doctrines ne constituaient d'ailleurs que les deux facettes d'un même mécanisme, celui du 'stay'. Le 'stay' - littéralement suspension ou sursis - pouvait prendre deux formes : le tribunal pouvait tout d'abord prendre ombrage de la procédure étrangère, auquel cas le 'stay' était dirigé contre cette procédure. Le tribunal ordonnait alors au défendeur de mettre fin à la procédure étrangère. Inversement le tribunal pouvait décider de s'en prendre à sa propre saisine, en accordant un sursis à statuer.

A l'origine, ces deux manifestations du 'stay' étaient soumises aux mêmes conditions, d'ailleurs fort restrictives. C'est que les tribunaux anglais répugnaient à interférer dans le choix de for du demandeur. Comme nous aurons l'occasion de le voir, la jurisprudence anglaise faisait preuve d'un grand respect pour ce choix, qui n'était qu'exceptionnellement sanctionné. En pratique le demandeur bénéficiait d'une véritable *présomption de légitimité* de son élection de for, présomption que le défendeur ne pouvait que difficilement renverser. On verra que cette présomption a progressivement été assouplie et l'équilibre rétabli entre les intérêts du demandeur et ceux du défendeur sollicitant un sursis en faveur d'une procédure étrangère (*infra*, n° 405). Si l'on fait exception d'une courte période qui a vu le libéralisme du *forum non conveniens* déteindre sur l'injonction, la présomption en faveur du for élu par le demandeur a au contraire gardé toute sa force pour l'autre versant du 'stay', l'interdiction de procéder. Dans l'ensemble les tribunaux ont dès lors réservé l'injonction aux hypothèses les plus exceptionnelles, se démarquant ainsi de l'évolution qu'a connu le *forum non conveniens*.

**217. Le lien originel entre l'injonction et le *forum non conveniens* (suite)** - Cette réticence à intervenir et à passer outre le choix du demandeur procédait à l'origine d'un chauvinisme éhonté et d'une croyance dans la supériorité des tribunaux anglais. Qu'elle

<sup>974</sup> C'est ce qu'a indiqué une Cour d'Appel américain dans l'affaire *Laker Airways*, précitée, 731 F.2d 909, 927 : "There are no precise rules governing the appropriateness of antisuit injunctions. The equitable circumstances surrounding each request for an injunction must be carefully examined to determine whether [...] the injunction is required to prevent an irreparable miscarriage of justice".



ait déteint sur l'autre facette du 'stay', conduisant à une hésitation marquée des tribunaux anglais à ordonner l'abandon d'une procédure étrangère, n'est pas le moindre des paradoxes de la jurisprudence anglaise. Plus qu'un respect pour le choix du demandeur, cette hésitation traduisait sans doute le souci des tribunaux de ne pas s'immiscer dans la conduite d'une procédure étrangère. Car dès l'origine, et même si les tribunaux se sont toujours empressés d'expliquer que l'injonction ne visait que le défendeur et non le tribunal étranger, ces mêmes tribunaux étaient conscients de la nature exorbitante de l'interdiction de procéder.

**218. Distinction entre trois périodes** - Si les tribunaux ne se sont jamais départis d'une certaine réserve, on peut cependant distinguer trois périodes dans l'évolution de la jurisprudence.<sup>975</sup> La première s'étend des origines aux années 1970 et se caractérise par une grande constance dans l'hésitation à enjoindre. La deuxième est contemporaine de la libéralisation progressive du 'stay' et fait figure d'intermède. La dernière enfin s'ouvre avec l'arrêt *Aérospatiale* et inaugure un retour à la traditionnelle réserve que va confirmer l'arrêt *Airbus*.

#### A. Les origines : une solution exceptionnelle

**219. Le flottement des premières décisions** - On a déjà indiqué l'origine 'équitable' de l'injonction. Cette origine a exercé une influence déterminante sur les circonstances qui justifient l'octroi de l'interdiction de procéder. L'*equity* n'intervient que pour remédier à une 'injustice', concept qui prend une connotation quasi-morale.<sup>976</sup> Dans le contexte de l'injonction *anti-suit*, l'injustice porte sur l'existence et les circonstances de la conduite d'une procédure étrangère. La présomption en faveur du choix du demandeur déteindra naturellement sur l'appréciation des conditions régissant l'octroi de l'injonction, qui sera réservée aux situations révélant un abus du droit d'action du demandeur : les tribunaux n'interviendront que lorsque la conduite de la procédure étrangère constitue un abus flagrant dans le chef de celui qui l'a engagée.

Quelques décisions anciennes semblent certes adopter une attitude plus libérale – c'est pas exemple le cas de l'affaire *Bushby*,<sup>977</sup> dans laquelle la soumission d'une reconnaissance de dette litigieuse au droit anglais semble constituer la seule véritable justification de l'interdiction prononcée à l'encontre de la procédure écossaise.<sup>978</sup> Cette décision ne fera

<sup>975</sup> V. également les compte-rendus historiques de l'injonction *anti-suit* par D. JASPER, *Forum Shopping in England und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 81-89 et J. KURTH, *Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 13-29.

<sup>976</sup> Le but étant de remédier à une injustice, les juges s'attachent au comportement du défendeur et plus encore à sa conscience. Les Lords Chancellors étaient à l'origine des ecclésiastiques.

<sup>977</sup> *Bushby v Munday* (1821) 5 Madd. 297.

<sup>978</sup> *Bushby*, citoyen anglais, avait signé une reconnaissance de dettes portant sur 5000 livres en faveur de Munday. Celui-ci céda la reconnaissance à un tiers, Cloves, qui s'empressa de citer le débiteur récalcitrant devant les tribunaux écossais. Le débiteur refusa de laisser ces tribunaux trancher le litige et demanda à la Court of Chancery anglaise d'ordonner au créancier d'abandonner la procédure écossaise. La Cour prit argument de l'enracinement exclusivement anglais de la cause pour accéder à la demande de *Bushby*. Selon la Cour, la procédure écossaise constituait une manoeuvre inutile, puisque seuls les tribunaux anglais étaient en mesure de statuer sur l'existence d'une dette régie par le droit anglais : "It must be admitted that this Court is a more convenient jurisdiction for determining the question, whether the Defendant [...] has by the law of England a right to recover upon the bond in question" ((1821) 5 Madd. 297, 308).

cependant pas jurisprudence, les tribunaux réservant l'interdiction de procéder aux cas d'abus les plus manifestes.<sup>979</sup>

220. **L'affaire Carron Iron et le critère de l'abus** – Les principes régissant l'octroi de l'injonction furent fixés par la Chambre des Lord dans une décision rendue en 1855.<sup>980</sup> En l'espèce une entreprise établie en Ecosse réclamait devant les tribunaux locaux une forte somme des héritiers d'un de ses principaux actionnaires, qui avant son décès avait représenté l'entreprise à Londres. L'administrateur de la succession avait auparavant obtenu d'un tribunal anglais une décision ordonnant à tous les créanciers et les débiteurs de la succession de se faire connaître. Contestant l'utilité de la procédure ouverte par l'entreprise, il persuada le tribunal anglais d'ordonner à celle-ci d'y mettre fin. Cette décision fut réformée par la Chambre des Lords. Lord Cransworth expliqua qu'une injonction ne pouvait être envisagée que "sur le fondement des principes de convenance, pour prévenir une procédure qui doit être considérée comme complètement inutile, et dès lors vexatoire, ou peu adéquate pour obtenir pleine justice".<sup>981</sup>

Selon la Cour, l'injonction devait dès lors être réservée aux situations d'abus de procédure ("abuse of the process of the Court"), lorsqu'il est démontré que l'institution de la procédure étrangère constituait "a vexatious harassing of the opposite party".<sup>982</sup> L'injonction fut ainsi promue au rang de sanction de l'abus de procédure.<sup>983</sup> Restait à savoir comment les tribunaux allaient appliquer ce critère aux conflits de procédures.

221. **Application du critère de l'abus aux procédures parallèles dans les années 1880** - Les décisions qui suivirent confirmèrent la tendance restrictive initiée dans l'affaire *Carron Iron* et la déférence des tribunaux pour le choix du demandeur. Dans une série d'espèces mettant en jeu des procédures parallèles intentées par la même partie, les tribunaux anglais se refusèrent à considérer que la multiplication des procédures par la même partie constituait en soi un acte vexatoire appelant une intervention. Ainsi dans l'affaire *McHerry*, le demandeur avait assigné au Royaume-Uni les trustees chargés de la liquidation d'une société américaine.<sup>984</sup> Il se plaignait de la violation par ceux-ci de leurs obligations fiduciaires. Un mois plus tard, il reporta ses espoirs devant les tribunaux américains qu'il saisit d'une demande similaire. Les trustees demandèrent au tribunal anglais de constater que le dédoublement de procédures constituait une vexation

<sup>979</sup> La Chambre des Lords a d'ailleurs plus tard observé que la décision dans l'affaire *Bushby* se situait à "l'extrême limite du droit ("very verge of the law") : *Carron Iron Co v MacLaren* (1855) 5 H.L.Cas. 416, 446.

<sup>980</sup> *Carron Iron Co v MacLaren* (1855) 5 H.L.Cas. 416.

<sup>981</sup> *Carron Iron Co v MacLaren* (1855) 5 H.L.Cas. 416, 438 : "on principles of convenience, to prevent litigation which it has considered to be either unnecessary, and therefore vexatious, or else ill adapted to secure complete justice"

<sup>982</sup> *Carron Iron Co v MacLaren* (1855) 5 H.L.Cas. 416, 437 : "Where therefore, pending a litigation here, in which complete relief may be had, a party to the suit institutes proceedings abroad, the Court of Chancery in general considers that act as a vexatious harassing of the opposite party and restrains the foreign proceedings" (nous soulignons). Dans une opinion dissidente, le juge Saint Leonards plaidait toutefois pour une approche plus flexible.

<sup>983</sup> Les tribunaux écossais ont à la même époque adopté le même critère, v. p.ex. *Young v Barday* (1846) 8 S.C. (Session Cases) D. (Dunlop) 774, 784 (Lord Jeffrey explique que les tribunaux interviendront pour "preventing the immediate emergence of an unjust and oppressive course of action", et le Lord President Boyle pose la question de la façon suivante : "The question is whether the procedure complained of is, or is not, pregnant with injustice? For, if it be so, it is our duty to give redress and to restrain it". En l'espèce, la Cour interdit aux demandeurs à l'étranger de poursuivre leur action devant les tribunaux du Canada. Notons que pour Lord Jeffrey, l'injustice à laquelle l'injonction devait remédier résultait entre autre de l'existence d'une dualité d'actions portant sur le même litige (p. 782)). V. également *Dawson's Trustees v MacLears* (1860) 22 S.C. (Dunlop) 685 et *California Redwood Co Ltd (Liquidators of the) v Walker* (1886) 13 S.C. (Rettie) 810.

<sup>984</sup> *McHerry v Lewis*, 22 Ch. D. 397 (C.A. 1882), dont un résumé a été publié au *J.D.I.*, 1883, 197. Sur cette affaire, v. également A. NUYTS, 86, n° 72.

justifiant une réprimande.<sup>985</sup> La Cour rejeta l'exception en constatant l'absence dans le chef du demandeur de comportement vexatoire. Le Master of the Rolls expliqua que :

“Il ne peut être présumé, sauf preuve contraire, que le simple fait de saisir à la fois le juge du for et un juge étranger constitue un comportement vexatoire”<sup>986</sup>

La Cour n'exclut donc pas que la poursuite de deux procédures puisse constituer un abus. En l'espèce cependant, la double procédure ne présentait pas le caractère vexatoire ou oppressif requis. La Cour se fonda pour arriver à cette conclusion sur les différences qui séparaient les deux procédures : bien qu'instituées par la même partie, elles ne visaient pas les mêmes adversaires puisque la procédure américaine était dirigée non seulement contre les trustees, mais également contre la société et ses administrateurs. De plus une éventuelle décision américaine contre le trustee aurait été privée d'effet en Angleterre. Au total on ne pouvait donc, selon les juges, reprocher au demandeur d'avoir multiplié les procédures.<sup>987</sup>

**222. Application du critère de l'abus aux procédures parallèles dans les années 1880 (suite)** – Avec cette première décision, le ton était donné ; les tribunaux ne cachent pas la faveur dont jouit à leurs yeux le choix du for du demandeur, et corrélativement la réticence à le sanctionner. Si la Cour n'exclut pas la possibilité d'une intervention, elle exige pour qu'elle soit justifiée la preuve d'un abus qu'il sera difficile au demandeur à l'exception de rapporter. La rigueur et l'interprétation restrictive dont témoigne cette décision reçut un bon accueil dans les décisions ultérieures.

Ainsi, dans l'affaire *Peruvian Guano*, le demandeur tentait d'obtenir compensation pour le dommage causé par la perte de marchandises qu'il avait confiées au défendeur. Il introduisit une première action en Angleterre puis, profitant de l'escale d'un navire de son adversaire dans un port français, réitéra son action devant les juridictions de ce pays. La Cour rejeta l'accusation du défendeur qui se prétendait victime de l'abus de son adversaire.<sup>988</sup> Elle releva au contraire que ce dernier avait un intérêt légitime à saisir plusieurs tribunaux, en l'occurrence en raison des risques pesant sur l'exécution en France d'une éventuelle décision anglaise.<sup>989</sup>

<sup>985</sup> En l'espèce, les défendeurs ne sollicitaient pas une mesure dirigée contre la procédure américaine, mais bien un sursis de la procédure anglaise elle-même. Dans la mesure où, comme le rappelle *Cotton J (Mc Henry v Lewis, 22 Ch. D. 397, 405)*, ces deux remèdes ne constituaient à l'époque que les deux facettes du même mécanisme, et étaient soumis au même critère de l'abus, cette décision nous paraît pertinente pour illustrer les limites étroites assignées au mécanisme de l'injonction.

<sup>986</sup> *McHenry v Lewis*, (1882) 22 Ch. D. 397, 402 (Jessel, M.R.) : “It is by no means to be assumed in the absence of evidence that the mere fact of suing in a foreign country as well as in this country is vexatious”.

<sup>987</sup> Remarquons que le Cour adopte une toute autre position à l'égard de la concurrence de procédures au sein d'un même ordre juridique. Les juges n'ont aucune hésitation à dénoncer le caractère vexatoire d'une telle situation : “It appears to me that very different considerations arise where both the actions are brought in this country and where one of them is brought in a foreign country. In this country, where the two actions are by the same man in courts governed by the same procedure, and where the judgments are followed by the same remedies, it is prima facie vexatious to bring two actions, where one will do. [...] But where it is in a foreign country it certainly appears to me that we cannot draw the same inference” : (1882) 22 Ch. D. 397, 400 (Jessel M.R.).

<sup>988</sup> *Peruvian Guano Co v Bockwoldt*, (1883) 23 Ch. D. 225.

<sup>989</sup> V. également *Hyman v Helm* (1883) 24 Ch. D. 531, 538 (un conflit opposait une procédure anglaise et une procédure américaine, la Cour décida par la voix de Brett MR que “where a party claims this interference from the Court to stop another action, it lies upon him to show to the Court that the multiplicity of actions is vexatious [...] He does not satisfy that burden of proof by merely showing that there is a multiplicity of actions, he must go further”, et le juge de poursuivre en ajoutant que “even when the plaintiff brings two actions, one in England and the other in a foreign court, then the same prima facie case of vexation does not arise, because he might have a reasonable ground for bringing the action abroad, that is to say, it may be of some advantage to him to do so”); *Davkins v Simonetti* (1881) 44 L.T. 266; *North London Railway Co v Great Northern Railway Co*

Encore une fois la Cour se montra pleine de déférence à l'égard du droit du demandeur de saisir la justice, sans se soucier de la multiplication des procédures. Le passage suivant, emprunté au speech du Master of the Rolls, est révélateur de cet état d'esprit : selon le juge, "le fait de saisir plusieurs juges ne constitue pas un comportement vexatoire, lorsque le demandeur peut espérer obtenir un avantage substantiel dans chaque pays. Il a un droit de saisir la justice, et si des raisons impérieuses le poussent à intenter deux actions, pourquoi devrions nous le priver de ce droit?"<sup>990</sup>

On ne saurait montrer plus de bienveillance et de compréhension à l'égard de la *libido* procédurale du demandeur.<sup>991</sup> Ces premières décisions confinaient l'injonction à un rôle exceptionnel, qui ne viendra que rarement bousculer le demandeur.<sup>992</sup> Les tribunaux ne se réservaient qu'un contrôle marginal sur l'élection de for du demandeur, en ne se permettant d'intervenir qu'en cas d'abus manifeste de sa part – la nature offensive du mécanisme n'étant sans doute pas étrangère à la réserve observée par les tribunaux.

**223. Le critère de l'abus et les procédures engagées par deux parties** - La présomption dont bénéficiait le demandeur jouait *a fortiori* lorsque les procédures concurrentes étaient le fait des deux parties. C'est ce qu'a confirmé le King's Bench dans l'affaire *Cohen* : Cohen, exploitant une entreprise établie en Angleterre, avait nommé Rothfield comme agent pour l'Ecosse. Le soupçonnant d'agir pour son propre compte en négligeant de l'intéresser aux bénéfices, Cohen assigna Rothfield devant les tribunaux anglais pour obtenir un décompte détaillé de toutes les transactions opérées par son agent. Celui-ci répliqua en saisissant les tribunaux écossais, sur quoi Cohen tenta de faire interdire la procédure écossaise. Après avoir analysé la jurisprudence, Lord Justice Scrutton conclut que les tribunaux devaient être plus réticents encore à intervenir lorsque chacune des parties avait pris l'initiative de saisir un tribunal que dans l'hypothèse où les deux procédures étaient l'oeuvre de la même partie.<sup>993</sup> Cette réticence s'expliquait sans

---

(1883) 11 Q.B.D. 30; *Cohen v Rothfield*, (1919) 1 K.B. 410 (procédures initiées par deux parties différentes, la Cour constate au passage que lorsque le même demandeur est à l'origine des deux procédures, cette situation "is not prima facie vexatious" : "It is not prima facie vexatious for the same plaintiff to commence two actions relating to the same subject-matter, one in England and one abroad. The applicant must prove a substantial case of vexation resulting from the identity of proceedings, remedies and benefits").

<sup>990</sup> "It is by no means vexatious to bring an action in each country where there are substantial reasons of benefit for the plaintiff. He has a right to bring an action, and if there are substantial reasons to induce him to bring the two actions, why should we deprive him of that right?", *Peruvian Guano Co v Bockwoldt*, (1883) 23 Ch. D. 225, 230 (Jessel MR) Et Lindley LJ d'ajouter dans la même affaire que "Where the plaintiff is suing in this country and also abroad in respect of the same matter, and a motion is made to compel the plaintiff to elect, it is not sufficient for the person so moving to point out that there are two proceedings being taken with reference to the same matter; he must go a step further and show that there is vexation in point of fact, that is to say, that there is no necessity for harassing the Defendant by double litigation" ((1883) 23 Ch. D. 225, 232).

<sup>991</sup> Les tribunaux allaient d'ailleurs plus loin puisqu'il acceptaient même de *présumer* l'existence d'un intérêt légitime dans le chef du demandeur, qui explique sa fringale de procédures. Dans l'affaire du guano péruvien, la Cour observa ainsi que "Persons who sue in different countries very often have reasons for doing so that are not easily explained", *Peruvian Guano Co v Bockwoldt*, (1883) 23 Ch. D. 225, 234 et "The Court here is not and cannot be alive to all the advantages which a person may expect from suing in a foreign court", 23 Ch. D. 225, 232. Il appartient donc au défendeur de renverser cette présomption en montrant l'inexistence d'un intérêt dans le chef du demandeur.

<sup>992</sup> Cette déférence n'empêche toutefois pas les tribunaux d'être pleinement conscients des désavantages qu'entraînent pour le défendeur le dédoublement de procédures, comme en témoigne le passage suivant : "it is very unpleasant, no doubt, to be sued twice – it is unpleasant to many people to be sued once – but still that does not make it vexatious where the plaintiff seeks to get a real and substantial advantage" : *Peruvian Guano Co v Bockwoldt*, (1883) 23 Ch. D. 225, 230.

<sup>993</sup> *Cohen v Rothfield*, (1919) 1 K.B. 410, 414 : "Where the plaintiff in the foreign action is not plaintiff, but defendant in the English action, the case against interference is even stronger, for the person to be stayed has not himself initiated the two proceedings". Dans le même sens, *Hymn v Helm*, (1883) 24 Ch.D. 531 (CA).

doute par le souci d'éviter de priver une partie d'une instance qui lui est légitimement ouverte. Et Lord Scrutton de résumer la position des tribunaux dans les termes suivants :

“Même si les tribunaux sont en principe compétents pour interdire à une partie de poursuivre une procédure devant un juge étranger, cette compétence ne sera que rarement utilisée; elle ne le sera qu'avec une grande prudence et si la preuve est rapportée que la procédure étrangère est réellement vexatoire et sans utilité aucune”.<sup>994</sup>

On ne saurait mieux exprimer l'extrême réticence des tribunaux à intervenir pour contraindre une partie à mettre fin à une procédure étrangère.<sup>995</sup> En retenant le critère de l'*abus de procédure* pour justifier une éventuelle intervention, les juges adoptèrent une interprétation restrictive du caractère vexatoire et oppressif de la procédure étrangère. Il ne suffisait pas de démontrer l'existence d'une concurrence de procédures, il fallait en outre prouver que le demandeur à l'étranger ne pouvait espérer retirer aucun avantage légitime de la procédure qu'il a initiée. Le juge avait la difficile tâche de se pencher sur les mobiles sous-jacents à la saisine du juge étranger, pour déterminer si le demandeur à l'étranger cherchait à harceler ou à gêner son adversaire plus qu'à obtenir un avantage légitime. On comprendra qu'avec de pareils critères, l'injonction constituait l'exception et non la règle. On ne relève d'ailleurs qu'une poignée d'instances dans lesquelles les tribunaux anglais ont effectivement interdit à une partie de procéder devant un for étranger.<sup>996</sup>

224. **Persistance du critère de l'abus au 20<sup>ème</sup> siècle** - La très grande tolérance des procédures concurrentes et la déférence quasi-obséquieuse à l'égard du choix du demandeur se perpétueront jusque dans les années 1970. C'est ainsi que dans la dixième édition de leur ouvrage, Dicey et Morris pouvaient encore écrire que “le simple fait que la même partie assigne son adversaire pour les mêmes faits en Angleterre et à l'étranger, ne constitue pas une raison suffisante pour suspendre la procédure anglaise ou ordonner l'abandon de la procédure étrangère”.<sup>997</sup>

Au total l'interdiction de procéder n'avait dès lors qu'une incidence *exceptionnelle* sur les conflits de procédures, la règle générale étant celle de la non-intervention. Il n'en allait

<sup>994</sup> *Cohen v Rothfield*, (1919) 1 K.B. 410, 415 : “While, therefore, there is jurisdiction to restrain a defendant from suing abroad, it is a jurisdiction very rarely exercised, and to be resorted to with great care and on ample evidence produced by the applicant that the action abroad is really vexatious and useless” (par LJ Scrutton) (nous soulignons). Et le juge d'ajouter que “[...] the burden is on the person asking for relief from the English court to satisfy it that the plaintiff in the foreign court cannot obtain any advantage from the foreign procedure that he would not obtain in the English court. It is not prima facie vexatious for the same plaintiff to commence two actions relating to the same subject matter, one in England and one abroad. The applicant must prove a substantial case of vexation [...]” (1 K.B. 410, 413). En l'espèce la Cour refusa l'injonction, Cohen n'avait pas démontré à suffisance la nature abusive de la procédure écossaise. Au contraire, celle-ci se comprenait parfaitement, s'agissant d'activités commerciales déployées en Ecosse. De plus la procédure écossaise semblait avoir mieux progressé que celle engagée en Angleterre.

<sup>995</sup> A cette époque, v. également *Lett v Lett* (1906) 1 I.R. 618; *In Re Connolly Brothers*, (1911) 1 Ch. 731; *Heilmann v Falkenstein* (1917) 33 T.L.R. 383; *Ellerman Lines, Ltd. v Read*, (1928) 2 K.B. 144. Pour le contentieux du divorce, v. *Moore v Moore*, (1896) 12 T.L.R. 221; *Christian v Christian* (1897) 67 L.J.P. 18; *Vardopoulos v Vardopoulos* (1909) 25 T.L.R. 518.

<sup>996</sup> P. ex. *Armstrong v Armstrong* [1982] P. 98; *Moore v Moore* (1896) 12 T.L.R. 221 et *Christian v Christian* (1897) 67 L.P.J. 18 Le juge Goff relèvera plus tard, après avoir étudié la jurisprudence ancienne, que le test du caractère vexatoire de la procédure étrangère, “was very rarely fulfilled” : *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon* [1987] 1 A.C. 59, 60 (C.A.).

<sup>997</sup> *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 10<sup>ème</sup> éd., Londres, Stevens & Sons, 1980, I, 251 (“[t]he mere fact that the same plaintiff starts proceedings against the defendant in respect of the same transaction in England and in a foreign country is not a ground for staying the English proceedings or restraining the foreign proceedings”).

toutefois pas de même lorsqu'il s'agissait de protéger une compétence du for. Dans ce cas, les tribunaux montraient en effet moins d'hésitation à interdire une procédure étrangère. Le créancier qui tentait d'échapper à une situation de concours en jetant son dévolu sur des biens situés à l'étranger, s'exposait ainsi facilement à l'ire des tribunaux anglais. Ceux-ci intervenaient par exemple pour sanctionner le créancier d'une société faillie qui cherchait à obtenir satisfaction sur le patrimoine étranger du failli,<sup>998</sup> le créancier d'une société mise en liquidation<sup>999</sup> ou encore le créancier d'une succession.<sup>1000</sup> La faveur traditionnelle dont jouissait le demandeur ne le protégeait plus lorsque la procédure engagée par ses soins devant un tribunal étranger visait à contourner une procédure anglaise.<sup>1001</sup> Ces circonstances particulières expliquent que les tribunaux anglais se départissent de leur réserve face à l'injonction. La règle générale était toutefois que l'injonction n'était justifiée qu'en cas d'abus. Les choses vont changer avec la libéralisation du *stay*. Cette évolution n'est pas restée sans effet sur la possibilité pour un justiciable d'obtenir une injonction.

## B. L'intermède des années 1970

225. **Maintien du parallélisme entre injonction et *forum non conveniens*** - On verra plus loin comment la jurisprudence anglaise a au début des années 1970 progressivement abandonné son attitude quasi-nationaliste tout en faveur du demandeur pour accueillir avec plus de bienveillance les demandes de sursis au profit d'un juge étranger (*infra*, n° 421). Le critère traditionnel du caractère 'vexatoire et oppressif' de la procédure incriminée fut assoupli pour être finalement remplacé par un examen sans a priori des liens existant entre le litige et les deux fors. La question s'est dès lors posée de savoir si les principes régissant l'interdiction de procéder devaient connaître une même évolution. La Chambre des Lords a dans un premier temps tenté de conserver le parallélisme traditionnel entre les deux mécanismes. Dans l'affaire *Castanho*, la plus haute cour – sans doute influencée par le caractère éhonté de la tentative de *forum shopping* auquel le demandeur se livrait en l'espèce – a manifesté son intention de faire subir à l'interdiction de procéder la même évolution que celle imposée au 'stay'.<sup>1002</sup> Lord Scarman expliqua ainsi que

"Le principe est le même, que le demandeur sollicite du tribunal qu'il surseoit à statuer ou qu'il ordonne l'abandon de la procédure étrangère".<sup>1003</sup>

Il poursuivit en transposant à l'injonction les principes dégagés dans les affaires *Atlantic Star* et *McShannon* (*infra*, n° 422 et 425). Selon cette nouvelle interprétation, il suffisait au défendeur à l'étranger pour obtenir l'interdiction de la procédure dont il se prétendait

<sup>998</sup> P. ex. *In re Distin*, (1981) 24 L.T. 157.

<sup>999</sup> P. ex. *In re North Carolina Estate Co Ltd* (1889) 5 T.L.R. 328.

<sup>1000</sup> P. ex. *Graham v Maxwell*, (1849) 1 Mac. & G. 71.

<sup>1001</sup> On peut ajouter à cette catégorie, qui est étrangère aux conflits de procédures, les injonctions décernées contre une procédure intentée en violation d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais ou d'un accord de ne pas saisir la justice étrangère, p. ex. *Lett v Lett* [1906] 1 I.R. 618. Sur cette situation particulière, v. *supra* n° 165.

<sup>1002</sup> *Castanho v Brown & Root Co (UK) Ltd* [1981] AC 557.

<sup>1003</sup> *Castanho v Brown & Root Co (UK) Ltd* [1981] AC 557, 574 ("The principle is the same whether the remedy sought is a stay of English proceedings or a restraint upon foreign proceedings").

victime, de montrer que le for anglais était le for 'naturel' de la cause.<sup>1004</sup> Dès lors que cette condition était remplie, l'injonction était justifiée, sauf lorsqu'elle aboutissait à priver le demandeur d'un avantage légitime dont il aurait pu se prévaloir devant le juge étranger.<sup>1005</sup>

On aperçoit facilement combien cette position contribua à libérer l'injonction du carcan restrictif qui était le sien depuis le siècle dernier. Les tribunaux pouvaient désormais recourir à l'injonction non seulement pour sanctionner les abus les plus manifestes, mais également chaque fois que le for anglais estimait être le for naturel de la cause, quoi qu'en pense le for étranger.

**226. L'après *Castanho* : une période floue** - La décision de la Chambre des Lords fut rapidement critiquée,<sup>1006</sup> et les tribunaux manifestèrent peu d'empressement à suivre Lord Scarman dans la voie libérale qu'il avait tracée. La Cour d'Appel prit ainsi le contre-pied du jugement *Castanho* en insistant sur la charge de la preuve plus lourde pesant sur une partie qui tente d'obtenir l'interdiction d'une procédure étrangère que sur celle qui se contente d'une abstention du juge anglais.<sup>1007</sup> Formellement cependant la ligne défendue par Lord Scarman demeurait la règle. Elle a d'ailleurs été approuvée par une Chambre des Lords autrement constituée dans l'affaire *South Carolina*.<sup>1008</sup> En l'espèce une compagnie d'assurance sollicitait l'interdiction d'une procédure américaine par le biais de laquelle son adversaire demandait au tribunal américain d'ordonner à une tierce personne de produire certains documents qu'il comptait invoquer dans la procédure au fond dont les tribunaux anglais étaient saisis.<sup>1009</sup> Dans cette espèce, qui ne concernait pas un véritable conflit de

<sup>1004</sup> Au sens où cette expression était entendue avant l'arrêt *Spliliada*, c'est-à-dire un for qui peut revendiquer un titre plus fort à connaître de la cause parce que la justice peut y être rendue aux parties avec moins de difficultés et de frais. Sur cette jurisprudence, *infra* n° 421.

<sup>1005</sup> Dans les mots de Lord Scarman, "[...] to justify an injunction the defendants must show : (a) that the English court is a forum to whose jurisdiction they are amenable in which justice can be done at substantially less inconvenience and expense and (b) the injunction must not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage which would be available to him if he invoked the [foreign] jurisdiction" : *Castanho v Brown & Root Co (UK) Ltd* [1981] AC 557, 575.

<sup>1006</sup> P. ex. A. BRIGGS, "No Interference with Foreign Court", *I.C.L.Q.*, 1982, (189-198), spéc. 193-195. M. Briggs notait p. 193 que "[...] Lord Scarman in *Castanho* falls into error, and produces a judgment that will cause all manner of uncertainties". Et l'auteur de s'étonner de l'adoption pure et simple d'un standard visant le stay : "how can one test, concocted to liberalise one part of the law, when applied to another area that needs no liberalisation on policy grounds, be prevented from liberalising that area too?". *Cons.* également D. G. MORGAN, "Discretion to Stay Jurisdiction", *I.C.L.Q.*, 1982, 582-587.

<sup>1007</sup> *Metall und Rohstoff AG v A.C.L.I. Metals (London) Ltd* [1984] 1 Lloyd's Rep. 598, 613 (CA) ("In my view, this different approach can and should be given effect by requiring a clearer balance in favour of the defendant when considering the critical equation in cases where it is sought to stop, by injunction, proceedings in another forum than where it is sought to stop proceedings here" (Parker, L.J.).

V. également les critiques à peine voilées de Goff L.J., qui s'étonnait de l'absence de justification dans le jugement de Lord Scarman de la nécessité de maintenir le parallèle entre le stay et l'injonction (*Bank of Tokyo Ltd v Karoon* [1987] 1 A.C. 59, 61-62 (C.A.)) : "Lord Scarman did not apparently consider it necessary to give reasons for his opinion that the principle is the same whether the remedy sought is a stay of English proceedings or a restraint upon foreign proceedings [...]".

<sup>1008</sup> *South Carolina Insurance Co. v Assurantie Maatschappij 'De Zeeen Provinciën' N.V.* [1987] 1 A.C. 24. En appel [1986] QB 348. Sur cette affaire, Note, *L.Q.R.*, 157. V. également *Sneath Kline & French Laboratories Ltd v Bloch* [1983] 1 WLR 730, [1983] 2 All ER 72 (la Cour applique la jurisprudence *Castanho*).

<sup>1009</sup> La procédure américaine s'appuyait sur le 28 U.S.C. 1782, qui permet de demander au juge américain d'ordonner la production de documents à l'appui d'une procédure étrangère. V. sur cette disposition, H. SMIT, "American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals: Section 1782 of Title 28 of the U.S.C. Revisited", *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 1998, 1 e.s.

procédures, la Cour réaffirma qu'une injonction pouvait être accordée à l'encontre d'une partie qui a saisi un for autre que le for naturel.<sup>1010</sup>

Au total, la jurisprudence de cette époque, partagée entre la réserve traditionnelle et le libéralisme prôné par *Castanho*, trahit un certain flottement. L'indécision sera définitivement levée en 1987 dans l'affaire *Aérospatiale*, qui inaugure un retour aux sources.

### C. De *Aérospatiale* à *Airbus* : un retour aux sources

227. **La fin du jumelage entre le *stay* et l'injonction** - Dès 1987 la Chambre des Lords profita de l'affaire *Aérospatiale* pour trancher définitivement le cordon ombilical qui unissait encore l'injonction et l'exception du *forum non conveniens* – encore en formation.<sup>1011</sup> Dans le même temps, cette décision inaugurerait un retour à la traditionnelle réserve confinant l'injonction aux situations les plus exceptionnelles. Une fois encore, c'est une catastrophe aérienne qui avait généré une pluralité de procédures. En l'espèce, un accident d'hélicoptère dans le sultanat de Brunei avait entraîné la mort d'un homme d'affaire. Sa veuve tenta d'obtenir réparation auprès des tribunaux du Brunei. Elle n'en resta cependant pas là puisque ses avocats saisirent également les tribunaux français et texans. C'est évidemment contre cette dernière procédure qu'*Aérospatiale* cherchait à se protéger, l'entreprise redoutant la générosité des jurys américains. Les tribunaux du Brunei refusèrent cependant d'interdire la poursuite de la procédure texane, en se fondant sur la jurisprudence *Castanho*.<sup>1012</sup> Le *Privy Council*, siégeant en dernière instance, réforma la décision.<sup>1013</sup>

Lord Goff s'en prit tout d'abord au jumelage de l'injonction avec le 'stay'.<sup>1014</sup> Il lui fut facile de démontrer que l'approche plus souple adoptée par les tribunaux anglais pour le 'stay' ne pouvait être appliquée à l'injonction sans risquer de mettre en danger l'équilibre entre nations.<sup>1015</sup> Intégrant les avancées du *forum non conveniens*, il proposa une approche en

<sup>1010</sup> Selon la Cour, "[...] where one party has brought proceedings against another party in a foreign court which is not the forum conveniens for the trial of the dispute between them [...]". Et la Cour d'ajouter plus loin que "The Court nevertheless has power to restrain him from continuing his foreign proceedings on the ground that there is another forum in which it is more appropriate, in the interests of justice, that the dispute between the parties should be tried" ([1987] 1 A.C. 24, 40). En l'espèce la Chambre des Lords réforma l'injonction.

<sup>1011</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, [1987] 3 All. E.R. 510 (P.C.). Sur cette décision, v. les notes de A. BRIGGS, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1987, 391 et de A. KUNZLIK, *C.L.J.*, 1987, 407.

<sup>1012</sup> L'injonction fut refusée en particulier pour éviter de priver la demanderesse des avantages qu'elle pouvait légitimement attendre de la justice texane et notamment du pacte *de quotum litis* avec ses avocats.

<sup>1013</sup> Le *Privy Council* est l'émanation judiciaire du Conseil privé du monarque anglais. Il exerce encore aujourd'hui la fonction de Cour Suprême pour de nombreuses juridictions de l'ancien empire anglais.

<sup>1014</sup> V. du même juge la décision dans l'affaire déjà *Bank of Tokyo Ltd v Karoon* [1987] 1 A.C. 59, 62-63 (C.A.) (le juge Goff s'attache à démontrer dans cette décision, même si c'est à mots couverts, qu'il est artificiel de vouloir lier les deux mécanismes). Le rôle de Lord Goff dans l'évolution de la jurisprudence en matière de droit judiciaire international est remarquable. Après avoir été élevé à la pairie et à la Chambre de Lords, il a écrit les opinions décisives dans les affaires *Aérospatiale*, *Spiliada* et *Airbus* qui ont donné leur forme actuelle au *forum non conveniens* et à l'injonction *anti-suit*.

<sup>1015</sup> Commentant l'approche de Lord Scarman, Lord Goff observe que "Their Lordships cannot think that this is right. [...] it leads to the conclusion that, in a case where there is simply a difference of view between the English court and the foreign court as to which is the natural forum, the English court can arrogate to itself, by the grant of an injunction, the power to resolve that dispute. [...] with all respect, such a conclusion appears to their Lordships to be inconsistent with comity, and indeed to disregard the fundamental requirement that an injunction will only be granted where the ends of justice so require" (*Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, 895).



deux temps pour apprécier le bien-fondé de l'interdiction de procéder. Dans un premier temps, le juge devra vérifier que le for anglais constitue bel et bien le 'forum conveniens' tel que défini dans la jurisprudence *Spiliada*. Cette circonstance ne suffit cependant pas à elle seule pour justifier l'interdiction de procéder. Encore faudra-t-il, ajouta le juge, démontrer l'existence d'un abus ou d'une intention de nuire dans le chef du demandeur à l'étranger.<sup>1016</sup> On en revient donc aux origines de l'injonction comme remède équitable visant à combattre l'injustice née d'une saisine abusive.<sup>1017</sup> Lord Goff indiqua d'ailleurs que la jurisprudence ancienne conserve toute sa valeur pour l'interprétation du caractère 'vexatoire et oppressif' de la procédure étrangère.<sup>1018</sup>

La plus haute juridiction a ainsi mis un frein à la généralisation de l'injonction à laquelle *Castanho* ouvrait la porte.<sup>1019</sup> Comme le note très justement M. Nuyts, il ne suffit plus pour justifier l'injonction *anti-suit*, que le for de l'injonction soit mieux placé que le for étranger pour connaître de la cause.<sup>1020</sup> Il n'est pas sans intérêt de noter que le revirement opéré par *Aérospatiale* se justifiait par le souci des juges anglais de ne pas porter atteinte à l'équilibre des relations internationales et en particulier à la fameuse courtoisie internationale ('*comity*').<sup>1021</sup> En l'espèce la Cour approuva toutefois la décision ordonnant au défendeur d'abandonner la procédure texane, le Brunei constituant le for naturel de la cause puisque l'accident y avait eu lieu et que la victime et la demanderesse y résidaient. La Cour conclut – sans doute un peu vite –<sup>1022</sup> au caractère vexatoire de la procédure texane en raison de l'impossibilité pour *Aérospatiale* d'y intenter une action récursoire contre la société malaisienne propriétaire de l'appareil, alors que les tribunaux du Brunei pouvaient prendre connaissance de l'entière du litige.

<sup>1016</sup> Selon Lord Goff, "[...] the [...] court will, generally speaking, only restrain the plaintiff from pursuing proceedings in the foreign court if such pursuit would be vexatious or oppressive. This presupposes that, as a general rule, the [...] court must conclude that it provides the natural forum for the trial of the action; and further, since the court is concerned with the ends of justice, that account must be taken not only of injustice to the defendant if the plaintiff is allowed to pursue the foreign proceedings, but also of injustice to the plaintiff if he is not allowed to do so" (*Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, 896).

<sup>1017</sup> Les mêmes principes sont applicables en droit écossais, v. *Shell UK Exploration and Production Ltd. v Imres*, 1995 STL 807, 814 (1994 Outer House) (après avoir rappelé la teneur de la décision *Aérospatiale*, le juge Abernethy décide que "that statement is also a correct statement of the law of Scotland").

<sup>1018</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, 896, [1987] 3 All. E.R. 510, 522 ("The long line of English cases concerned with injunctions restraining foreign proceedings still provide useful guidance on the circumstances in which injunctions must be granted [...]").

<sup>1019</sup> M. Carter parle à ce propos de "salutary restriction upon the availability of anti-suit relief in the great majority of cases", (P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 10). Dans son entreprise de prévention radicale des conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire européen, M. Radish a toutefois proposé de retenir une solution qui s'apparente à celle rejetée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Aérospatiale* : son modèle de 'tolérance zero' de ces conflits veut en effet que le tribunal fédéral saisi d'un litige également pendant devant un tribunal d'un Etat, surseoit à statuer lorsqu'il n'interdit pas la procédure concurrente et inversement, de manière à ne laisser aucune place à la concurrence de procédures (M. A. REDISH, "Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem", *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), 1361 : "[...] under the zero tolerance model a federal court's refusal to stay its own proceedings automatically requires that court to enjoin the state action. On the other hand, a federal court's decision to stay its own proceedings necessarily implies that the parallel state action may continue"). V. les critiques de S. B. BURBANK, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 229.

<sup>1020</sup> A. NUYTS, 384, n° 358.

<sup>1021</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, 895, [1987] 3 All. E.R. 510, 522 (Lord Goff). V. également J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad : The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, (205), 212 ("The consideration underlying this decision [*Aérospatiale*] was that such a wide approach towards restraining foreign proceedings appeared to their Lordships to be inconsistent with comity").

<sup>1022</sup> V. les critiques de P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 9 ("It was perhaps less obvious that to allow the Texas action to continue would be vexatious or oppressive").

228. **Confirmation de l'approche restrictive – l'affaire *Airbus*** - Les tribunaux anglais ne se sont plus départis par la suite de l'approche restrictive adopté dans l'affaire *Aéropatiale* – même si celle-ci n'a apparemment eu aucune influence sur la possibilité de recourir à l'injonction dans des situations particulières et notamment lorsque les parties ont choisi contractuellement le for anglais (*supra*, n° 165), ou que celui-ci entend protéger l'intégrité d'une procédure portant sur la patrimoine d'une personne.

La Chambre des Lords a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence dans l'affaire *Airbus* déjà évoquée, qui concernait une autre catastrophe aérienne.<sup>1023</sup> En l'espèce l'avion s'était écrasé en Inde, où diverses procédures étaient en cours. L'injonction sollicitée visait à obliger les victimes à s'en remettre au tribunal du lieu de l'accident. Comme il a déjà été indiqué, la Chambre des Lords a à cette occasion accepté que le juge anglais puisse, par le biais de l'injonction, s'ériger en arbitre d'un conflit opposant deux tribunaux étrangers. Cet élargissement de la portée de l'injonction, que la Cour s'est empressée de réserver aux situations les plus exceptionnelles, a nécessité une modification des principes en vigueur depuis la décision *Aéropatiale* puisque par hypothèse, lorsqu'il départage deux procédures étrangères concurrentes, le tribunal anglais ne sera pas le for naturel de la cause. La Cour a dès lors modifié la première partie du test en substituant à la condition du for naturel celle de l'existence dans le chef du for de l'injonction d'un 'intérêt suffisant' – notion plus large, mais aussi plus vague.<sup>1024</sup> Pour le reste, la Cour s'en est tenue au traditionnel caractère 'vexatoire ou oppressif' de la procédure étrangère.<sup>1025</sup> En d'autres termes, la jurisprudence du siècle dernier, qui réservait l'injonction aux cas d'abus les plus flagrants, conserve toute sa valeur.

D. Conclusion : l'injonction *anti-suit* comme sanction exceptionnelle des conflits de procédures

229. **Un rééquilibrage entre demandeur et défendeur** - Que conclure au terme de cette évolution? Il faut tout d'abord constater que le lien entre l'injonction et l'exception de for non approprié a été définitivement rompu. Il n'est plus question aujourd'hui de maintenir le parallélisme (artificiel) entre les deux mécanismes, et d'appliquer à l'interdiction de procéder le même traitement qu'à l'exception. Est-ce à dire qu'on en est revenu à la traditionnelle présomption en faveur du demandeur? On pourrait le croire au vu du retour en force du critère de l'abus, qui laisse présager une lourde charge de la preuve pour le défendeur à l'étranger désireux d'obtenir la cessation de la procédure étrangère.

Il ne faut cependant pas oublier que le test conditionnant l'octroi de l'injonction se compose dorénavant de deux parties et que la première a manifestement servi à rééquilibrer la balance entre les intérêts des deux parties : il n'est pas question pour le for de l'injonction d'accepter, sans autre examen, l'allégation du demandeur selon laquelle le

<sup>1023</sup> *Airbus Industrie GIE v Jaisukh Arjun Bhai Patel and others* [1999] A.C. 119, [1998] 2 All.E.R. 257, [1998] 2 W.L.R. 68 6, [1998] 1 Lloyd's Rep 631, (1998) 37 I.L.M. 1076 (H.L.) (v. aussi dans la même affaire : *Airbus Industrie GIE v Patel and others*, [1997] 2 Lloyd's Rep 8, [1997] I.L.Pr. 230 (C.A.) et en première instance, *Airbus Industries GIE v Patel*, [1996] I.L.Pr 465 (Q.B)).

<sup>1024</sup> En l'espèce les tribunaux anglais n'avaient pas selon la Cour un intérêt suffisant pour régler le conflit entre les deux tribunaux. Sur l'interprétation de cette condition, v. S. MALES, "Comity and anti-suit injunctions", *Lloyd's MCLQ*, 1998, (543), 54X. Logiquement la condition de l'intérêt suffisant ne se posera pas lorsque le tribunal anglais constitue le for 'naturel' de la cause.

<sup>1025</sup> Les juges ont toutefois expressément réservé l'hypothèse particulière où l'injonction vise à réprimer la violation d'une convention de juridiction, sur cette hypothèse v. *supra* n° 165 e.s.

for étranger doit nécessairement s'effacer devant la procédure anglaise dont il usurpe le titre naturel. Le juge anglais (et écossais)<sup>1026</sup> devra d'abord vérifier qu'il possède un titre légitime à vouloir revendiquer le monopole de la procédure, en soumettant le choix par le demandeur du for anglais à un examen critique à la lumière de la jurisprudence *Spiliada*. En intégrant les principes du *forum non conveniens* dans l'appréciation de la légitimité de l'injonction, la Chambre des Lords a rétabli l'équilibre entre le demandeur et le défendeur. Ce n'est que lorsqu'il peut légitimement prétendre exercer une emprise naturelle sur la cause que le for anglais pourra envisager de rappeler le défendeur à l'ordre. Il ne le fera que s'il est démontré que le comportement de ce dernier est manifestement abusif.

**230. Le critère de l'abus et les procédures concurrentes** - La simple circonstance que le for de l'injonction soit mieux placé pour connaître de la cause que le for étranger ne suffit en effet pas pour justifier l'octroi de l'injonction. Le juge anglais devra dans un *deuxième temps* déterminer si la conduite de la procédure étrangère peut être qualifiée de manoeuvre *vexatoire et abusive*. Il faut avouer d'emblée que ce concept pour le moins vague ne se laisse pas définir de façon exhaustive, les tribunaux s'y refusent d'ailleurs de peur de limiter par trop leur pouvoir d'appréciation.<sup>1027</sup> La jurisprudence permet toutefois de distinguer certaines règles générales. Il semble ainsi qu'on puisse plus facilement parler d'abus lorsque la procédure étrangère procède d'une violation d'une convention de juridiction.<sup>1028</sup>

En dehors de cette hypothèse particulière, le recours à l'injonction pour réprimer une procédure étrangère concurrente nécessite la preuve d'éléments qui vont au-delà du simple parallélisme de procédures. On s'accorde en effet pour reconnaître que la simple circonstance que la procédure étrangère constitue un doublon de la procédure du for, ne suffit pas à justifier la mesure d'interdiction.<sup>1029</sup> On doit voir là une traduction de la plus

<sup>1026</sup> *Shell UK Exploration and Production Ltd. v Imes*, 1995 STL 807, 814-815 (1994 Outer House) (la Cour confirme que le juge écossais ne peut avoir recours à l'injonction que pour autant qu'il constitue le for naturel de la cause).

<sup>1027</sup> *Supra*, note 944.

<sup>1028</sup> Dans ce cas, l'abus est quasiment présumé, *cfr. supra*, n° 165 e.s.

<sup>1029</sup> Ainsi M. MALES observe-t-il "the absence of any presumption that multiple actions are necessarily vexatious", S. MALES, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.* 1998, (543), 546. Il poursuit en notant que "It may be vexatious and oppressive to commence proceedings in respect of the same subject matter both in this country and abroad, but that will not necessarily be so. The English court has declined to intervene where, even though the cause of action in the two jurisdictions is the same, different procedures or different remedies may be available in the foreign court [...]" (545-546).

Cette analyse est partagée par de nombreux observateurs : L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum Non Conveniens und International Comity. Eine Analyse der US-amerikanischen und englischen Rechtsprechung nach *Gau Shan v Bankers Trust* und *Barclays Bank v Hornar*", *R.I.W.*, 1993, (802), 805 ("Das englische recht steht einer doppelten Prozessführung im internationalen Rahmen nicht entgegen vorausgesetzt dies sei weder Schikanös noch belastend"); A. BRIGGS, "Restraint of Foreign Proceedings", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1988, (391), 394 ("the onus of proof which is required [...] is the high one of vexation or oppression. This is not satisfied simply by showing that [...] there would be otherwise a multiplicity of proceedings", et plus loin "Certainly it is not oppressive or vexatious simply for two actions to be prosecuted in two fora", p. 397); S. CROMIE e.a., *International Commercial Litigation*, London, Butterworths, 1997, 439 ("The mere continuation of proceedings in what is, ex hypothesi, not the appropriate forum, is not oppressive").

La Haute Cour australienne a fait sienne cette analyse dans l'affaire *C.S.R. Ltd. v Cigna Insurance Australia Ltd. et al.*, 146 ALR 402, 434-435, (1997) 189 CLR 345 ("[...] the mere coexistence of proceedings in different countries does not constitute vexation or oppression" et plus loin "[...] neither principle nor authority supports the view that foreign proceedings become vexatious or oppressive [...] in the event that the party against whom they are brought later commences proceedings with respect to the same subject matter in this country". En l'espèce la Haute Cour cassa l'injonction visant une procédure américaine parce que celle-ci permettait au demandeur d'obtenir d'autres remèdes, et notamment le fameux 'treble damages', que ceux offerts par le droit australien. Il n'y avait donc pas comportement abusif. V. la note critique de A. BRIGGS, "Self-Restraint in the High Court of Australia", *L.Q.R.*, 1998, 28-33 et les commentaires de A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping,

grande tolérance des juridictions anglaises à l'égard des procédures concurrentes (*supra* n° 9).

Il en ira seulement autrement lorsque les deux procédures sont le fait d'une seule et même partie. Dans ce cas, l'existence d'un abus dans le chef du demandeur est quasiment présumée – un revirement remarquable par rapport aux premières décisions.<sup>1030</sup> En dehors de ces hypothèses spécifiques, le défendeur à l'étranger devra apporter la preuve de circonstances particulières, qui démontrent l'existence d'un abus. Il faudra par exemple qu'il montre que la procédure étrangère vise uniquement à le harceler, ou n'a été introduite que pour des raisons purement tactiques, par exemple lorsqu'elle est intentée bien après le début de la procédure anglaise, dans un for à la compétence manifestement exorbitante.<sup>1031</sup> Dans l'affaire *Airbus*, la Cour d'Appel a ainsi mis l'accent sur une série de circonstances qui, considérées dans leur ensemble, permettaient selon les juges de conclure au caractère vexatoire de la procédure texane : compétence exorbitante du tribunal texan, absence de volonté des tribunaux texans de considérer une exception de *forum non conveniens*, application par ces tribunaux de la *lex fori* dénuée de tout lien avec la cause, responsabilité objective en matière délictuelle, difficulté pour Airbus de se retourner contre d'autres parties faute de compétence, etc.<sup>1032</sup>

Au-delà de ces quelques principes généraux, tout est affaire de circonstances et l'on ne saurait s'enfermer dans des règles trop précises.<sup>1033</sup> Ce qu'il importe de constater c'est que l'injonction est réservée à des hypothèses proprement *exceptionnelles*. Cette réticence à intervenir en interdisant la procédure étrangère n'est toutefois pas la copie exacte de la position réservée des tribunaux au 19<sup>ème</sup> siècle. A l'origine l'hésitation s'expliquait

---

Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l L.*, 1997, 314 e.s. En matière de *forum non conveniens* toutefois, la Cour Suprême d'Australie a donné une interprétation plus souple au test du caractère vexatoire et oppressif, à telle enseigne que M<sup>me</sup> Briggs et Rees notent que selon cette jurisprudence, "if the plaintiff has commenced proceedings in the forum, it is oppressive and/or vexatious for the defendant to institute proceedings in a foreign court which will duplicate the first set of proceedings" (BRIGGS et REES, 1997, 273, qui renvoient à la jurisprudence *Henry v Henry*, *supra*, n° 219).

<sup>1030</sup> La *Chancery Division* a confirmé en 1989 la position plus sévère des tribunaux à l'égard du double demandeur : "Where a plaintiff seeks to pursue the same defendant in two jurisdictions in relation to the same subject matter, the proceedings verge on the vexatious" : *Australian Commercial v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 69; en l'espèce il s'agissait d'une demande de dessaisissement et non d'un demande d'injonction. V. également Dicey et Morris, 10<sup>ème</sup> éd., 251 : "it is not likely [...] that the court will allow, except in very unusual circumstances, the continuance of proceedings by the same plaintiff against the same defendant for the same cause of action in two different jurisdictions". A voir BRIGGS et REES, 1997, 272, n° 5.30 ("'Vexation' may exist if [...] the plaintiff sues in two courts at the same time when there is no real or tangible advantage to the overseas plaintiff").

La position semble être la même en Australie, v. *C.S.R. Ltd v Cigna Insurance Australia Ltd et al.*, 146 ALR 402, 434, (1997) 189 CLR 345 ("[...] foreign proceedings are to be viewed as vexatious or oppressive only if there is nothing which can be gained by them over and above what may be gained in local proceedings. On the other hand, they are vexatious or oppressive if there is a complete correspondence between the proceedings or [...] if complete relief is available in the local proceedings").

<sup>1031</sup> Au siècle dernier, la jurisprudence avait donné quelques exemples d'une action vexatoire : "pure vexation occurs when the proceedings are so utterly absurd that they cannot possibly succeed. Another occurs when the plaintiff, not intending to annoy or harass the defendant, but thinking he could get some fanciful advantage, sues him in two courts at the same time", *Pennian Guano Co v Bodevoldt* (1883) 23 Ch.D. 225, 230.

<sup>1032</sup> V. l'analyse par A. BRIGGS, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 99-100. La Chambre des Lords n'a pas eu à se prononcer sur cet aspect de l'affaire puisqu'elle a décidé que le tribunal anglais ne possédait pas un intérêt suffisant pour user de son pouvoir d'injonction. En l'espèce il n'y avait cependant pas de réel conflit de procédures, le juge anglais n'étant pas saisi au fond.

<sup>1033</sup> M. Males tente toutefois de décrire les circonstances dans lesquelles une procédure peut être considérée comme vexatoire : "where the jurisdiction asserted by the foreign court has been so wide and extraterritorial as to be contrary to accepted principles of international law; where the judicial or legislative policies of England and the foreign court are so at variance that normal considerations of comity are overridden; or where the plaintiff has resorted to foreign proceedings in order to evade important public policies of the English jurisdiction" (*l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (543) 546).

surtout par le souci de ne pas intervenir dans le choix du for du demandeur, qui bénéficiait d'une présomption de validité et de légitimité. Si les tribunaux font preuve d'une même réserve aujourd'hui, la *raison* de cette réticence a toutefois changé : il ne s'agit plus tellement de protéger le demandeur, mais bien de ne pas porter atteinte à la courtoisie internationale. Cette nouvelle justification a notamment été mise en exergue par Lord Goff dans l'affaire *Airbus*, dans laquelle il rappelle fort opportunément que le tribunal étranger dont la procédure est visée, peut prendre offense de la volonté du for de l'injonction de faire cesser cette procédure.

**231. Une relative indifférence à la concurrence de procédures** - Ce qu'il importe de retenir pour notre étude, c'est que l'injustice à laquelle l'injonction vise à mettre fin ne tient pas, comme on pourrait s'y attendre, au dédoublement de procédures en tant que tel. Les inconvénients liés à la concurrence de procédure n'apparaissent pas à eux seuls décisifs pour justifier l'injonction. Si le juge anglais se permet d'intervenir, c'est parce que certaines circonstances particulières propres à la conduite de la procédure étrangère l'autorisent à conclure au caractère abusif de la saisine du juge étranger, indépendamment de l'existence d'une dualité de procédures.

Cette analyse est confirmée par la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Du Port de Nemours*.<sup>1034</sup> La célèbre entreprise américaine tentait en l'espèce d'obtenir de ses assureurs compensation pour un jugement américain la condamnant à d'importants dommages et intérêts au profit d'un patient - dont on avait dû amputer les deux jambes suite à une réaction provoquée par un médicament fabriqué par l'entreprise pharmaceutique. Une fois assigné devant les tribunaux anglais, les assureurs s'empressèrent d'ouvrir un second front en saisissant les tribunaux de l'Illinois. La Cour refusa toutefois de leur ordonner d'abandonner cette procédure. Elle reconnut certes qu'il pouvait être difficile, voire vexatoire, pour une partie de devoir se défendre simultanément devant deux tribunaux.<sup>1035</sup> Elle constata toutefois qu'en l'espèce le demandeur n'avait pas apporté la preuve du caractère abusif de la procédure américaine. Il s'était contenté de montrer que le for anglais était *forum conveniens*, ce qui ne suffisait pas pour justifier l'interdiction de procéder.

Cette affaire montre bien que le mécanisme de l'injonction est relativement indifférent à l'existence d'une concurrence de procédures, qui n'est pas considérée comme une injustice en soi.<sup>1036</sup> Cette constatation - que l'on fera également à propos de la doctrine du *forum non conveniens* - constitue un important bémol à la vocation de l'injonction *anti-suit* comme instrument de régulation des conflits de procédures. On va voir que l'on peut faire la même constatation à l'égard d'une partie de la jurisprudence américaine.

<sup>1034</sup> *E. I. Du Port de Nemours & Co et al. v I. C. Agnew et al. (No 2)* [1988] 2 Lloyd's Rep. 240.

<sup>1035</sup> "It may be oppressive to a party - for a variety of reasons - if a dispute is litigated in several jurisdictions", *E. I. Du Port de Nemours & Co et al. v I. C. Agnew et al. (No 2)* [1988] 2 Lloyd's Rep. 240, 243.

<sup>1036</sup> La même constatation vaut pour le droit écossais, v. *Shell UK Exploration and Production Ltd. v Imres*, 1995 STL 807, 823 (1994 Outer House) (pour déterminer si la conduite d'une procédure aux Etats-Unis constitue une injustice, le juge Abernethy prend en compte une série de facteurs, parmi lesquels le fait que le litige a donné lieu à un série de procédures concurrentes. Il y voit "an element of injustice", en particulier parce qu'il ne semble pas possible de joindre les différentes procédures. Cet élément n'est toutefois pas décisif en lui-même, il vient à l'appui de 11 autres pour justifier la nature abusive de la procédure américaine).

## 2. L'INTERDICTION DE PROCEDER EN DROIT AMERICAIN

**232. Généralités** - Tout comme leurs collègues anglais, les tribunaux américains fondent leur pouvoir d'injonction sur leur juridiction d'équité. Jusqu'à une période récente, ce pouvoir n'était que rarement mis à profit dans des espèces véritablement internationales. Comme l'on pouvait s'y attendre, l'interdiction de procéder a toutefois trouvé un terrain d'action privilégié au sein de l'espace judiciaire américain. Selon un schéma maintes fois éprouvé, les règles dégagées pour ces espèces ont servi de modèle pour les affaires mettant en jeu une procédure étrangère. Pour la commodité de l'exposé, on peut diviser l'évolution de la jurisprudence en trois périodes.

### A. Les origines : doutes sur la constitutionnalité

**233. La timidité des premières décisions** - A l'origine on a pu douter de la compatibilité de l'injonction *anti-suit* avec la loyauté fédérale et en particulier avec la clause du *Full Faith and Credit* de la Constitution. Certains tribunaux voyaient en effet dans cette utilisation particulière du pouvoir d'injonction une atteinte à la courtoisie s'imposant entre tribunaux souverains.<sup>1037</sup> La jurisprudence se permettait toutefois, dans des circonstances jugées exceptionnelles, de passer outre les impératifs de la courtoisie pour interdire une procédure pendante dans un autre Etat.<sup>1038</sup> Dans les rares cas où elle a été accordée, l'injonction visait à protéger certaines compétences du for de l'injonction. Dans une affaire tranchée en 1867, un créancier hypothécaire tentait ainsi d'obtenir paiement de son dû devant les tribunaux de New York. Une fois assigné, le débiteur s'empressa de demander aux tribunaux du Vermont de prononcer la nullité de l'hypothèque. Tout en rendant hommage à l'interdiction de principe de l'injonction entre Etats américains, les juges new yorkais admirent en l'espèce la nécessité d'une exception à la règle générale pour sanctionner la tentative de fraude du débiteur.<sup>1039</sup>

**234. La Cour Suprême ouvre la voie à l'interdiction de procéder au sein de l'espace judiciaire américain** - Il fallu attendre 1890 pour que la Cour Suprême lève les derniers doutes sur la constitutionnalité de l'interdiction de procéder.<sup>1040</sup> Dans l'affaire qui lui était soumise, un créancier avait appris que son débiteur allait prochainement faire aveu de faillite. Désireux d'échapper à la dure loi du concours, le créancier, établi comme le débiteur au Massachusetts, céda sa créance à un homme de paille new yorkais. Celui-ci assigna devant les tribunaux de son domicile un tiers qui était redevable d'une forte somme au débiteur. La faillite de ce dernier une fois ouverte, les curateurs obtinrent des tribunaux du Massachusetts qu'ils ordonnent l'abandon de la procédure new yorkaise

<sup>1037</sup> *Mead v Merritt and Peck*, 2 Paige (N.Y.) 402, 405 (1831) ("Not only comity, but public policy forbids the exercise of such a power"). V. aussi *Williams v Aynault* (1860) 31 Barb. (N.Y.) 364; *Bickenell v Field*, 8 Paige (N.Y.) 439 (1840); *Hammond v Baker*, 5 N.Y. Super. Ct. (3 Sandf.) (1851); *Harris v Pullman* (1876) 84 Ill. 20; *Lockwood v Nye* (Tenn. 1852) 2 Swan. 515.

<sup>1038</sup> P.ex. *Burgess v Smith*, 2 Barb. Ch. (N.Y.) 276, 280 (1874) ("[...] it must be a very special case which will induce [the court] to break over the rule of comity, and of policy, which forbids the granting of an injunction to stay the proceedings in a suit, which has already been commenced in a court of competent jurisdiction in a sister state"); *Debon v Foster* (1862) 86 Mass. 545; *Angle v Scheuerman* (1869) 40 Ga. 206; *Miller v Gittings* (1897) 85 Md. 601, 37 Atl. 372; *Claffin & Co v Hamlin* (1881) 62 How Pr. 284; *Kittle v Kittle* (1878) 8 Daly. 72.

<sup>1039</sup> *Vail v Knapp* (1867) 49 Barb. 299, 305 : "[...] yet there are exceptions to this rule, and when a case is presented, fairly constituting such exception, extreme delicacy should not deter the court from controlling the conduct of a party within its jurisdiction to prevent oppression and fraud. No rule of comity or public policy forbids it".

<sup>1040</sup> *Cole v Cunningham*, 133 U.S. 107, 10 S. Ct. 269, 33 L. Ed. 538 (1890).

jugée frauduleuse. La Cour Suprême confirma à cette occasion que la Constitution ne s'opposait pas à une telle mesure, en décidant que :

“Ne constitue pas une violation de la règle du ‘full faith and credit’ une décision d’un tribunal du Massachusetts ordonnant aux citoyens de cet Etat l’abandon d’une procédure de saisie dont ils ont saisi les tribunaux new yorkais en vue d’échapper à l’application de la loi de leur domicile”.<sup>1041</sup>

Cette décision, fortement critiquée par une minorité de juges,<sup>1042</sup> ouvrit la voie à l’injonction entre tribunaux d’états différents. Entre tribunaux fédéraux et étatiques, l’absence de hiérarchie et la loyauté fédérale interdisaient toutefois le recours à l’injonction. Cette interdiction, qui subsiste encore aujourd’hui, a d’ailleurs très tôt été consacrée par le législateur.<sup>1043</sup>

Une fois l’obstacle constitutionnel levé,<sup>1044</sup> encore fallait-il s’entendre sur les circonstances justifiant l’octroi d’une injonction.<sup>1045</sup> La jurisprudence s’y est employée dans une deuxième période.

## B. L’injonction comme remède aux conflits de procédures

**235. Une jurisprudence plus sévère à l’égard du demandeur** - Dès le départ, les tribunaux américains ont marqué moins d’hésitation à recourir à l’injonction que leurs collègues anglais. De nombreuses – et anciennes – décisions s’autorisent à intervenir pour ordonner à une partie d’abandonner une procédure lorsqu’elle constitue la simple copie d’une procédure dont cette même partie a saisi le for. Cette simple circonstance

<sup>1041</sup> “A decree of the [Court] of Massachusetts restraining citizen of that Commonwealth from the prosecution of attachment suits in New York brought by them for the purpose of evading the laws of their domicil, is not void as being in violation of [the full faith and credit clause]”.

<sup>1042</sup> Trois juges se sont désolidarisés de cette décision en soulignant le caractère anti-constitutionnel de l’injonction. Selon Justice Miller, la *Full Faith and Credit Clause* interdisait à un tribunal d’interférer avec une procédure pendante devant un autre, la clause s’appliquant aussi bien à une procédure achevée qu’à une procédure simplement pendante : “The meaning of [the Full Faith and Credit Clause] is to prevent conflicts between courts of different states, over the same matters, by establishing the rule that whatever is done or decided in one State shall be respected in every other State [...]”. M. *Bermann* rejoindra plus tard les doutes dont ces juges se faisaient l’écho, sur la justesse de cette décision, en écrivant que « [...] sister-state anti-suit injunctions plausibly constitue just the sort of denial of the full faith and credit to ‘Judicial Proceedings’ in courts of other states that the Clause means to forbid [...] » (I.c., *Columbia J. Transnat. L.*, 1990, 599).

<sup>1043</sup> C’est le fameux ‘Anti Suit Injunction Act’. La première version de cette législation date du 2 mars 1793 (ch. 22, § 5, 1 Stat. 35 - “No writ of injunction shall be granted to stay proceedings in any court of a state”). Aujourd’hui cette disposition figure au 28 U.S.C. 2283. Sur l’histoire de l’*Anti Suit Injunction Act*, v. l’étude de MM. DURFEE et SLOSS, “Federal Injunctions against Proceedings in State Courts : the Life History of a Statute”, *Mich. L. Rev.*, 1932, 1145-1169 ainsi que celle de MM. TAYLOR et WILLIS, “The Power of Federal Courts to Enjoin Proceedings in State Courts”, *Yale L. J.*, 1933, 1169-1197 et de M. MAYTON, “Ersatz Federalism under the Anti Injunction Statute”, *Colum. L. Rev.*, 1978, 320 e.s. La Cour Suprême a eu l’occasion de préciser que cette législation était fondée sur la “fundamental constitutional independence of the State and their courts”, *Atlantic Coast Line R. R. v Brotherhood of Locomotive Engrs.*, 398 U.S. 281, 287 (1970). V. également Note, “Anti Suit Injunctions Between State and Federal Courts”, *U. Chi. L. Rev.*, 1965, 471 e.s. Cette législation tolère quelques exceptions à l’interdiction du recours à l’injonction, v. p. ex. *Chick Kam Choo v Exxon Corporation*, 486 U.S. 140 (1988) et *Donovan v City of Dallas*, 377 U.S. 408 (1964) et en général, WARREN, “Federal and State Courts Interference”, *Harvard L. Rev.*, 1930, 345 e.s. Sur cette question, *infra*, n° 340.

<sup>1044</sup> Cf. toutefois *infra* l’affaire *Baker v GM Motors*, qui pourrait bien inaugurer un revirement de la jurisprudence constitutionnelle à propos de l’injonction *anti-suit*.

<sup>1045</sup> V. en général R. POUND, “The Progress of Law – Equity”, *Harvard L. Rev.*, 1920, (420), 425-428 ainsi que G. BERMANN, I.c., *Columbia J. Trans. L.*, 1990, (589), 595-597.



suffisait, semble-t-il, à rendre la procédure étrangère vexatoire et à justifier dès lors l'injonction.<sup>1046</sup>

L'affaire *Gaurt* illustre bien cette moindre réticence à passer outre le choix du for du demandeur. En l'espèce, une entreprise new yorkaise, *Nemours Trading*, cherchait à récupérer une importante somme dont son agent lui était redevable.<sup>1047</sup> L'entreprise s'adressa d'abord aux tribunaux new yorkais et réitéra ensuite sa demande devant les tribunaux du Massachusetts, où elle espérait pouvoir se faire payer sur les titres d'une entreprise qui étaient la propriété de l'agent. Celui-ci constitua une garantie bancaire au profit de son adversaire pour satisfaire une éventuelle décision new-yorkaise et demanda ensuite l'interdiction de la seconde procédure. Les juges new yorkais lui donnèrent raison en soulignant le parallélisme exact entre les deux demandes qui rendait la seconde procédure vexatoire. Selon les juges, l'interdiction d'une procédure étrangère se justifiait parce que le for de l'injonction était lui-même déjà saisi d'une action "entre les mêmes parties et portant sur le même litige, dans laquelle le demandeur peut espérer obtenir pleine justice".<sup>1048</sup> Dans ces circonstances, poursuivit la Cour, l'institution d'une procédure étrangère "doit être considérée comme un harcèlement vexatoire de la partie étrangère, qui est contraire à l'équité et aux bonnes moeurs et justifie le recours au mécanisme de l'injonction".<sup>1049</sup>

Cette jurisprudence se montre singulièrement plus sévère à l'égard du double demandeur que ne l'étaient les décisions anglaises de la même époque (*supra*, n° 217). Alors que les tribunaux anglais acceptaient alors de présumer que le demandeur avait un intérêt légitime à saisir le juge étranger, nonobstant l'existence d'une procédure en cours dans le for, les juges américains étaient bien plus prompts à déceler une tentative de fraude ou une manoeuvre dilatoire dans la saisine répétitive du juge étranger. Si le critère retenu est en apparence le même – le caractère vexatoire et abusif de la procédure étrangère – la signification attribuée à cette expression par les tribunaux américains dépasse les seules situations exceptionnelles d'abus et de harcèlement.

La règle n'était certes pas absolue, le juge conservant un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y avait lieu d'ordonner l'abandon de la seconde procédure. Ceci explique

<sup>1046</sup> P. ex. *White v Caxton Bookbinding Co*, 10 Civ. Pro. (N.Y.) 146 (1886); *Monumental Saving Assoc v Fentress*, 125 Fed. 812 (1903); *Old Dominion Copper Co v Bigelow*, 203 Mass. 159, 89 N.E. 193 (1909); *Home Insurance Co v Howell*, 24 N.J. Eq. 238 (1874); *United Cigarette Machine Co v Wright* (EDNC 1907), 156 Fed. 244; *Field v Hallbrook* (NY 1856) 3 Abb. Pr. 377; *Commercial Acetylene Co v Avery Lighting Co* (CC 1906) 152 Fed. 642; *aff'd* (7 C.C.A. 1908) 159 Fed. 935; *Gordon v Mum* (1910) 81 Kan. 536, 106 Pac. 286; *French v Hay*, 22 Wall. (U.S.) 250 (1874).

<sup>1047</sup> *Alfred C. Gaurt v Nemours Trading Corp. et al.*, 194 A.D. 668, 186 N.Y.S. 92 (1921 N.Y.S.C.).

<sup>1048</sup> "A court of equity has ample power to restrain the prosecution of an action in a foreign jurisdiction subsequently commenced, where there is an action pending in this State, between the same parties arising out of the same subject matter, in which full and adequate relief can be given" : 194 A.D.; 668, 671.

<sup>1049</sup> "Under such circumstances, the court views the commencement of the foreign action as a vexatious harassing of the opposite party, which is contrary to equity and good conscience, and will restrain the prosecution of the foreign action" : 194 A.D. 668, 671-672. V. également *Locomobile Company of America v American Bridge Corp.*, 80 A.D. 44, 80 N.Y.S. 288 (S.C.N.Y. 1903); *Eitel M. Colson v Naomi L. Pelgram*, 259 N.Y. 370, 182 N.E. 19 (C.A.N.Y. 1932); *Block & Co, Inc v Storm Printing Co*, 40 Ill. App. 3d 92, 351 N.E. 2d 271 (1976); *Carson v Durham*, 149 Mass. 52, 20 N.E. 312 (1889); *Allegheny & K.R. Co v Weidenfeld*, 5 Misc. 43, 25 N.Y.S. 71 (1893); *Connecticut Mutual Life Insurance Co v Merritt-Chapman & Scott Corp.*, 19 Del. Ch. 103, 163 A. 646 (1932).

*Comp. Merritt-Chapman & Scott Corp. v Mutual Benefit Life Insurance Corp.*, 237 A.D. 70, 260 N.Y.S. 374, 379 (S.C.N.Y. 1932) (La Cour refuse l'injonction contre une procédure au New Jersey, elle note que cette procédure a été commencée avant celle du for, mais que cette circonstance à elle seule n'est pas décisive parce que la différence entre les deux procédures tient à une question de jours : "[...] mere precedence in point of time of serving process, in and of itself, is not of such controlling importance as to [...] warrant [a court] in issuing and injunction to frustrate pending litigation in another forum [...]").



d'ailleurs que dans certaines espèces, ce soit le tribunal second saisi qui ait pris l'initiative de paralyser la procédure concurrente, notamment lorsque le juge premier saisi ne pouvait prendre connaissance que d'une partie de la cause.<sup>1050</sup> Toujours est-il que ces premières décisions témoignent d'un plus grand interventionnisme des tribunaux, qui se refusaient à confiner l'injonction aux cas d'abus les plus flagrants – ce qui se comprend sans doute en raison du caractère interne des litiges.<sup>1051</sup>

**236. Une plus grande sévérité même en dehors des procédures concurrentes -**  
En dehors de l'hypothèse particulière des conflits de procédure, la jurisprudence américaine faisait également preuve d'une plus grande souplesse dans l'interprétation du caractère 'oppressif et vexatoire' de la saisine du juge étranger.<sup>1052</sup> Les tribunaux acceptaient ainsi d'ordonner l'abandon d'une procédure lorsque celle-ci avait été intentée en dehors du for naturel de la cause. L'abus qui justifiait l'intervention du tribunal, ne se déduisait alors pas tant des *mobiles subjectifs* qui animent le plaideur, mais bien des *circonstances objectives* de la cause qui rendaient la poursuite de la procédure étrangère désavantageuse pour un des adversaires et peu satisfaisante pour l'administration de la justice. Pour obtenir l'injonction, le défendeur à l'étranger devait montrer que le demandeur ne pouvait espérer retirer aucun avantage substantiel de la procédure

<sup>1050</sup> P. ex. *Peyton v Williams C. Peyton Corp.*, 21 Del. Ch. 229, 187 A. 849 (1936); *Air Products & Chemicals v Lummus Co.*, 43 Del. Ch. 429, 235 A. 2d 274 (1967); *Freick v Hirkely*, 141 N.W. 1096 (Minn. 1913).

<sup>1051</sup> La doctrine de l'époque confirme que les procédures concurrentes constituaient une hypothèse type justifiant l'octroi d'une injonction, p.ex. Note, "Injunctions to Restrain Foreign Proceedings", *Harvard L. Rev.*, 1920, (92-94), 92 où l'annotateur observe que "Practically all courts are agreed today that a multiplicity of suits, if vexatious – and such is true in most instances – presents a fair case for the exercise of the [court's] discretion"; Note, "Enjoining Suits in Foreign Jurisdictions", *Columbia L. Rev.*, 1917, (328-330), 329 ("When a suit is already pending, [...] and one of the [parties] begins or threatens to begin in a foreign jurisdiction another suit against his adversary involving the same subject matter, the better view is that if full and complete relief is obtainable in the former action, he will be enjoined from instituting or proceeding with the foreign suit"). V. également dans la doctrine plus récente, E. DUMBAULD, *l.c.*, *Dickinson L. Rev.*, 1969-70, (369), 381 ("Injunctions against actions at law is also an incidental part of the jurisdiction exercised when a court of equity takes jurisdiction of a case in order to prevent multiplicity of suits"); D. RE, *Cases and Materials on Remedies*, Foundation Press, 1987, NY, 177 (selon qui l'hypothèse de la 'concurrent litigation' est la deuxième catégorie dans laquelle un tribunal peut enjoindre une partie – "If legal proceedings have already begun or must begin in the domestic forum, equity, to prevent concurrent litigation as to the same matter, will generally restrain the institution or continuance of foreign proceedings"); M. LEFLAR, selon qui "reasons given in support of such injunctions include the vexatious multiplicity of suits when similar action is already pending at the forum [...]" (R. LEFLAR, *American Conflicts Law*, Bobbs-Merrill Co., NY, 1977, 102, § 53); R. B. GINSBURG, "Judgments in Search of Full Faith and Credit : the Last-In-Time Rule for Conflicting Judgments", *Harvard L. Rev.*, 1969, (798), 823 ("Such injunctions have generally been based on [the determination that] maintenance of the action sought to be enjoined would constitute vexatious duplication or proliferation of litigation"); W. L. M. REESE, "Full Faith and Credit to Foreign Equity Decrees", *Iowa L. Rev.*, 1957, (183), 198-199 ("Such injunctions are commonly issued on the ground that [...] (3) the threatened suit would result in a vexatious multiplicity of actions"). *A dde* J. E. ROGERS, "Injunctions Against Suits in Foreign Jurisdictions", *Louisiana L. Rev.*, 1950, 302-319, spéc. 315-317.

<sup>1052</sup> Comme en droit anglais, l'interdiction de procéder n'était pas réservée aux conflits de procédures. Outre cette situation particulière, l'injonction pouvait également viser à réprimer une tentative de *fraude à la loi*, v. p. ex. *Miller v Gittings* (1897) 85 Md. 601, 623, 37 Atl. 372 : "Equity will enjoin suits in other states where there is fraud [...] and most especially where there is an attempt to evade or defeat the operation of the laws of the state where both parties to the suit reside". On retrouve sous cette finalité des espèces identiques à celles qui avaient déjà attiré les foudres des tribunaux anglais au 19<sup>ème</sup> siècle. Ainsi un créancier qui faisait saisir le salaire ou d'autres biens de son débiteur dans un Etat pour échapper à une règle d'insaisissabilité, s'exposait à une intervention du tribunal de son domicile : *Allen v Buchanan* (1892) 97 Ala. 399, 11 So. 777; *Keyser v Rice* (1877) 32 Hun. 204, 47 Md. 203; *Zimmerman v Franke* (1886) 34 Kan. 650, 9 Pac. 47; *Burlington & Missouri Railroad v Thompson*, 31 Kansas 180; *Mumper v Wilson* (1887) 72 Iowa 163, 33 N.W. 449; *Stewart v Thomson* (1895) 97 Ky. 575, 31 S.W. 133; *Wiense v Thomas*, 145 N.C. 261, 59 S.E. 58 (1907); *Snook v Snetzer*, 25 Ohio St. 516 (1886). La même chose valait en cas de faillite du débiteur, p. ex. *Hazen v Lydonville Bank* (1898) 70 Vt. 543, 41 Atl. 1046; *Dehon v Foster* (1862) 86 Mass. 545, 552 ("The defendants, citizens of this State, are bound by its laws. They cannot be permitted to do any acts to evade or counter-act their operation, the effect of which is to deprive other citizens of rights which those laws are intended to secure"); *Cunningham v Butler* (1886) 142 Mass. 47, 6 N.E. 782; *Hawkins v Ireland* (1896) 64 Minn. 339, 67 N.W. 73; *Sercomb v Catlin*, 128 Ill. 556, 21 N.E. 606 (1889).

étrangère, alors qu'elle lui imposait de considérables dépenses additionnelles. Généralement il s'agissait alors de sanctionner une tentative manifeste de *forum shopping*.

L'affaire *McGirly* illustre bien cette hypothèse : un employé d'une entreprise ferroviaire établie au Wisconsin avait été gravement blessé lors d'un accident. Bien qu'il fut lui-même domicilié au Wisconsin et que l'accident ait eu lieu dans cet Etat, il assigna son employeur devant les tribunaux du Minnesota.<sup>1053</sup> L'entreprise sollicita l'aide des tribunaux du Wisconsin pour paralyser cette procédure en indiquant que tous les témoins se trouvaient au Wisconsin et que le jury du Minnesota ne pourrait se rendre sur les lieux de l'accident. L'injonction fut toutefois refusée.<sup>1054</sup> L'intention du demandeur à l'étranger ne semble pas dans ce cas décisive pour décider du caractère abusif ou vexatoire de la procédure étrangère. Ce qui compte c'est l'absence de motifs légitimes dans son chef pour saisir un juge étranger et les difficultés et dépenses additionnelles que la procédure cause au défendeur.<sup>1055</sup> Cette jurisprudence se démarque ainsi de la position plus restrictive des tribunaux anglais, qui n'accordaient que peu de poids aux difficultés qui naissent de la conduite d'une procédure dans un for inapproprié, et préféraient à cette période s'en tenir à une analyse des mobiles animant le demandeur à l'étranger.

Ces quelques exemples montrent que les tribunaux américains ont dès l'origine éprouvé moins de difficultés que leurs collègues anglais à condamner la poursuite d'une procédure engagée devant un tribunal étranger. La plupart de ces décisions étaient toutefois confinées à l'intérieur de l'espace judiciaire américain. Il restait donc à déterminer si la plus grande propension des tribunaux américains à recourir à l'interdiction de procéder allait se répercuter sur le plan international. L'explosion du contentieux international dans la seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle va permettre aux tribunaux de répondre à cette question.

### C. Internationalisation et schisme de la jurisprudence

**237. Sanction de la fraude à la loi** - À partir des années 1970, les espèces internationales vont se multiplier, forçant les tribunaux à se prononcer sur les conditions dans lesquelles une injonction peut être décernée à l'encontre d'une procédure étrangère. Sans surprise, la jurisprudence antérieure a largement servi d'inspiration. Les tribunaux ont ainsi reconnu de façon unanime qu'une intervention visant à paralyser la procédure étrangère était justifiée lorsque celle-ci avait pour but de contourner l'application de la loi du for. La Cour d'Appel a fait appel à cet argument pour justifier l'injonction dans l'affaire *Laker* : selon le juge Wilkey, la procédure intentée en Angleterre par les compagnies aériennes visait avant tout à échapper à la législation *anti-trust* américaine, ce

<sup>1053</sup> *Chicago, U & St. P. Ry v McGirley*, 185 N.W. 218 (Wisc. 1921).

<sup>1054</sup> V. les critiques de la note anonyme, "Exercise of the Power of Equity to Enjoin Proceedings in Another State", *Columbia L. Rev.*, 1922, (360), 363-364.

<sup>1055</sup> P. ex. *Hayfill v Buffalo Marine Const. Co.*, 266 F. 533 (W.D.N.Y. 1919); *Main v Field*, 13 Ind. App. 401, 40 N.E. 1103 (1985); *Standard Roller Bearing Co v Crucible Steel Co.*, 71 N.J. Eq. 61, 63 A. 546 (1906); *Bankers Life Co v Loring*, 217 Iowa 534, 250 N.W. 8 (1933); *Gaunt v Nemours Trading Corp.*, 194 App. Div. 668, 186 N.Y.S. 92 (1921); *H. B. Claflin & Co v J.W. Harlin et al.*, 62 How. Pr. 284 (N.Y.S.C. 1881).

qui ne pouvait être toléré.<sup>1056</sup> Cette justification sera adoptée par les tribunaux dans d'autres domaines.<sup>1057</sup>

Pour appeler une sanction, la tentative de fraude devait cependant viser une règle que le for juge essentielle. Il n'y avait pas fraude à la loi, et l'injonction n'est pas justifiée, lorsque le demandeur à l'étranger ne vise qu'à profiter d'un avantage que peut lui conférer la procédure étrangère. Ainsi la Cour d'Appel du 6<sup>ème</sup> Circuit a-t-elle refusé de considérer que le fait d'intenter une procédure à Hong Kong constituait une tentative de fraude même si le for américain prévoyait en l'espèce des dommages et intérêts multiples, inconnus à Hong Kong.<sup>1058</sup>

**238. Protection de la compétence du for** - Le souci de réprimer la fraude à la loi n'est pas la seule justification possible de l'injonction *anti-suit* en droit américain. Celle-ci peut être également décernée afin de protéger la compétence juridictionnelle du for. Le demandeur peut par exemple revendiquer l'interdiction de la procédure étrangère lorsque celle-ci menace de paralyser la procédure du for. Encore une fois, l'affaire *Laker* permet d'illustrer cette hypothèse. En l'espèce la procédure anglaise avait pour seul but de saboter les efforts de Laker devant les juges américains, la saisine des juges anglais ne visant qu'à obtenir une injonction *anti-suit* ou subsidiairement un jugement déclaratoire neutralisant le résultat de la procédure américaine. La Cour d'Appel y vit une justification supplémentaire pour l'injonction.<sup>1059</sup> Plus généralement, la procédure étrangère appelle une intervention lorsqu'elle constitue une menace pour la compétence *in rem* des tribunaux américains.

**239. Interdiction de procéder et conflit de procédures - division de la jurisprudence** - Lorsqu'elle vise à protéger la compétence législative ou juridictionnelle du for, l'injonction constitue un instrument au service direct de la politique du for de l'injonction. Comme par le passé, le mécanisme continue également à être mis au service des intérêts des justiciables, pour leur éviter les affres de l'abus de procédures. C'est ici qu'on rencontre les conflits de procédures. A ce sujet, la période contemporaine a été l'occasion d'une nette division entre différents courants de la jurisprudence - division à laquelle la Cour Suprême n'a pas encore, faute d'occasion, pu mettre fin.

<sup>1056</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909, 931-933 (D.C.Cir. 1984) : "the [...] injunction properly prevented appellants from attempting to escape application of the antitrust laws to their conduct of business here in the United States". Paradoxalement, les tribunaux anglais en ont également appelé à la nécessité de prévenir toute fraude à la loi pour justifier leur intervention musclée. En l'occurrence il s'agissait de fraude à la loi étrangère, puisque selon les tribunaux anglais, la procédure américaine avait entraîné une application extra-territoriale injustifiée des lois anti-trust américaines.

<sup>1057</sup> P. ex. en matière de divorce, *Vendier v Vendier*, 203 Cal. App. 2d 724, 22 Cal. Rptr. 93 (1953) (procédure en France); *Greenberg v Greenberg*, 218 App. Div. 104, 218 N.Y.S. 87 (1926) (procédure au Mexique); *Venizelos v Venizelos*, 30 App. Div. 2d 856, 293 N.Y.S. 2d 20 (1968) (procédure en Grèce); *Selkowitz v Selkowitz*, 179 Misc. 608, 40 N.Y.S. 2d 9 (1943) (procédure au Panama); *Psaty v Psaty*, 93 Misc. 2d 454, 402 N.Y.S.2d 779 (1978) (procédure au Bahamas) et *Young v Young*, 16 Pa. 287 (1932) (procédure au Mexique)

<sup>1058</sup> *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1357 (6<sup>th</sup> Cir. 1992) : "If any advantage in law was sufficient to justify application of the public policy exception, antisuit injunctions would become common and international comity a consideration of secondary importance. Procedural or substantial advantages offered by the forum law do not, of themselves, provide grounds for an antisuit injunction" (en l'espèce, l'injonction contre une future procédure à Hong Kong fut refusée, la Cour adopta expressément l'analyse restrictive de *Laker* et fit sienne la conclusion que l'injonction n'est pas justifiée par le simple fait que procédure étrangère est parallèle. Seuls le souhait de protéger une politique législative importante du for ou la menace d'atteinte à la compétence du for justifient l'injonction).

<sup>1059</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909, 927-931 (D.C.Cir. 1984).

Continuant sur la lancée des décisions plus anciennes, une partie de la jurisprudence a en effet adopté une interprétation assez large de la notion de procédure 'vexatoire ou oppressive', qui en justifie l'application aux conflits de procédures. C'est ainsi que dans l'affaire *Bremen*, la Cour d'Appel du 5<sup>ème</sup> Circuit en a appelé, pour justifier l'injonction paralysant la procédure anglaise, à la circonstance que le for américain avait été saisi le premier et que "permettre la poursuite simultanée de deux procédures, dont l'une dans un for éloigné de plusieurs milliers de kilomètres, serait inéquitable et retarderait la résolution du litige".<sup>1060</sup>

Avec cette décision va s'imposer l'idée que l'injonction peut se justifier lorsque la procédure étrangère constitue un doublon inutile et coûteux de la procédure dont est saisi le for de l'injonction. L'affaire *Seattle Totems* illustre bien ce glissement. La Cour d'Appel du 9<sup>ème</sup> circuit était saisie d'une demande visant à obtenir l'annulation d'un contrat conclu entre un club de hockey et la ligue nationale, contrat dont le demandeur prétendait qu'il violait les lois anti-trust américaines. Près de deux ans après le début de cette procédure, le défendeur saisit les tribunaux canadiens, exigeant des dommages et intérêts pour la non-exécution du contrat litigieux. La Cour accepta d'intervenir pour mettre fin à la procédure concurrente en notant que "permettre que le litige fasse l'objet de deux procédures séparées conduira à un retard inutile ainsi qu'à des dépenses et des désagréments importants pour les parties et les témoins. En outre, la conduite de procédures concurrentes pourrait mener à des décisions contradictoires ou même à une course au for".<sup>1061</sup>

L'abus ou le comportement vexatoire consiste dans cette perspective à soumettre l'adversaire à une deuxième procédure, ce qui a pour effet d'augmenter les coûts et dépenses. On ne peut cependant s'empêcher de penser que la Cour a surtout voulu sanctionner une tentative manifeste de *forum shopping*, et non le simple dédoublement de procédures. Les décisions qui vont suivre vont toutefois intégrer le *ratio decidendi* de la Cour d'Appel, sans prendre en compte les circonstances particulières de la cause qui justifiaient la décision. Le tribunal du district méridional de New York par exemple, dont on connaît l'importance pour les affaires internationales, relèvera parmi les circonstances justifiant l'octroi d'une injonction le fait que "la poursuite simultanée des deux procédures peut retarder l'issue du litige, augmenter les dépenses pour les parties et conduire à une course au jugement ou des décisions contradictoires".<sup>1062</sup> Pris séparément

<sup>1060</sup> "[...] Allowing simultaneous prosecution of the same action in a foreign forum thousands of miles away would result in inequitable hardship and tend to frustrate and delay the speedy and efficient determination of the cause" : *In Re Unterweser Reederei, GmbH (Zapata Off-Shore Co. v M/S Bremen and Unterweser Reederei GmbH)*, 428 F. 2d 888, 896 (5<sup>th</sup> Cir. 1970), *aff'd on rehearing en banc*, 446 F. 2d 907 (1971), *rev'd on other grounds sub nom Bremen v Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L.Ed. 2d 513 (1972).

<sup>1061</sup> *Seattle Totems Hockey Club, Inc. v The National Hockey League, et al.*, 652 F. 2d 852 (9<sup>th</sup> Cir. 1981), *cert. denied sub nom Northwest Sports Enterprise, Ltd. v Seattle Totems Hockey Club, Inc.*, 457 U.S. 1105 (1982) : "adjudicating this issue in two separate actions is likely to result in unnecessary delay and substantial inconvenience and expense to the parties and witnesses. Moreover, separate adjudication could result in inconsistent rulings or even a race to judgment".

<sup>1062</sup> "[...] (5) adjudication of the same issue in separate actions would result in delay, inconvenience, expense, inconsistency or a race to judgment" : *American Home Assurance Co. v Ins. Corp. of Ireland*, 603 F. Supp. 636, 643 (S.D.N.Y. 1984).

Cette décision n'est pas isolée, v. *Medtronic, Inc. v Catalyst Research Corp.*, 518 F. Supp. 946 (D. Minn.), *aff'd*, 664 F. 2d 660 (8<sup>th</sup> Cir. 1981); *Philips Medical Systems International BV. v Martin E. Bruetman, et al.*, 8 F. 3d 600, 605 (7<sup>th</sup> Cir. 1993) (obiter dictum); *Allendale Mut. Ins. Co. v Bull Data Systems, Inc.*, 10 F. 3d 425, 431 (CA 7<sup>th</sup> Cir. 1993) (la Cour accorde une injonction contre une procédure engagée en France par un assuré qui visait à obtenir une indemnisation, pour protéger une procédure américaine qui visait à obtenir un jugement déclaratoire. Elle résuma les positions contradictoires des différentes juridictions et adopta une position assez flexible - même si elle essaya de la déguiser en expliquant qu'elle tenait compte de la courtoisie internationale, du moins lorsque celle-ci était réellement en danger. Au final la position de la Cour est certainement très souple, puisque le seul fait que la

cet élément peut faire penser que la concurrence de procédures justifie en elle même l'octroi d'une injonction.

240. Une partie de la jurisprudence moins disposée à accorder une injonction - C'est en tout cas ce qu'en a conclu l'autre partie de la jurisprudence, dont il est devenu coutume de dire qu'elle adopte une position plus réservée face à l'injonction. La Cour d'Appel du 6<sup>ème</sup> Circuit, analysant les décisions des tribunaux 'libéraux', a ainsi conclu que pour ces derniers, "*a duplication of the parties and issues, alone, is sufficient to justify a foreign antisuit injunction*".<sup>1063</sup> S'élevant contre ce prétendu laxisme, cette partie de la jurisprudence considère l'injonction comme une atteinte à la courtoisie internationale qu'il convient de réserver aux circonstances les plus exceptionnelles. Elle en déduit que l'injonction ne sera au contraire justifiée que si elle vise à prévenir une tentative de fraude à la loi ou si elle entend protéger la procédure du for contre une interférence étrangère.<sup>1064</sup> Il est devenu classique de citer pour illustrer cette partie de la jurisprudence le passage de la décision *Laker*, dans lequel la Cour d'Appel décide que l'injonction ne peut être envisagée que lorsqu'elle s'avère "nécessaire pour préserver la compétence du for de l'injonction ou pour prévenir toute tentative par un justiciable de contourner les intérêts publics fondamentaux du for".<sup>1065</sup>

Cette même jurisprudence souligne qu'il ne suffit pas d'alléguer l'existence d'une concurrence de procédures pour obtenir l'interdiction de la procédure étrangère. C'est encore une fois la décision *Laker* qui est le plus souvent invoquée pour appuyer cette constatation, la Cour d'Appel ayant indiqué qu'une "*duplication of parties and issues alone is not sufficient to justify issuance of an antisuit injunction*".<sup>1066</sup>

---

procédure étrangère est parallèle semble justifier l'injonction); *Cargill, Inc. v Hartford Accident and Indemnity Company*, 531 F. Supp. 710, 714-715 (DC Minn. 1982) ("An injunction is in order when adjudication of the same issue in two separate actions will result in unnecessary delay, substantial inconvenience and expense to the parties and witnesses, and where separate adjudication could result in inconsistent rulings or a race to judgment", "It would be vexatious to Cargill and a waste of judicial resources to require adjudication of Federal's liability in two separate forums. Separate adjudications could further prejudice Cargill by the risk of inconsistent results and a possible race to judgment").

<sup>1063</sup> *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1353 (6<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>1064</sup> V. déjà *Canadian Filters (Harwich) Ltd. v Lear-Siegler, Inc.*, 412 F.2d 577, 587-579 (1<sup>st</sup> Cir. 1969) (Cour d'Appel casse l'injonction accordée en première instance contre la procédure canadienne en notant que le respect et la déférence due à la procédure étrangère ne seront écartées que "when the forum seeks to enforce its own substantial interests, or in limited circumstances when relitigation would cover exactly the same points as, for example, when both suits are in rem, and the burden of a second suit thus renders reliance on res judicata alone inappropriate").

<sup>1065</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909, 927 (D.C.Cir. 1984) (l'injonction n'est envisageable que lorsqu'elle est "necessary to protect the jurisdiction of the enjoining court, or to prevent the litigant's evasion of the important public policies of the forum").

<sup>1066</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909, 924 (D.C.Cir. 1984).

Motif qui a été repris à de multiples occasions : *China Trade and Development Co. v M.V. Cheong Yung*, 837 F. 2d 33, 36 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987) (la Cour refuse une injonction contre procédure coréenne commencée bien après la procédure américaine et qui ressemble beaucoup à une tentative de *forum shopping* visant à bloquer la reconnaissance d'un éventuel jugement américain. La Cour décide que le simple fait que la procédure étrangère soit parallèle ne suffit pas à justifier injonction : "Since parallel proceedings are ordinarily tolerable, the initiation before a foreign court of a suit concerning the same parties and issues as a suit already pending in the US does not, *without more*, justify enjoining a party from proceeding in a foreign forum". Le fait que des procédures parallèles conduisent à une course au jugement ne suffit pas à justifier injonction parce que "these factors are likely to be present whenever parallel actions are proceeding concurrently", donc "an anti-suit injunction grounded on these additional factors alone would tend to undermine the policy that allows parallel proceedings to continue and disfavor anti-suit injunctions". Seuls deux facteurs justifient l'injonction selon la Cour : lorsque la procédure étrangère menace la compétence même de la juridiction américaine (p.ex. compétence in rem basée sur présence d'un bien) et lorsque procédure étrangère menace de violer ordre public du for, p.ex. ne pas appliquer une loi de police du for); *Sea Containers Ltd., et al. v Stena AB, et al.*, 890 F. 2d 1205, 1213 (D.C. Cir. 1989); *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1355 (6<sup>th</sup> Cir. 1992) ("Thus, the better rule is that duplication of parties and issues alone is

241. Une césure entre deux courants ? - En apparence, la césure entre les deux courants est nette : pour une partie de la jurisprudence, le recours à l'injonction peut se justifier pour éviter le gaspillage de ressources et la contradiction de décisions – ce qui rend fort probable son utilisation dans les conflits de procédures. Pour d'autres tribunaux ces inconvénients ne sont pas à eux seuls de nature à renverser la présomption, dictée par la courtoisie internationale, qui limite le recours à l'injonction. On a pu voir dans cette division l'influence qu'exercent différents précédents, les tribunaux 'laxistes' se fondant principalement sur la jurisprudence relative aux relations entre tribunaux fédéraux et entre tribunaux étatiques, alors que les autres prendraient exemple sur les règles régissant les relations entre tribunaux fédéraux et étatiques, ce qui expliquerait leur plus grande hésitation à intervenir.<sup>1067</sup>

On ne peut nier qu'initialement au moins, les tribunaux se sont laissés inspirer par la jurisprudence interne et que celle-ci a eu une influence sur leurs décisions.<sup>1068</sup> On ne peut toutefois s'en tenir à cette seule explication pour consacrer une division dont on a parfois l'impression que sa seule vertu est qu'elle permet d'expliquer de manière pédagogique les contradictions apparentes entre tribunaux.<sup>1069</sup>

242. Une césure à nuancer - Il est certain que les tribunaux des différents circuits font montre de sensibilités différentes, certains accordant un poids important à la courtoisie internationale, d'autres s'y montrant relativement indifférents.<sup>1070</sup> Il n'empêche

---

not sufficient to justify issuance of an antisuit injunction"); *Mutual Serv. Cas. Ins. Co. v Frit Industries, Inc.*, 805 F. Supp. 919, 923 (M.D. Ala 1992) *aff'd* without opinion, 3 F. 3d 442 (11<sup>th</sup> Cir. 1993) ("This Court rejects the argument that duplication of parties and issues, supplemented by some showing of judicial economy, race-to-judgment or potentially inconsistent judgments, would justify an injunction"); *Black and Decker Corporation et al. v Saneey American Corp.*, 650 F. Supp. 406, 408 (N.D. Ill. 1986) ("the better view of the law on this question is that the policies behind the parallel proceedings rule outweigh the expense caused by the duplication of parties and issues and the possibility of inconsistent adjudications"); *Garnon v Payne*, 706 S. W. 2d 304 (Tex. Supreme Court 1986) (la Cour réforme la décision du juge du fond qui avait accordé une injonction en posant que "That further expenses will be incurred by Payne is not a sufficient reason to grant an anti-suit injunction. If additional expense were a sufficient reason [...] an injunction would be proper in every case"); *Compagnie des Baucites de Guinée v Insurance Co. of North America*, 651 F.2d 877, 887 (3d. Cir. 1981) (la Cour casse l'injonction accordée en première instance contre une procédure concurrente devant les tribunaux anglais en notant que les arguments invoqués en première instance pour justifier l'injonction, à savoir le parallélisme de procédures et la priorité de la procédure américaine, ne suffisaient pas pour justifier l'injonction : "[...] duplication of issues and the insurers' delay in filing the London action were the sole bases for the district court's injunction, and we hold that these factors alone did not justify the breach of comity among the courts of separate sovereignty").

<sup>1067</sup> En ce sens par exemple, S. BURBANK, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", *Am J. Comp. L.*, 2001, 203, 214. Dans le même sens, S. R. SWANSON, "The Vexatiousness of a Vexation Rule : International Comity and Antisuit Injunctions", *Georges Washington J. Int'l. Law & Econ.*, 1996, (1-37), 12 et 24.

<sup>1068</sup> P. ex. *Compagnie des Baucites de Guinée v Insurance Co. of North America*, 651 F.2d 877, 887 (3d. Cir. 1981) (la Cour cite expressément des décisions relatives aux relations fédéral-étatique, qui plaident pour une tolérance des procédures concurrentes et un refus de l'injonction, en particulier *Donovan v City of Dallas*, 377 U.S. 408 (1964) et *Princess Lida v Thompson*, 305 U.S. 456 (1939)).

<sup>1069</sup> La division entre les différents courants de jurisprudence est parfois élevée au rang de sacro-sainte séparation, v. surtout les exposés qu'en donnent M. TREVINO DE COALE, "Stay, Dismiss, Enjoin or Abstain?", *Boston U. Int'l L. J.*, 1999, (79), 90 e.s. et Y. FURUTA, "International Parallel Litigation : Disposition of Duplicative Civil Proceedings in the United States and Japan", *Pacific Rim Law & Policy J.*, 1995, (1), 18 e.s.

<sup>1070</sup> V. par exemple le dictum de la Cour d'Appel dans l'affaire *Kaepa* selon lequel "We decline [...] to require a district court to genuflect before a vague and omnipotent notion of comity every time that it must decide whether to enjoin a foreign proceedings" : *Kaepa Inc v Adhilles Co.*, 76 F. 3d 624, 627 (5<sup>th</sup> Cir. 1996). V. également les remarques du juge Posner dans l'affaire *Bull*, précitée. Le juge refuse d'accepter que l'injonction violera *ipso facto* la courtoisie et demande au défendeur de prouver que l'injonction irait en l'espèce à l'encontre de ce principe en soumettant une note en ce sens du Ministère des Affaires étrangères ou autre, une note du comité français de contrôle des assurances étant jugée insuffisante : *Allendale Mut. Ins. Co. v Bull Data Sys, Inc.*, 10 F. 3d. 425, 431

que la présentation dialectique qui est faite de la jurisprudence pêche par manque de nuance. En particulier il semble erroné de prétendre que selon l'approche 'laxiste', une injonction peut se justifier par la seule circonstance que la procédure étrangère constitue une réplique inutile de la procédure du for. Force est en effet de constater que la plupart des décisions que l'on range dans le camp de la jurisprudence dite 'laxiste' concernaient en réalité des hypothèses où le *forum shopping* du demandeur à l'étranger confinait à l'abus.

Les différentes espèces montrent une étonnante similitude : à chaque fois, la procédure étrangère a été initiée bien après la saisine du for de l'injonction, alors que la procédure engagée dans ce for avait déjà bien progressé. Dans l'affaire *Seattle Totems* déjà évoquée, les défendeurs ont ainsi attendu pas moins de 27 mois après le début de la procédure américaine pour saisir les tribunaux canadiens, une manoeuvre qui était manifestement destinée à paralyser la reconnaissance éventuelle dans ce pays d'un ultérieur jugement américain.

L'affaire *Kaepa* constitue le plus bel exemple des circonstances particulières qui ont poussé certains tribunaux à adopter une attitude dite 'laxiste'. Le litige opposait une entreprise japonaise à un fabricant américain de chaussures de sport à propos de l'exécution par le premier d'un contrat de distribution exclusive au Japon. Le fabricant assigna son cocontractant devant les tribunaux texans. Alors que cette procédure était déjà bien engagée, le processus de 'discovery' étant achevé, le distributeur saisit les tribunaux japonais. La Cour d'Appel du 5<sup>ème</sup> Circuit confirma l'injonction décernée en première instance.<sup>1071</sup> Ecartant l'objection tirée d'une possible atteinte à la courtoisie internationale, la Cour souligna que "la poursuite de la procédure japonaise conduirait à une duplication absurde des efforts et à une multiplication vexatoire des dépenses et des désagréments".<sup>1072</sup> Plus que la volonté de sanctionner une procédure étrangère pour la simple raison que celle-ci portait sur le même litige que celui soumis au tribunal américain, il faut sans doute voir dans cette injonction la tentative du for de protéger sa propre procédure qui avait déjà dépassé le stade de la 'discovery'.

**243. Une césure à nuancer (suite)** - Le prétendu laxisme de ce courant de la jurisprudence américaine peut dès lors s'expliquer, au moins en partie, par les circonstances tout à fait particulières des espèces soumises aux tribunaux et en particulier par le caractère manifeste de la manoeuvre du demandeur à l'étranger. Cette analyse rejoint l'explication séduisante proposée par M. Baumgartner, qui a montré que la division entre les courants de la jurisprudence tenait également aux circonstances des espèces qui ont été soumises aux tribunaux.<sup>1073</sup> Cet auteur explique que dans la plupart des espèces qui ont vu les tribunaux américains refuser l'injonction et réserver celle-ci à des situations limitées, les deux procédures mettaient aux prises les mêmes parties et les mêmes questions. Le parallélisme quasi-parfait entre les deux litiges permettait dès lors de faire jouer sans risque la règle de tolérance (*infra*, n° 334) et d'attendre qu'une procédure

(7<sup>th</sup> Cir. 1993). V. les critiques de Mme. Teitz sur cette décision : L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 246-247.

<sup>1071</sup> *Kaepa Inc. v. Achilles Co.*, 76 F. 3d 624, 627 (5<sup>th</sup> Cir. 1996). Sur cette affaire, A. S. HAP, "Note : *Kaepa, Inc. v. Achilles Corp.* : Comity in International Judicial Relations", *N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.*, 1996, 365-387.

<sup>1072</sup> "[...] the prosecution of the Japanese action would entail an absurd duplication of effort and would result in unwarranted inconvenience, expense and vexation" : *Kaepa Inc. v. Achilles Co.*, 76 F. 3d 624, 627 (5<sup>th</sup> Cir. 1996).

Le contrat de distribution prévoyait en l'espèce la compétence exclusive des tribunaux texans. La Cour fait mention de cet élément, sans lui accorder une importance décisive. *Comp.* avec la jurisprudence anglaise déjà étudiée, cfr. *supra* n° 165.

<sup>1073</sup> S. BAUMGARTNER, "Related Actions", *ZZP Int.*, 1998, (203), 215-216.



s'achève. Par contraste, il relève que les tribunaux qui ont adopté une attitude dite 'laxiste', étaient confrontés à des procédures plus complexes, mettant en jeu une pluralité de parties, pas nécessairement les mêmes, devant chaque tribunal. Dans ce cas, on ne peut compter sur la première décision pour vider entièrement le litige. Ceci contribuerait à expliquer pourquoi certains tribunaux ont plus facilement recours à l'injonction.<sup>1074</sup>

Cette explication est importante en ce qu'elle attire l'attention sur la grande diversité des circonstances factuelles qui sont à la base des différentes décisions, sans se contenter d'évoquer une séparation nette, mais artificielle entre deux courants. Au fond on pourrait même dire que ces deux courants se rejoignent sur un point, à savoir que l'injonction se justifie lorsqu'il s'agit de protéger la compétence ou la procédure du for – soit que la procédure étrangère vise directement à la saboter, par le biais d'une injonction, soit qu'elle ne le fasse qu'indirectement, parce que le demandeur à l'étranger cherche à bloquer la reconnaissance d'un futur jugement en obtenant une décision contraire. Dans le premier cas, l'injonction sera justifiée dans l'approche stricte, tandis que les tribunaux adoptant l'approche dite "libérale" accepteront d'intervenir dans le second cas.

En dernière analyse, et même s'il faut nuancer la distance qui sépare les deux courants de la jurisprudence, il faut reconnaître que le droit américain fait preuve d'un manque certain de clarté – qui ne pourra sans doute être levé que si la Cour Suprême se saisit de la question.

**244. Synthèse des données historiques** - Au terme de cet aperçu on peut tenter de dresser un bilan provisoire de la fonction attribuée à l'injonction *anti-suit* dans la résolution des conflits de procédures. L'évolution historique a permis de montrer la diversité des critères utilisés pour justifier l'exercice du pouvoir d'injonction : tantôt la procédure étrangère sera sanctionnée en raison de l'existence d'un abus manifeste dans le chef du demandeur à l'étranger, dont les mobiles seront soigneusement examinés; tantôt la conduite d'une procédure dans un for jugé inapproprié suffira à justifier l'intervention du tribunal; tantôt enfin le for de l'injonction s'attachera au parallélisme de procédures, jugé en soi inacceptable.

A ces premières variations s'en ajoutent d'autres, puisque le pouvoir d'injonction a également été mis à contribution pour répondre à des impératifs nettement plus *publicistes*, comme par exemple le souci de protéger la compétence (législative ou juridictionnelle) du for.

S'il est une constante qui se dégage de toutes ces variations c'est bien l'hésitation des tribunaux à recourir à l'injonction pour mettre un terme aux conflits de procédures. Lorsque l'injonction est décernée, elle est le plus souvent justifiée non pas par la simple existence d'une dualité de procédures, mais par celles de circonstances supplémentaires qui rendent intolérables la poursuite de la procédure étrangère. L'injonction apparaît en effet comme un instrument destiné à réprimer l'abus de procédure, que ce concept soit entendu de façon restrictive comme dans l'Angleterre du 19<sup>ème</sup> siècle, ou avec plus de souplesse, comme le fait une partie de la jurisprudence américaine contemporaine. Au total c'est donc seulement à une minorité de conflit de procédures que l'injonction tente de mettre fin. Il faudra tenir compte de cette limitation dans l'évaluation du modèle de la contrainte à laquelle nous allons maintenant procéder.

---

<sup>1074</sup> Idem, 215-216.



\* \*  
\*

## Section 2 : L'interdiction de procéder : une solution à généraliser?

245. **Observations préliminaires** - On a esquissé le cadre de référence dans lequel évolue l'injonction *anti-suit*. Il reste maintenant à examiner la pertinence et l'efficacité de cette solution comme mécanisme de résolution des conflits de procédures. Pour ce faire, nous procéderons en trois temps. En premier lieu, il y a lieu de vérifier la conformité de l'interdiction de procéder aux grands principes de souveraineté et de territorialité. Ceci nous permettra, après avoir dissipé quelques malentendus, de constater qu'en principe l'interdiction de procéder ne dépasse pas les limites, certes floues, du droit international. (§ 1)

Elle n'en constitue pas pour autant un modèle de solution approprié pour les conflits de procédures. L'injonction pêche en effet par *manque d'efficacité* : le for dont la procédure est visée par l'injonction, ne se prêtera pas à la sanction de celle-ci, ce qui réduit d'autant sa force de persuasion. Bien plus, le risque est grand de voir l'injonction précipiter une aggravation du conflit (§ 2). Ou comment le remède se transforme en poison ! Au-delà du manque d'efficacité, il faudra bien constater que dans l'état actuel du droit comparé, l'injonction ne peut être le fait que de certaines juridictions (§ 3). Si solution il y a, elle n'est donc que *partielle*.

### § 1. L'interdiction de procéder et le droit international

246. **Introduction et plan** - L'injonction *anti-suit* se laisse-t-elle concilier avec le respect de la souveraineté des Etats, et en particulier de l'Etat dont la procédure est visée? On pourrait en douter, la conduite d'une procédure judiciaire avec laquelle l'injonction prétend interférer constituant à première vue une prérogative exclusive de l'Etat qui en permet l'ouverture (2). Avant d'examiner la validité de ce raisonnement, il convient de s'attarder sur la question de la portée territoriale de l'injonction *anti-suit* (1). On refermera cette première section en examinant l'injonction sous l'angle du droit à un procès équitable (3).

#### 1. L'INJONCTION ANTI-SUIT : UNE EXTRA-TERRITORIALITE INDIRECTE

247. **Portée territoriale de l'interdiction de procéder** - La question de l'extra-territorialité continue à préoccuper aujourd'hui les internationalistes, sans qu'une réponse définitive ne paraisse se dessiner.<sup>1075</sup> Nous ne prétendons nullement donner un aperçu exhaustif de la question. Notre but est simplement d'examiner si l'on peut reprocher à l'injonction *anti-suit* un effet extra-territorial répréhensible.

Pour répondre à cette question, il faut d'abord examiner quelle est la portée territoriale exacte de l'effet revendiqué par l'interdiction de procéder. Celle-ci vise à empêcher la poursuite d'une procédure judiciaire étrangère. Lorsqu'il a recours à cette arme, le juge se contente généralement de formuler l'interdiction, sans préciser quels actes de procédure

<sup>1075</sup> Il est significatif que les travaux de l'Institut de Droit international sur le sujet qui ont débuté en 1983, ne se sont pas encore achevés, v. récemment le rapport provisoire de F. RIGAUX, paru à l'*Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1999, vol. 68-I, Travaux préparatoires, session de Berlin, 507-564.

le défendeur doit poser pour satisfaire à son obligation.<sup>1076</sup> Qu'il s'agisse d'une renonciation, d'un désistement d'instance, d'une demande de sursis ou tout simplement de la renonciation dans les faits à saisir le juge étranger, les démarches de la partie sous le coup de l'injonction devront nécessairement avoir lieu devant la juridiction étrangère. Il est dès lors difficile de nier que l'injonction *anti-suit* postule un certain effet extra-territorial.

On va voir que la revendication d'un tel effet n'est pas en soi contraire au droit international (1). Il faudra ensuite examiner si l'octroi d'une interdiction de procéder ne constitue pas une tentative d'exercice à l'étranger du pouvoir de contrainte (2).

#### (A) Le déclin du paradigme de la territorialité

**248. Licéité de principe de l'extra-territorialité** - S'il est une constatation qu'il est permis de faire en cette matière, c'est que le droit international n'interdit pas de façon absolue aux Etats de conférer à leurs actes et aux ordres prononcés en leur nom une portée qui dépasse leurs frontières. Comme l'a souligné la Cour Permanente Internationale de Justice à propos de la compétence normative, l'absence de répartition impérative des compétences entre les Etats s'accompagne d'une "large liberté" dans leur chef pour "étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors de leurs territoires".<sup>1077</sup>

La territorialité n'a gardé de signification que pour déterminer les limites de l'exercice du pouvoir de *contrainte*. Même s'il est difficile de s'accorder sur ce qu'il faut entendre par contrainte (*infra*, n° 252), un accord se fait pour accorder à chaque Etat un monopole de l'exercice de la contrainte sur son territoire.<sup>1078</sup>

**249. Une pratique extra-territoriale bien établie** - La pratique des Etats révèle d'ailleurs que le dogme de la territorialité – qui était autrefois paré de l'autorité du latin par le biais de l'adage suivant lequel *extra territorium ius dicenti impare non paretur*<sup>1079</sup> est depuis longtemps tombé de son piédestal.<sup>1080</sup> On ne compte plus les décisions des

<sup>1076</sup> Par exemple le texte de l'injonction octroyée par un tribunal écossais dans l'affaire *Shell*, qui se lit de la façon suivante : le juge interdit aux défendeurs "ad interim from continuing, or taking any other step, directly or indirectly, in the proceedings against the petitioners, or any of them, in the district court of the 23<sup>rd</sup> judicial district, Brazoria County, Texas » : *Shell UK Exploration and Productions Ltd. v. Imres*, 1995 SLT 807, 810 (OH).

<sup>1077</sup> Arrêt du 7 septembre 1927, affaire *Lotus*, *Publications de la CPJI*, Série A n° 10, arrêt n° 9, p. 19.

<sup>1078</sup> Dans la même affaire *Lotus*, la Cour expliquait que "La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure [...] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat" (Affaire *Lotus* précitée, pp. 18-19). L'absence de parallélisme entre compétence normative et compétence d'exécution fait peser une lourde hypothèque sur l'efficacité dans les faits des commandements extra-territoriaux.

Mme. *Muir Watt* écrit à ce propos : "S'il est bien [...] une solution jugée suffisamment incontestable en droit international public, pour se passer de tout commentaire, c'est le principe de la territorialité de la contrainte" : H. MUIR WATT, "Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (A propos de l'arrêt de la Court of Appeal, *Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*)", *R.C.D.I.P.*, 1998, (27), 28.

<sup>1079</sup> P. ex. J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws...*, Boston, Little & Brown, 1834, § 539 ("Considered in an international point of view, jurisdiction, to be rightfully exercised, must be founded either upon the person being within the territory, or the thing being within the territory; for, otherwise, there can be no sovereignty exerted, upon the known maxim *Extra territorium ius dicenti impare non paretur* [...]").

<sup>1080</sup> Déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, la territorialité n'était pas conçue comme un cadre de référence absolu. Le dictum de la Cour Suprême américaine dans l'affaire *Pemroyer*, consécration la plus célèbre de la territorialité, n'exclut pas que les commandements de l'Etat postulent un effet extra-territorial *indirect*. La Cour décide en effet que "Every State possesses exclusive jurisdiction and sovereignty over persons and property within its territory [...] no State

tribunaux, toutes juridictions confondues, qui s'autorisent à revendiquer un certain effet en dehors des frontières nationales. Il suffit d'évoquer la riche jurisprudence des tribunaux néerlandais en matière de contrefaçon de brevets.<sup>1081</sup> Il est d'ailleurs révélateur que les deux premières décisions de la Cour de Justice portant sur le contentieux provisoire dans le cadre de la Convention de Bruxelles concernaient des décisions françaises visant des biens situés en Allemagne.<sup>1082</sup> La Cour a admis depuis lors que des mesures provisoires et conservatoires peuvent être prononcées, sous certaines conditions, alors même que les biens visés se situent à l'étranger.<sup>1083</sup> La pratique n'est certainement pas limitée au contentieux de la propriété intellectuelle,<sup>1084</sup> ni aux juridictions de certains pays.<sup>1085</sup>

can exercise *direct* jurisdiction and authority over persons and property without its territory" (*Pemoyer v Neff*, 95 U.S. 714, 722 (1877), nous soulignons).

<sup>1081</sup> V. en général, M. PERTEGAS SENDER, *Cross-Border Enforcement of Patent Rights : An Analysis of the Interface between Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002. Il est d'ailleurs intéressant de noter que dans sa décision de principe *Interlas*, qui a inauguré la jurisprudence bien connue, le Hoge Raad a justifié l'octroi d'une interdiction extra-territoriale de commercialisation de certains produits en en appelant à l'économie de procédure. A défaut d'une telle interdiction, le demandeur aurait dû en effet intenter une procédure dans tous les pays concernés : "De manière générale, dit le Hoge Raad, il n'existe aucune raison d'exclure une interdiction [de faire] pour la simple raison que l'obligation visée doit [...] être exécutée en dehors des Pays-Bas. Accepter une telle limitation, poursuit-il, aurait pour conséquence fâcheuse qu'en cas de fait délictueux à portée internationale [...] la victime néerlandaise se verrait obligée de s'adresser séparément au juge de chaque pays concerné" : H.R., 24 nov. 1989, *N.J.*, 1992, 404, note DWvF et les commentaires de X. E. KRAMER, *Het kort geding in internationaal perspectief*, Deventer, Kluwer, 2001, 229-233.

Sur cette jurisprudence, *cons.* H. BERTRAMS, "Das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen Patentrecht", *GRUR Int.*, 1995, 193-201; J. J. BRINKHOF, "Het grensoverschrijdende verbod in octrooizaken in kort geding", *Molensgrafica. Europees privaatrecht 1995*, Lelystad, 1995, 225-261; W. V. MEIBOM et J. PITZ, "Cross-Border Injunctions in International Patent Infringement Proceedings", *E.I.P.R.*, 1997, 469-478; D. STAUDER, "Grenzüberschreitende Verletzungsverbote im gewerblichen Rechtsschutz und das EuGVÜ", *IPRax*, 1998, 317-322.

<sup>1082</sup> C.J.C.E., 27 mars 1979, aff. n° 143/78, *Jacques de Cavel c. Luise de Cavel*, *Rec.*, 1979, 1055 et C.J.C.E., 21 mai 1980, affaire 125/79, *Denlauler c. Couchet Frères*, *Rec.*, 1980, 1533.

<sup>1083</sup> C.J.C.E., 17 novembre 1998, affaire C-391/95, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deo-Line e.a.*, *Rec.*, 1998, I-7122; *R.C.D.I.P.*, 1999, 340, note J. NORMAND.

<sup>1084</sup> V. par exemple les décisions des tribunaux néerlandais ordonnant à une partie de renoncer à une saisie qu'elle avait obtenu à l'étranger sur les biens de son débiteur : Prés. Rb. Arnhem, 24 août 1984, *N.I.P.R.*, 1984, n° 331; *N.J.*, 1986, 86, note SCHULTZ et Prés. Rb. Middelburg, 25 janvier 1985, *N.I.P.R.*, 1985, n° 239. Sur cette jurisprudence, J.-P. VERHEUL, "Waait de *Antisuit Injunction* naar het Continent over?", *N.I.P.R.*, 1989, (221), 223.

Pour la Belgique, v. par ex. Prés. Comm. Bruxelles, 7 septembre 1999, *Annuaire Pratiques du Commerce et concurrence*, 1999, H. DE BAUW (éd.), 835 et les observations de J. MEEUSEN, pp. 841 e.s. (un défendeur domicilié en Belgique opposait l'exception d'incompétence à une demande d'injonction visant à l'obliger à permettre la distribution d'un film au Luxembourg. Après avoir observé qu'il "ne saurait être juge plus naturel que celui du domicile ou du siège social de la partie intéressée", le juge expliqua très justement qu'il "est indifférent [...] que cette décision sorte ses effets dans le Royaume et / ou hors des limites de celui-ci; que le fait que la mesure à intervenir devra éventuellement sortir ses effets hors des limites du Royaume est le problème de la demanderesse, mais ne soulève pas en soi un problème de compétence, mais tout au plus un problème d'exequatur" p. 838) et en France, Cass. fr., 22 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 42 et la note de G. CUNIBERTI. V. également les nombreuses décisions citées par P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, L.G.D.J., 1994, 134-135. *Cons.* également les décisions citées par M. LENENBACH, "Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States : Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention", *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, 1998, (257), 276, note 117, par exemple la décision de l'OLG Stuttgart, 1984, *Z.Z.P.*, 1984, 487 - dans laquelle le tribunal allemand a ordonné à une partie de construire une clôture autour d'un immeuble situé en Espagne.

En général sur l'extra-territorialité des mesures conservatoires, v. G. CUNIBERTI, *Lac*, Paris, L.G.D.J., 2000, 409 p., spéc. pp. 138-142 pour le droit allemand et pp. 156-160 pour le droit italien; X. E. KRAMER, *oc.*, 2001, 227-270 et la récente synthèse de F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé*, *Etudes suisses de droit international* n° 112, Zürich, Schulthess, 2000, 658 p., spéc. pp. 94-110 et 429-561.

<sup>1085</sup> V. récemment la fameuse ordonnance du TGI de Paris, rendue dans l'affaire qui opposait la société Yahoo! à diverses associations, dans laquelle le juge français a ordonné entre autre à une entreprise américaine de "prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur yahoo.com du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis", TGI Paris (réf.), 22 mai 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc et Yahoo France*, <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.htm>. Cette décision a fait l'objet de nombreux

Comme le fait observer M. Kirsch, "il serait [...] particulièrement difficile d'invoquer l'existence d'une règle de droit international coutumier interdisant au juge d'ordonner l'accomplissement d'un acte à l'étranger; la pratique est trop répandue".<sup>1086</sup> Même s'il ne faut pas en conclure que les tribunaux sont libres de conférer un effet extra-territorial à n'importe quelle décision, on doit admettre que la simple revendication d'un tel effet ne suffit pas à condamner l'interdiction de procéder.<sup>1087</sup> Tout au plus doit-on admettre qu'un Etat ne sera pas en mesure de faire respecter sa décision en dehors de son territoire. Il devra pour cela s'en remettre à la bonne volonté des autres Etats.

**250. De la territorialité au 'lien significatif' –** On peut sans grand risque déduire des développements qui précèdent que la territorialité ne joue plus le rôle de critère *exclusif* de répartition des compétences étatiques. Le constat que le rattachement au territoire géographique ne convient pas pour rendre compte de certaines pratiques a d'ailleurs conduit certains commentateurs à s'interroger sur la possibilité de substituer au critère territorial une méthode différente.<sup>1088</sup> Ainsi a-t-on proposé de dépasser le cadre de la territorialité pour examiner le caractère raisonnable de l'exercice de compétence à l'aune de l'existence d'un *lien significatif* entre l'Etat et le litige. On pourrait par exemple s'accommoder d'une injonction *Mareva* portant sur l'entièreté du patrimoine du défendeur pour autant que le for de l'injonction possède un lien significatif avec le litige.<sup>1089</sup>

---

commentaires, v. entre autre G. STUER et Y. DEKETELAERE, "Observations sous les ordonnances Yahoo!", *J.T.*, 2001, 425-429.

<sup>1086</sup> P. KINSCH, *o.c.*, Paris, LGDJ, 1994, 134. V. également C. MCLACHLAN, "Extraterritorial Orders Affecting Bank Deposits", in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, K. M. MEESEN (éd.), La Haye, Kluwer Law International, (39), 43 ("Courts commonly enjoin defendants from committing acts abroad [...] This is not a phenomenon restricted to common law courts"); P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 17 (M. Schlosser relativise lui aussi le sacro-saint principe de la territorialité en rappelant qu'en Allemagne, "Höchst selten hat man hierzulande Skrupel, zu einer Handlung verurteilen zu lassen, die im Ausland vorzunehmen ist", et de citer de nombreux arrêts en ce sens, il reconnaît par ailleurs à la p. 21 que "kann es keine Regel des Völkergewohnheitsrechts geben, die es gerichten und Behörden eines Staates verböte, auf fremdem Territorium oder aus fremdem Territorium heraus vorzunehmende Handlungen zuzuordnen und die Nichtbeachtung solcher Anordnungen zu sanktionieren"); P. GOTTWALD, "Grenzen Zivilgerichtlichen Massnahmen mit Auslandwirkung", *Festschrift für W. J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6 April 1989*, W. F. LINDACHER et al. (éds.), Verlag E. & W. Gieseking, 1989, 119-130 (l'auteur passe en revue les différentes formes de mesures à portée extra-territoriales qui ne constituent pas une atteinte au droit international).

<sup>1087</sup> On se permettra dès lors de désapprouver les termes par trop généraux de l'ordonnance rendue le 12 mai 2000 par le président du tribunal de première instance de Bruxelles que le demandeur invitait à constater l'absence de contrefaçon non seulement sur le territoire belge, mais également sur celui de pas moins de 11 autres Etats membres. Le tribunal s'est refusé à tout exercice de compétence extra-territoriale (Trib. Bruxelles, 12 mai 2000, *B.I.E.*, 2000, (211), 213; *GRUR Int.*, 2001, 170; *I.L.C.*, 2001, 570) : "de Belgische rechter principieel bevoegd is voor het Belgisch grondgebied, dat zulks voortvloeit uit de soevereiniteit van elke Staat; dat de rechterlijke macht, dewelke een van de taken van de soevereiniteit regelt en uitvoert, noodzakelijkerwijze beperkt is tot het grondgebied van de staat waarin deze macht fungeert behoudens uitdrukkelijke uitzonderingen in supranationale verdragen; dat de rechter dienvolgens krachtens de Belgische wetten geen bevoegdheid heeft buiten het Belgisch grongebied". On conçoit qu'un Etat se permette de ne pas faire pleine utilisation de la compétence que lui reconnaît le droit international. Autre chose cependant est de dénier l'existence même de cette compétence au nom d'un prétendu principe de souveraineté. Le tribunal semble s'être laissé emporter à une condamnation trop générale de l'extra-territorialité, sans doute dans son désir de se défaire de la réputation sulfureuse de paradis des 'torpédos' (*infra*, n° 803 *e.s.*). On constate d'ailleurs que la jurisprudence belge ne fait pas toujours preuve d'autant de retenue, v. les autres exemples de revendications extra-territoriales de compétence par des tribunaux belges, v. M. FALLON, "Le référé international en matière civile et commerciale", *Reu Dr. ULB*, 1993, (43), 49-55.

<sup>1088</sup> M. RIGAUX, rapporteur de la dix-neuvième commission de l'Institut de droit international sur la question de la compétence extra-territoriale des Etats, évoque à cet égard la "perte de confiance dans le caractère opérationnel des concepts mêmes de territorialité et d'extra-territorialité", rapport précité, *Ann. Inst. Dr. Int'l*, 1999, (507), 509. V. du même déjà les réflexions sur "l'ambiguïté de la notion de territorialité", in *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, 295-296.

<sup>1089</sup> V. surtout C. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, avril 1997, 35-37.

Le glissement d'une condition stricte de territorialité, intenable en pratique, vers une exigence de *qualité* de la compétence du for, qui l'autoriserait à étendre les effets de ses décisions en dehors de ses frontières, est sans doute mieux à même de rendre compte de la pratique actuelle des Etats. Il laisse entier le problème de la détermination des limites de la compétence des Etats – à moins de s'accommoder de la casuistique complexe qu'entraînerait inévitablement le recours à une notion comme celle de 'lien significatif' ou d'exercice 'raisonnable' de la compétence.<sup>1090</sup> En outre le recul de la territorialité ne sera pas sans influencer la question des conflits de procédure, la territorialité présentant l'avantage non négligeable de prévenir l'apparition de ces conflits. La désuétude du concept de territorialité n'a toutefois pas touché l'exercice du pouvoir de contrainte, qui reste en principe lié aux frontières nationales. Il reste dès lors à examiner l'injonction *anti-suit* à la lumière de cet interdit.

(B) L'injonction *anti-suit* : une contrainte extra-territoriale interdite?

251. **Introduction** – Au vu de la pratique aujourd'hui généralement acceptée des Etats, la revendication d'un effet extra-territorial par le for de l'injonction ne suffit pas à elle seule pour condamner ce mécanisme. Il reste à déterminer si l'octroi d'une interdiction de procéder n'est pas contraire à la territorialité de la contrainte, qui reste d'actualité.

252. **Internalisation de la contrainte** - La sanction de l'injonction *anti-suit*, comme celle de toute injonction de l'*Equity*, ne nécessite à première vue pas d'exercice extra-territorial de la compétence d'exécution. Les seuls véritables actes de contrainte seront éventuellement déployés sur le territoire du for : les sanctions dont disposent les tribunaux en cas de méconnaissance de l'injonction sont celles de l'outrage à la cour (*contempt of court*), à savoir l'emprisonnement du défendeur récalcitrant, la saisie de ses biens (*verit of sequestration*), la condamnation à une amende ou encore l'impossibilité pour le défendeur de participer à la procédure judiciaire et d'y faire valoir ses arguments.<sup>1091</sup>

---

*Adde* A. BUCHER, 1998, 122, n° 349 et dans cet ouvrage, v. la suggestion formulée à l'égard de la compétence des Etats en matière d'administration de la preuve, d'abandonner le recours exclusif aux liens territoriaux pour définir cette compétence, et d'accepter que "lorsqu'un tribunal peut fonder sa compétence internationale sur un critère raisonnable, susceptible d'assurer l'exécution ultérieure du jugement à l'étranger [...] ce tribunal puisse disposer de tous les éléments de preuve pertinents [...] sans distinction selon l'origine des parties et la localisation des moyens probatoires", 180, n° 570. Sur l'existence du 'lien significatif', v. dans cet ouvrage les n° 6-7, pp. 18-19 et le compte-rendu par H. MUIR WATT, *Rev. Int'l. Dr. Comp.*, 1999, (1157), 1158-1159. Cf. également *supra*, n° 35 sur l'exigence de lien raisonnable que poserait le droit international aux revendications nationales de compétence.

<sup>1090</sup> V. le § 403 du *Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States*, qui en appelle à la 'reasonableness' comme principe d'auto-limitation. Ce même *Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States* prévoit en cas de conflit de compétence, une règle invitant les Etats à évaluer l'intérêt que représente pour lui et l'Etat concurrent l'exercice de la compétence dans l'espoir d'amener un Etat à s'abstenir.

<sup>1091</sup> Les sanctions du 'contempt of court' sont énumérées par le *Contempt of Court Act* de 1981, en particulier la section 14. En général, D. EADY et A. T.H. SMITH, *Abridge, Eady and Smith on Contempt*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 1191 p.; C. J. MILLER, *Contempt of Court*, Oxford, OUP, 2000, 769 p.; N. LOWE et B. SUFRIN, *The Law of Contempt*, Londres, Butterworths, 1996, 707 p. V. en particulier pour l'injonction *Marex*, G. CUNIBERTI, *ac*, 2000, 71-75.

Il s'agit en fait des sanctions attachées au 'civil contempt', bien que la différence avec le 'criminal contempt' se soit estompée au fil des ans. V. également la description que donne M. McLachlan des sanctions : "There are two remedies in contempt. One is that a man who spends most of his time sleeping under the stairs in the Royal Court of Justice, comes and drags you off to prison, after a hearing of course. The second remedy is the sequestration of assets, but effectively that would be sequestration of English assets" (C. MCLACHLAN, *lc*, in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, K. M. MEESEN (éd.), Kluwer Law International, (39), 52). Au Québec, le législateur a expressément prévu que "Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance

Ces diverses sanctions ne visent que la *personne* du défendeur.<sup>1092</sup> Le tribunal étranger n'est nullement visé.

C'est ce qu'a expliqué la Court of Chancery dès 1821 en notant que "si un défendeur à qui la Cour a ordonné d'abandonner une procédure qu'il avait engagée contre le demandeur, prend la liberté de désobéir à ce commandement et continue ladite procédure, cette cour ne prétend pas influencer l'autre tribunal; elle se contente de sanctionner le défendeur pour l'outrage que cause le non-respect de l'ordre donné".<sup>1093</sup> Ainsi, si l'injonction accordée par le tribunal anglais dans l'affaire *Laker* a permis de paralyser la procédure américaine, c'est que les curateurs anglais de l'entreprise faillie étaient évidemment susceptibles des foudres du *contempt of court*.<sup>1094</sup> La menace d'exercice du pouvoir de contrainte n'a donc pas dépassé les frontières nationales.<sup>1095</sup>

Que ce soit directement par le biais de l'arsenal de mesures ressortissant à l'outrage à la cour, ou indirectement, lorsque le for de l'injonction refuse d'accorder effet à une décision étrangère obtenue en violation de l'interdiction de procéder,<sup>1096</sup> la sanction de l'injonction est purement *interne*. Le for de l'injonction échappe dès lors à première vue à tout reproche de violation de l'interdiction d'exercice extra-territorial de la contrainte.<sup>1097</sup>

Cette constatation n'est pas propre à l'interdiction de procéder, elle s'applique également aux autres injonctions dérivant de l'*Equity*, à l'instar de l'injonction *Mareva*. Ici encore la sanction passe par la personne du défendeur à qui l'ordre est adressé et sur qui le tribunal exerce une emprise directe.<sup>1098</sup> Les principes de l'*Equity* veulent en effet que l'injonction

---

d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, [...] se rendent coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnés à une amende [...] avec ou sans emprisonnement [...] » (art. 761 C.P.C.).

<sup>1092</sup> Les sanctions du *civil contempt* ne peuvent être invoquées qu'à l'égard de la partie désignée dans l'injonction. Néanmoins un tiers peut également être sanctionné, par le biais du *criminal contempt*, s'il aide en connaissance de cause la personne visée par l'injonction à y échapper.

<sup>1093</sup> *Bushby v Munday*, 56 Eng. Rep. (908), 931 (1821) : "If a defendant who is ordered by this court to discontinue a proceeding which he has commenced against the plaintiff, thinks fit to disobey that order, and to prosecute such proceedings, this court does not pretend any interference with the other court; it casts upon the defendant by punishment for his contempt in his disobedience to the order of the court".

<sup>1094</sup> *British Airways Board v Laker Airways Ltd.*, [1984] QB 142, [1983] 3 W.L.R. 544, [1983] 3 All ER 375. De même dans l'affaire des frères Fakh, la Cour s'est contentée de faire saisir les actifs anglais des deux frères lorsqu'il apparut que ceux-ci avaient fait saisir au Sierra Leone un navire appartenant au défendeur, en contravention avec l'injonction décernée par le tribunal anglais. En outre, le juge leur refusa audience sur leur demande de modification des termes de l'injonction : *Fakh Brothers v AP Moiller (Copenhagen) Ltd et al.*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 103.

<sup>1095</sup> En l'espèce, la procédure américaine était paralysée. Pour sortir de cette impasse, l'*amicus curiae* nommé par le tribunal américain a proposé à celui-ci de nommer un 'trustee' ou 'receiver', une personne échappant à la compétence des tribunaux anglais et pouvant donc continuer la procédure : Report of Amicus Curiae, *ILM*, 1984, vol. 23, 596. Cette porte de sortie n'a pas dû en l'espèce être utilisée parce que la Chambre des Lords a peu après annulé l'injonction : *British Airways Board v Laker Airways*, [1985] A.C. 58.

<sup>1096</sup> Sur cette possibilité indirecte de sanctionner l'injonction, le plus souvent sur base de la violation de l'ordre public, *cons.* W. HAU, 200; BRIGGS et REES, 1997, 280, n° 5-38 ("A judgment obtained by a plaintiff in breach of an English injunction cannot be enforced in England"). V. les explications de Waller L.J. dans l'affaire *Phillip Alexander Securities and Futures v Bamberger and Gilhaus*, [1997] Eu.L.R. 87 ("[I]f someone proceeds in breach of, and with notice of, an injunction granted by the English court to obtain judgments abroad, those judgments should not, as a matter of public policy, be recognised in the United Kingdom"). Dans le même sens, C. WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law The New Private International Law of Intellectual Property in the United Kingdom and the European Community*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 511, n° 8-62. Cette sanction est également territoriale et n'a certainement rien d'exorbitante.

<sup>1097</sup> *Cons.* également l'opinion de M. FALLON, *lc.*, *Reu Dr. ULB.*, 1993, (43), 71-72, n° 23, qui conclut qu'"[il] ne semble pas qu'une référence à un principe territorial que consacrerait le droit international public puisse suffire à condamner l'antisuit injunction", adressée à la seule personne du justiciable".

<sup>1098</sup> P. ex. pour l'injonction *Mareva*, H. MUIR WATT, *lc.*, *R.C.D.I.P.*, 1998, 27-50, spéc. pp. 28-32 (cet auteur note que "[l]a coercition que [l'injonction] implique, celle des sanctions attachées au contempt of court, s'exerce à l'égard

constitue un remède strictement *personnel*. Est visé par l'interdiction non pas le tribunal étranger, mais bien le justiciable lui-même qui a saisi ce dernier.<sup>1099</sup>

Les tribunaux insistent lourdement, comme pour anticiper toute critique, sur le caractère *in personam* de l'injonction.<sup>1100</sup> Lord Brougham expliquait ainsi en 1834 que l'exercice de la compétence d'injonction n'entraînait "aucune prétention d'exercice d'un quelconque imperium judiciaire à l'étranger".<sup>1101</sup> L'extra-territorialité est donc le fait de la personne visée et non pas directement du tribunal qui enjoint. Celui-ci peut en quelque sorte se laver les mains sur l'autel de la territorialité sans craindre le blasphème puisque la seule

---

[du] défendeur in personam, sans dépasser les frontières" p. 35) et en général sur l'inutilité du recours à la coopération des autorités judiciaires étrangères pour l'exécution de l'injonction, P. KINSCH, ac, 1994, 133, n° 116.

<sup>1099</sup> Le caractère *in personam* de l'injonction anti-suit, comme de tout remède équitable, peut se comprendre de plusieurs façons. D'un côté l'injonction est dite *in personam* parce qu'elle suppose que le juge statuant en équité examine le comportement de la personne visée. L'équité n'intervient que lorsque les actes du défendeur le requièrent, par exemple lorsque celui-ci exerce un droit dont il est titulaire d'une manière contraire aux bonnes moeurs ('unconscionable'); v. Lord Goff, *Airbus v Patel* : "The focus is [...] on the character of the defendant's conduct, as befits an equitable remedy" ([1998] Lloyd's Rep 637).

Le caractère *in personam* de l'injonction signifie d'autre part qu'avec l'injonction le tribunal vise le défendeur et que c'est donc sur cette personne que le tribunal va agir en cas de violation du commandement (I. SPRY, ac, Sweet & Maxwell, 1990, 30 : "[E]quitable decrees [...] are appropriately said to be in personam, in the sense that they are expressed in such a form that they contain a personal direction to the defendant to perform or abstain from the performance of a particular act").

Enfin, le caractère *in personam* limite également la compétence d'injonction aux seuls justiciables qui sont soumis à la juridiction du tribunal. Sur la distinction entre les différents aspects du caractère *in personam* v. I. SPRY, ac, Sweet & Maxwell, 1990, 26-35 et les réflexions de la Chambre des Lords dans l'affaire *Turner v Grovit*, [2001] UKHL 65, §§ 24-25 et pour l'injonction *Mareva* : H. HANBURY et J. MARTIN, ac, Sweet & Maxwell, 1993, 801-802.

<sup>1100</sup> En ce qui concerne l'injonction aux Etats-Unis, v. *Republic of the Philippines v Marcos*, 862 F. 2d 1355, 1363 (9th Cir) ("because the injunction operates in personam, not in rem, there is no reason to be concerned about its territorial reach". En l'espèce, un juge californien avait octroyé à la République des Philippines une injonction qui interdisait à l'ancien président Marcos de disposer de ses biens, quel que soit leur emplacement).

<sup>1101</sup> Le pouvoir d'injonction est fondé "not upon any pretension to the exercise of [...] judicial rights abroad", *Lord Portarlington v Scully*, [1834] 3 My. & K. 104, 108 ("In truth, nothing can be more unfounded than the doubts of the jurisdiction. That is grounded, like all other jurisdiction of the court, not upon any pretension to the exercise of judicial rights abroad, but on the circumstances of the person of the party on whom this order is made being within the power of the court").

V. également *Bushby v Munday* (1821) Madd. (297), 307, (le tribunal anglais "does not pretend to any interference with the other court, it acts upon the defendant [...]); *Steelman v All Continent Corp.*, 301 U.S. (278), 290-391 (le juge Cardozo écrivait à propos de la partie qui sollicite une injonction que "[h]e is not seeking a writ of prohibition directed to the court itself. [...] What he seeks is an injunction directed to the suitor, and not to any court. [...] We are unable to yield assent to the statement of the court below that 'the restraint of a proper party is legally tantamount to the restraint of the court itself'. The reality of the distinction has illustration in a host of cases", il s'agissait d'une espèce interne); *In Re Unterwieser Reederei GmbH (Zapata Off-Shore Co. V. M/S Bremen and Unterwieser Reederei GmbH)*, 428 F. 2d 888, 892 (CA 5th Cir. 1970) ("Though a domestic court has no power to restrain the courts of a foreign nation, it has admitted power to deal with litigants properly before it. An exercise of the later power is not the assumption of the former"); *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon* [1987] 1 A.C. 59 (C.A.) ("the English court does not attempt to restrain the foreign court, but operates in personam, restraining a party from instituting or prosecuting the suit in the foreign jurisdiction", Robert Goff L.J.); *Lett v Lett*, [1906] 1 I.R. 618, 629 (Irlande) (le juge Potter, M.R., explique que la compétence d'injonction "was founded not on any arrogant assumption of powers in our Courts over foreign tribunals, but upon an undoubted control over the subject of the realm, as a personal right to restrain them from committing injustice by prosecuting inequitable claims [...] wherever asserted").

STORY lui-même faisait la distinction : "A writ of injunction [...] is not addressed to those courts. It does not even affect to interfere with them. The process, when its object is to restrain proceedings at law, is directed only to the parties. It neither assumes any superiority over the court in which those proceedings are had, nor denies its jurisdiction", J. STORY, ac, 14<sup>ème</sup> éd., vol. II, Boston, Little, Brown & Co., 1918, 560-561, § 1195.



pression exercée l'est sur la personne du défendeur. On comprend que Mme. *Muir Watt* parle dans ce contexte de "territorialité contournée".<sup>1102</sup>

**253. Licéité de l'exercice extra-territorial d'une contrainte abstraite** - En apparence, le caractère personnel de l'injonction et l'internalisation de la sanction amènent à conclure que le for qui a recours à l'interdiction de procéder ne prétend pas exercer une quelconque compétence coercitive en dehors de son territoire national. L'injonction constitue toutefois un commandement juridique : le juge qui enjoint dit le droit et entend bien que sa décision soit respectée. A ce titre, la décision d'enjoindre n'est pas exempte de toute contrainte – sinon elle serait d'ailleurs entièrement facultative. Comme d'aucuns l'ont fait remarquer, cette contrainte n'est que purement *intellectuelle*.<sup>1103</sup> En prescrivant au défendeur d'adopter un certain comportement sur le territoire d'un Etat étranger, le juge n'exerce sur ce territoire aucun acte matériel de coercition. Sa décision anticipe bien entendu une mesure d'exécution éventuelle, à défaut d'exécution spontanée. Comme on l'a vu, la particularité des injonctions *in personam* – qui fait leur génie – est toutefois que la sanction éventuelle de l'interdiction est entièrement 'internalisée' : les moyens de contrainte auxquels le tribunal aura recours, ne se déploieront que sur son territoire national.

La seule prétention extra-territoriale qu'on peut imputer au for de l'injonction réside dès lors dans le caractère obligatoire de sa décision, qu'il revendique non seulement pour son propre ordre juridique, mais également pour le territoire étranger. Cette revendication purement abstraite ou intellectuelle ne s'accompagne d'aucune prétention à l'exercice d'une contrainte physique sur le territoire étranger. La question est dès lors de savoir si seule cette dernière est critiquable au regard du droit international, et si celui-ci tolère par conséquent l'exercice extra-territorial d'une contrainte 'abstraite'.

**254. Licéité de l'exercice extra-territorial d'une contrainte abstraite (suite)** - Les avis sont partagés sur cette question quasi métaphysique. *M. Rigaux* adopte par exemple une conception résolument extensive de la notion de contrainte, qui ne saurait selon lui se limiter à ses aspects physiques ou matériels. Déjà en 1977, il écrivait que la contrainte "[...] est trop souvent réduite aux actes matériels d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes".<sup>1104</sup> Plus récemment, s'appuyant sur une analyse ontologique du concept de contrainte dans ses rapports avec le droit, *M. Rigaux* a soutenu qu'"il serait naïf de croire que [les actes de contrainte pure et simple, telles l'arrestation d'une personne ou la saisie d'un bien, épuisent] le contenu de la notion de contrainte".<sup>1105</sup>

Constatant que la sanction de normes juridiques par un "système policé de récompenses ou de rémunérations" peut se révéler bien plus efficace que le recours aux actes matériels d'intimidation, il en déduit qu'"il serait déraisonnable de limiter la coercition au seul exercice effectif d'une contrainte physique immédiate".<sup>1106</sup> Ceci lui permet de suggérer

<sup>1102</sup> *Id.*, R.C.D.I.P., 1998, 32. Pour un autre exemple de 'succédané' de la contrainte, v. Bruxelles, 19 novembre 1996, *Pas.*, 1995, II, 119, qui « débarrassé des complexes de la territorialité » (selon l'expression de MM. BORN, FALLON et VAN BOXSTAEL, 572, n° 302), impose la constitution d'une garantie destinée à se substituer à une saisie conservatoire à l'étranger.

<sup>1103</sup> Pour la distinction entre la contrainte *matérielle* et la contrainte purement *intellectuelle* v. G. CUNBERTI, *oc.*, 2000, 25-27, n° 31-33 (pour qui seule la première est interdite par le droit international); M. FALLON, *Id.*, *Reu Dr. ULB*, 1993, (43), 52, n° 8 et surtout B. STERN, "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", *Ann. fr. dr. int'l.*, 1986, (7), 14-16 et les nombreuses références citées.

<sup>1104</sup> F. RIGAUX, *oc.*, Paris, Pedone, 1977, 312, n° 157.

<sup>1105</sup> Rapport précité, *Ann. Inst. Dr. Intl.*, 1999, (507), 529.

<sup>1106</sup> *Id.*, 532.

que la notion de contrainte est loin d'être univoque. Il propose d'y inclure non seulement l'acte physique de coercition, mais également la menace de l'accomplissement d'un tel acte ou encore l'offre d'une alternative entre deux comportements dont l'un a pour conséquence une peine et l'autre une récompense.<sup>1107</sup> Cette grille d'analyse une fois dégagée, il en conclut qu'"il paraît difficile de dénier à l'injonction relative à la conduite à tenir dans le pays B une nature coercitive, bien que les autorités du pays A n'aient pas le pouvoir – et n'entendent pas se l'arroger – d'exercer un acte de contrainte physique ou matérielle sur aucun territoire autre que le leur".<sup>1108</sup>

L'analyse de M. Rigaux, qui consiste à assimiler la menace de contrainte à son exercice effectif, semble condamner la pratique des injonctions *anti-suït* – même si l'auteur refuse de se prononcer catégoriquement à ce sujet, se contentant de soulever la question de leur contrariété avec le droit international.<sup>1109</sup>

**255. Licéité de l'exercice extra-territorial d'une contrainte abstraite (suite et fin)** - C'est peu dire que cette analyse n'est pas unanimement partagée. A moins de remettre en question la prohibition de l'exercice transfrontière de la contrainte, l'analyse de M. Rigaux conduirait en effet à invalider un grand nombre de pratiques actuelles des Etats. Quand on sait que l'utilisation du pouvoir d'injonction rend de nombreux services aux justiciables en permettant une sérieuse économie de procédures,<sup>1110</sup> l'on hésitera à s'engager dans la voie tracée par M. Rigaux.

On lui préférera au contraire la position plus nuancée défendue par d'autres auteurs.<sup>1111</sup> B. Stern note par exemple que "ce n'est pas parce que des injonctions s'adressent à des personnes qui ne se trouvent pas sur le territoire qu'elles deviennent de ce seul fait des actes exécutés extra-territorialement".<sup>1112</sup> Tout en se refusant à condamner l'injonction lorsque celle-ci se borne à émettre une norme purement intellectuelle, cette doctrine propose de reporter l'analyse sur le terrain de la compétence – la contrariété avec le droit international ne venant pas de l'extra-territorialité de la contrainte, mais plutôt de l'exercice d'une compétence excédant les limites assignées par le droit international.<sup>1113</sup> Toute la difficulté consiste alors à définir avec précision où se situent ces limites.<sup>1114</sup>

En définitive, il est sans doute impossible de trancher la question de façon catégorique. S'il ne fait pas de doute qu'il faut se garder d'adopter une définition exclusivement 'physique' de la contrainte,<sup>1115</sup> on peut douter de la possibilité de s'entendre sur des

<sup>1107</sup> Id., 533-534.

<sup>1108</sup> Id., 533. V. également le paragraphe I-3 du projet de résolution, p. 563.

<sup>1109</sup> Id., 538-539.

<sup>1110</sup> V. la justification avancée par le HR dans l'affaire *Interlas* précitée.

<sup>1111</sup> Notamment B. STERN, *l.c.*, *Ann. fr. dr. int'l.*, 1986, (7), 14-17 et les nombreuses références citées.

<sup>1112</sup> P. ex. B. STERN, *l.c.*, *Annuaire français droit int'l.*, 1986, 15.

<sup>1113</sup> Idem, 14-16.

<sup>1114</sup> Idem, 16-26. On peut également s'interroger sur la question de savoir si l'existence d'un lien raisonnable avec la situation litigieuse, suffit à justifier l'intervention du for, qu'elle quelle soit.

<sup>1115</sup> La Cour d'Appel de Liège a dans une décision récente refusé de faire la distinction entre le commandement que constitue l'injonction et l'exercice de la contrainte (Liège, 6 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, 1728). Dans le cadre d'un litige entre ex-époux portant sur le montant du secours alimentaire postulé par l'ex-épouse, cette dernière avait obtenu du juge des référés belges qu'il ordonne à une banque Luxembourgeoise de produire le relevé complet des comptes dont l'ex-époux était titulaire dans ses livres, sous peine d'une forte astreinte. Sur la tierce opposition de la banque, la Cour d'Appel est revenue sur l'ordonnance, en constatant que l'injonction constitue "à l'égard d'un ressortissant étranger domicilié à l'étranger une mesure coercitive à laquelle ce ressortissant est tenu de se conformer sous peine d'encourir une sanction financière" (p. 1735). Or la seule mesure de coercition consistait dans la menace

critères de compétence à la fois précis et qui permettent de rendre compte de la diversité des pratiques des Etats.<sup>1116</sup> Pour insatisfaisante qu'elle soit, la conclusion de ce débat doit dès lors être que l'injonction *anti-suit* se situe aux confins du licite et de l'illicite en droit international.

Le caractère *in personam* de l'injonction *anti-suit*, qui s'explique par son histoire, l'immunise sans doute contre l'accusation d'exercice à l'étranger de l'imperium judiciaire. Il reste que l'action postulée par l'interdiction touche à la conduite d'une procédure judiciaire étrangère. Il faut dès lors se demander si l'injonction est conciliable avec le respect de la souveraineté étrangère.

## 2. L'INTERDICTION DE PROCEDER ET LA SOUVERAINETE ETRANGERE

**256. Introduction** - L'injonction *anti-suit* contourne la prohibition d'exercice extra-territorial de la contrainte en ne s'adressant qu'au seul défendeur.<sup>1117</sup> *De facto* elle postule toutefois un effet sur la procédure dont le for étranger est saisi. Cet effet constitue même sa raison d'être et son but avoué. Derrière le caractère personnel de l'injonction il y a une (tentative d') interférence, même indirecte, avec la procédure étrangère. On est dès lors en droit de se demander si l'exercice du pouvoir d'injonction ne constitue pas une ingérence indue dans une question qui est de la compétence exclusive de l'Etat visé.

### (A) La réalité d'une interférence

**257. Distinction entre interférence et violation de la souveraineté** - Qu'il y ait interférence n'est pas contesté, pas même par les tribunaux qui se prétendent investis du pouvoir d'injonction. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer le véritable duel qui a opposé les tribunaux américains et anglais dans la saga *Laker Airways*. Ayant vu sa procédure paralysée par l'effet de l'injonction décernée par le juge anglais, le tribunal américain décrit l'effet de cette interdiction dans les termes suivants :

“[le tribunal anglais] a également déclaré [...] que le type d'injonction qu'il a décerné 'ne constitue pas une interférence par un tribunal dans la procédure d'un autre'. Avec le plus grand respect, cette Cour ne peut partager cette opinion. Il ne peut être nié qu'une injonction émanant d'un tribunal et qui

---

d'une astreinte, menace qui n'était en elle-même nullement extra-territoriale. Il est difficile d'admettre que le commandement adressé à la banque constituait en lui même une atteinte à la souveraineté du Luxembourg comme semble le suggérer la Cour. Si violation du droit international il y avait, ce n'est pas tant en raison de l'exercice extra-territorial de la contrainte, absente en l'espèce, mais bien plus par la revendication de compétence dans le chef du tribunal belge à l'égard d'une banque domiciliée au Luxembourg, pour des activités bancaires déployées au Luxembourg. Sur la distinction entre les deux, cf. B. STERN, *loc. cit.*, 1986, (7), 14.

<sup>1116</sup> Un autre exemple délicat est celui de la signification d'une citation. Lorsqu'un Etat prétend signifier directement à une personne domiciliée dans un autre, une invitation à comparaître devant un de ses tribunaux, on acceptera volontiers qu'il y a exercice de la compétence d'exécution, et donc violation du droit international, si l'Etat envoie pour ce faire un de ses huissiers de justice procéder à la signification. En va-t-il toutefois de même lorsque la signification prend la forme de l'envoi d'une lettre recommandée? C'est ce qu'a décidé un tribunal américain, *F.T.C. v Compagnie de Saint-Gobain-Pont-à-Mousson*, 636 F.2d 1300, 1315-1318 (D.C. 1980). V. également Cass. fr., 29 nov. 1973, *R.C.D.I.P.*, 1974, 694, note B. COUCHEZ (la Cour casse une décision par laquelle un juge français invitait un juge espagnol par commission rogatoire à poser un acte d'exécution).

<sup>1117</sup> *Adde* sur ce 'contournement', H. MUIR WATT, « L'exécution du contrat dans un contexte international », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, M. FONTAINE et G. VINEY (éds.), Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2001, (789), 795.

interdit à une partie de participer plus avant à la procédure dont est saisie cette cour, comme l'ordonne la décision du tribunal anglais [...] constitue autre chose qu'une interférence directe avec la procédure dont est saisie cette cour [...]".<sup>1118</sup>

Au-delà du véritable tour de passe-passe que constitue le caractère strictement personnel de l'injonction, il est difficile de nier la réalité de l'interférence. Comme l'observe M. McLachlan, "*this in personam tag is a bit of a fiction*"<sup>1119</sup> - une analyse qui est partagée par la majorité des auteurs.<sup>1120</sup> La question est de savoir si cette intervention dépasse les limites

<sup>1118</sup> *Laker Airways Ltd. v Pan American Airways et al.*, 559 F. Supp. 1124, 1128 (D.D.C. 1983) : "[le tribunal anglais] has also stated [...] that the type of injunction he issued 'does not represent an interference by one court with the proceedings of another'. With utmost respect this Court must differ. It can hardly be said that an order which, for example, directs a party not to file further papers in this Court, as did the order of the British court [...] is anything other than a direct interference with the proceedings in this Court". Remarquons que cette lucide analyse n'a pas empêché le tribunal américain d'interdire à son tour aux défendeurs de poursuivre la procédure anglaise.

La jurisprudence témoigne d'une belle unanimité sur cette question, v. p. ex. dans la même affaire *Laker*, l'observation de la Chambre des Lords selon laquelle les injonctions constituent "however disguised and indirect, an interference with the process of justice in the foreign court" : *British Airways Board v Laker Airways Ltd.* [1985] A.C. 58, 95 et celle de la Cour d'Appel américaine, *Laker Airways v Sabena Belgian World Airlines* 731 F. 2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984) ("Injunctions operate only on the parties within the personal jurisdiction of the courts. However, they effectively restrict the foreign court's ability to exercise its jurisdiction"); *Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] 3 All ER 519 (une injonction "indirectly affects the foreign court" et le Privy Council d'en déduire qu'il faut utiliser les injonctions avec réserve); *Compagnie des Bauxites de Guinée v Insurance Co. of N. Am* 651 F. 2d 877, 887 (3<sup>rd</sup> Cir. 1981) ("there is no difference between addressing an injunction to the parties and addressing it to the foreign court itself" et le juge de poursuivre : "Enjoining the parties necessarily affects the court and compromises the comity which the federal court owes to courts of other jurisdictions"); *CSR v Cigna* 146 ALR 402 at 435 ("it nevertheless interferes with the process of the foreign court and may well be perceived as a breach of comity by that court"); *China Trade & Development v M.V. Choong Yong* 837 F. 2d 33, 35-36 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987) ("The fact that the injunction operates only against the parties and not directly against the foreign court, does not eliminate the need for due regard to principles of international comity [...] because such an order effectively restricts the jurisdiction of the court of a foreign sovereign"); *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 at 1354 (6<sup>th</sup> Cir. 1992); *Canadian Filters (Harwich) Ltd. v Lear Siegler, Inc.* 412 F. 2d 577, 578 (1<sup>st</sup> Cir. 1969); *South Carolina Insurance v De Zeven Provinciën Assurantie N.V.*, [1987] AC (24), 40 ("It involves interference with the process of the foreign court concerned"); *Phillip Alexander Securities v Bamberger and Gilbaus* [1997] EuLR 79 (Cour d'Appel prend argument, pour refuser de maintenir l'injonction accordée en première instance, de la réaction du tribunal allemand visé en notant que "the German court is offended by the grant of an injunction and does regard it as an interference"); *Ambem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.* [1993] 102 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 96, 105 ("While the restraining order operates in personam on the plaintiff in the foreign suit and not on the foreign court itself, it has the latter effect and therefore raises serious issues of comity" et plus loin, "I do not agree that because an anti-suit injunction does not directly operate on the foreign court but *in personam* on the plaintiff in that court, comity is not involved. [...] whatever the form of the restraint, the court whose proceedings is effectively restrained regards it as an interference with its jurisdiction").

Adde l'observation de M. Lowenfeld à propos de l'injonction *Mareva*, selon laquelle "All I really know is that slogans like 'Equity acts in personam' [...] do not begin to address the conflicting values of security, sovereignty, reliance and fairness that emerge in a kaleidoscope of variations" : A. LOWENFELD, "Injunctions Across National Frontiers: A Tale of Two Cities", *Am Rev Int'l Arb.*, 1992, (3), 15.

<sup>1119</sup> C. MCLACHLAN, "Extraterritorial Orders Affecting Bank Deposits...", *l.c.*, 53.

<sup>1120</sup> P. ex. L. COLLINS, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Recueil des Cours*, 1992-III, t. 234, 141 ("The theory has always been that the exercise of this power does not involve interference with the jurisdiction of the foreign court [...]. It is now, however, recognized that one of the reasons for the caution with which the jurisdiction must be exercised, is that it involves interference with the process of the foreign court concerned"); *Dacey & Morris*, 12<sup>ème</sup> éd. 1993, I, 408 ("the remedy is an indirect interference with the process of the foreign court"); P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 5 ("it must be admitted that, although the injunction only operates *in personam* against a party to the foreign proceedings, it can, if effective, sometimes operate as an interference, albeit indirect, with the process of a foreign court"); G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Trans. L.*, 1990, 589 ("That anti-suit injunctions are addressed to private persons within the jurisdiction of the enjoining court (operating against them in personam) rather than directly to the foreign court whose proceedings are at issue, does not substantially lessen the element of conflict"); T. C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 506 ("in theory, an antisuit injunction does not interfere with a foreign court because it operates *in personam* [...] this argument is sophistry"); L. E. TEITZ, "International Litigation, I, Parallel Proceedings/Antisuit Injunctions", *Intl. Lawyer*, 1997, (317), 317-318 ("While the injunctive relief is technically against the parties rather than the foreign court, the impact and the offense to the other court's jurisdiction and sovereignty is as obvious"); A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *l.c.*, 248-250 ("enjoining a party from

de ce qui est internationalement acceptable. C'est ce qu'a conclu le tribunal allemand qui a refusé dans l'affaire *Philipp Alexander* de faire procéder à la signification de la décision anglaise accordant une injonction. Le motif invoqué pour justifier ce refus était en effet pris de la violation de la souveraineté allemande.<sup>1121</sup> On va voir que cette analyse pêche par manque de nuance.

**258. Une interférence aux confins de la licéité internationale** - On s'accorde pour reconnaître que si l'injonction visait directement le tribunal étranger, elle constituerait une atteinte intolérable à la souveraineté de l'Etat<sup>1122</sup> - même si la violation de la souveraineté étrangère serait difficilement sanctionnable. En l'absence de volonté d'atteindre directement le juge étranger, il est difficile de poser de façon absolue que l'injonction viole la souveraineté de l'Etat visé.<sup>1123</sup> Certes l'injonction antisuit se distingue d'une

---

pursuing litigation in a foreign court is highly intrusive and offensive to the foreign court and foreign nation" et plus loin "Antisuit injunctions offend basic international notions of sovereign equality, respect for diversity and pluralism and mutual toleration and accomodation"; S. CROMIE, *ac*, 1997, 439 ("inevitably an interference with the proceedings of a foreign court"); CHESHIRE et NORTH, 1999, 268 et 360 ("although the claim is directed at a person there is, nonetheless, an implicit interference with the jurisdiction of a foreign court whenever an English court grants an injunction restraining foreign proceedings"); A. BRIGGS et P. REES, 1997, 280, n° 5-38 ("The issue of an anti-suit injunction is a very intrusive matter"); W. BINCHY, *Irish Conflicts of Law*, Butterworths, 1988, 170 ("[...] the injunction, although it binds only the defendant, has the effect of preventing a foreign court from entering on or proceedings with a litigation within its jurisdiction"); J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad : The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, (205), 211 ("If the person against whom the injunction is directed obeys it [...] the foreign court is balked in its ability to pronounce upon the merits of the case and produce a judgment"); J. H. C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 4ème éd., par D. MCLEAN, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, 98 ("This is not a case of attempting to dictate to the foreign court, for the injunction is not to the court but to the party. The effect, nonetheless, is to interfere with proceedings in another jurisdiction [...]").

<sup>1121</sup> Comme le permet l'article 13 de la Convention de La Haye de 1965 : OLG Düsseldorf, 10 octobre 1996, *IPRax*, 1997, 176; *Z.Z.P.*, 1996, 221; *EuZW*, 1996, 351 et les commentaires de J. HARRIS, "Restraint of Foreign Proceedings : the View from the Other Side of the Fence", *Civil Justice Quarterly*, 1997, 283-289. *Comp.* cependant les observations critiques de M. LENENBACH, *lc*, *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, (257), 319-321 et de R. STÜRNER, *Z.Z.P.*, 1996, (224), 232 (ces auteurs mettent en doute la légitimité du recours à l'article 13(1), la souveraineté de l'Etat requis n'étant pas selon eux en jeu).

*Adde* sur la question de la signification d'une injonction anti-suit, M. MAACK, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 58-133.

<sup>1122</sup> F. RIGAUX, *ac*, *Recueil des cours*, 1989-I, t. 213, 81-82, n° 57 ("L'autorité d'un Etat ne peut adresser d'injonction à l'organe d'un autre Etat [...]"); H. SCHACK, 1996, 302, n° 770 ("Ein solcher Eingriff wäre völkerrechtswidrig"); W. HAU, "Zustellung ausländisches Prozeßführungsverbote", *IPRax*, 1997, (161), 163 ("Eine Anweisung an ein ausländisches Gericht, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen, wäre eine erhebliche Souveränitätsverletzung", et renvoie à M. GEIMER, *ZfRV*, 1982, (321), 338 ("Völkerrechtswidrig"). Dans le même sens, LENENBACH, *lc*, *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 293 ("Antisuit injunctions can be directed at either the foreign court or at the party suing in the foreign forum. If the injunction orders the foreign court not to exercise its judicial authority, it is an intervention in the internal affairs of the foreign sovereign").

On doit dès lors approuver la décision du tribunal de Termonde qui s'est déclaré sans pouvoir de juridiction pour statuer sur la demande d'interdiction d'une procédure américaine de 'pre-trial discovery' (Prés. Comm. Termonde (réf.), 3 janvier 2000, *R.W.*, 2001, 1095 et les observations de M. NEUT; *R.D.C.B.*, 2000, 242 et nos commentaires). En l'espèce le demandeur prétendait obtenir du tribunal belge qu'il ordonne la cessation de toute mesure d'instruction entreprise dans le cadre d'une procédure pendante devant un tribunal américain, sans préciser si l'injonction qu'il sollicitait visait le demandeur à l'étranger ou le tribunal américain. Sagement, le président s'est abstenu de faire droit à la demande d'abstention en se réfugiant derrière la souveraineté du for étranger.

<sup>1123</sup> *Comp.* P. GOTTWALD, *lc*, in *Festschrift für W. J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6 April 1989*, W. F. LINDACHER et al. (éds.), Verlag E. & W. Gieseking, 1989, (119), 122-123 (l'auteur dénonce la fiction du caractère *in personam* de l'injonction et conclut que l'injonction constitue "ein Eingriff in die Justizhoheit des Staates, die mit der Pflicht zur gegenseitigen Achtung (comity) nicht vereinbar ist") et de Y. FURUTA, *lc*, *Pacific Rim Law & Policy J.*, 1995, (1), 47 (qui explique que "such an interference with foreign courts shall constitute a violation of foreign sovereignty [...] Antisuit injunctions, though addressed to the parties and not to the foreign court itself, threaten the foreign judicial sovereignty. When an antisuit injunction is issued, the foreign court is deprived of the opportunity to exercise its jurisdiction"), avec l'opinion plus nuancée de J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 66 ("Gewißt ist eine mittelbare Einflußnahme auf eine ausländisches Prozeßführungsverhältnis kein Völkerrechtlich unzulässiger Eingriff in die ausländische Gerichtsbarkeit, da die Entscheidungsbefugnis der

simple interdiction adressée à un justiciable de disposer de ses avoirs, cette dernière ne mettant pas directement en cause le déroulement d'une procédure judiciaire étrangère. Il est cependant difficile d'invoquer à l'égard de l'injonction *anti-suit* une éventuelle violation de l'interdiction de l'intervention d'un Etat dans les affaires d'autrui.<sup>1124</sup>

S'il demeure difficile de s'entendre sur le contenu précis de ce principe,<sup>1125</sup> on s'accorde généralement pour dire qu'il vise à sauvegarder la libre décision des Etats dans les matières qui les intéressent le plus directement.<sup>1126</sup> C'est ainsi que chaque Etat souverain possède une prérogative exclusive pour régler le fonctionnement de ses propres tribunaux comme il l'entend. Comme la Cour Internationale l'a relevé, pour constituer une violation l'intervention d'un Etat "doit [...] porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des Etats permet à chacun de se décider librement. Il en est ainsi des choix du système politique, économique, social et culturel et [...] de la formulation des relations extérieures".<sup>1127</sup> Or l'injonction *anti-suit* ne remet certainement pas en cause l'organisation même du système judiciaire visé. Si chaque Etat est en droit de revendiquer une complète autonomie dans la façon dont il entend mener sa 'barque' judiciaire, on conviendra que l'injonction ne vise pas à saborder cette embarcation, ni à en changer radicalement le cap. Tout au plus peut-on parler d'une pression indirecte dans une espèce donnée, à l'instar d'un moustique qui viendrait agacer le passager l'espace d'une traversée...

**259. Une interférence aux confins de la licéité internationale (suite) - Une analogie avec la compétence législative peut illustrer notre propos : on doit admettre que le droit international ne pourrait tolérer qu'un Etat prétende se prononcer sur la validité d'une loi étrangère.<sup>1128</sup> Il est plus difficile de condamner un Etat qui tenterait d'influencer le processus législatif d'un autre pour obtenir qu'une loi donnée ne soit pas acceptée. Pour autant que les moyens utilisés pour ce faire soient eux-mêmes licites, une telle interférence ne doit pas nécessairement craindre la sanction du droit international. Il en va sans doute de même pour l'injonction *anti-suit*.<sup>1129</sup>**

---

ausländischen Gerichte unangetastet bleibt"). *Adde* également les auteurs cités par P. KINSCH, *op. cit.*, 1994, 132, note 21.

<sup>1124</sup> Sur ce principe général du droit international, v. p. ex. la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations pacifiques et la coopération entre les Etats, Rés. 2625 (XXV) du 24 oct. 1970.

<sup>1125</sup> Sur ces difficultés, v. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 144.

<sup>1126</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, 2000, 145. V. C.I.J., *Affaire des activités militaires et para-militaires au Nicaragua*, 27 juin 1986, *Rec.*, 108 et les commentaires de P. M. EISEMANN, *Annuaire Fr. Droit Int'l.*, 1986, 153-191.

<sup>1127</sup> C.I.J., affaire du Nicaragua précitée, 108, § 205. *Cors.* également le projet de résolution de l'Institut de Droit International, Dix-Neuvième Commission, paragraphe III-1, qui rappelle que "le principe de souveraineté [...] devrait protéger [l'Etat] contre toute immixtion des autres Etats dans le choix de son régime économique et social", (Rapport précité, *Ann. Inst. Dr. Intl.*, 1999, 564).

<sup>1128</sup> Comme le note p. ex. F. A. MANN, *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 138-139.

<sup>1129</sup> L'analogie que tente Mme. *Muir Watt* avec la reconnaissance d'une décision étrangère ne paraît par contre pas convaincante. Selon cet auteur (H. MUIR WATT, "Harcèlement sur harcèlement ne vaut (des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen)", *Reu Gen. Procédures*, 1999, (747-763), 758-759, l'argument tiré de la violation de l'exclusivité des compétences étatiques en matière d'organisation du pouvoir judiciaire n'est pas pertinent car l'injonction n'a pas plus pour objet le fonctionnement de la procédure étrangère que le refus opposé par un Etat à la reconnaissance des jugements d'un autre. Si comparaison il y a sur ce terrain, c'est non pas avec le simple refus de donner effet à une décision étrangère, dont personne ne contestera la légitimité, mais bien avec l'injonction interdisant au créancier du jugement de l'invoquer à son profit dans le for ou dans un Etat tiers, ce qui va déjà plus loin. Ce type particulier d'injonction se rencontre dans la jurisprudence américaine, v. p.ex. *Dobson v Dobson*, 12 N.Y. 156 (1854) (les tribunaux de New York donnent suite à une injonction accordée par les tribunaux du Connecticut, interdisant à une partie de se prévaloir d'un jugement rendu par les tribunaux de New York!). En général, W. L. M. REESE, "Full Faith and Credit to Foreign Equity Decrees", *Iowa L. Rev.*, 1957, (183), 196-197.

Quand on sait que l'intervention indirecte que constitue l'injonction porte la plupart du temps sur des litiges mettant en jeu des intérêts exclusivement privés, on acceptera volontiers qu'il est difficile de prétendre que le principe de souveraineté – aux contours au demeurant fort vagues – est violé.<sup>1130</sup>

On peut dès lors assimiler l'exercice du pouvoir injonctif dans ces circonstances à une 'égratignure' inhérente à la nature concurrente des compétences internationales.<sup>1131</sup> On constate d'ailleurs que les tribunaux anglais et américains ont eu recours à l'injonction dans de nombreuses espèces, sans que cette pratique fasse l'objet de dénonciation ou de protestation dans le chef des Etats visés.<sup>1132</sup> L'absence de réaction tend à confirmer l'existence d'une certaine tolérance de la communauté internationale pour le recours au pouvoir d'injonction.<sup>1133</sup> Il est naturellement difficile de dessiner avec précision la frontière entre le comportement illicite et celui qui pour être indelicat, n'en reste pas moins tolérable.<sup>1134</sup>

Au mieux l'injonction appartient-elle à cette zone grise, typique du droit international, dont les formulations vagues et l'absence de mécanismes de sanction directs relèguent

<sup>1130</sup> Il en irait tout autrement si un tribunal prétendait *annuler* purement et simplement la décision rendue par un autre. Certes, ici encore il n'est pas question d'une remise en question complète du système judiciaire étranger mais d'une simple interférence ponctuelle. L'attaque n'est toutefois plus indirecte, mais bien frontale, puisqu'il s'agit de défaire ce que le tribunal étranger a fait, de censurer l'acte de la justice étrangère. Le principe de souveraineté ne saurait souffrir une telle interférence, comme le notent F. RIGAUX (a.c., *Recueil des cours*, 1989-I, t. 213, 81-82, n° 57) et M. FALLON (l.c., *Reu Dr. ULB.*, 1993, 54, n° 9).

On constate d'ailleurs que les tribunaux refusent de s'aventurer dans de telles démarches (p. ex. Trib. Utrecht, 9 novembre 1949, *N.J.*, 1950, n° 497 (le tribunal refuse d'annuler une décision étrangère); TGI Paris, 29 juin 1988, *R.C.D.I.P.*, 1990, 338, note B. ANCEL (le tribunal constate en obiter dictum que "les tribunaux français ne peuvent prononcer la nullité d'un jugement étranger").

Les tribunaux répugnent également à autoriser la mainlevée d'une saisie conservatoire autorisée par un juge étranger (TGI Paris, 29 juin 1988, *R.C.D.I.P.*, 1990, 338, note B. ANCEL (décision rendue dans l'affaire de *Dampierre*, supra n° 5. Le tribunal français déclare qu'il n'a pas le pouvoir de lever les mesures conservatoires prises par les juges anglais et américains); Cass. fr. 12 mai 1931, *S.*, 1932, 1, 137, note NIBOYET; *J.D.I.*, 1932, 387, note PERRAUD (la Cour casse une décision d'un tribunal qui s'était reconnu compétent pour connaître d'une action en mainlevée d'une saisie-arrêt effectuée à l'étranger. La Cour évoque pour ce faire le principe de "la souveraineté et de l'indépendance respective des Etats [...]"); TGI Lyon, 4 mai 1993, *D.*, 1994, 55, note REMERY. V. également P. KINSCH, a.c., 1994, 138, note 45, qui approuve ces décisions en notant que "pareille immixtion dans le fonctionnement d'un service public étranger pourrait effectivement être contraire aux principes de l'indépendance et de la souveraineté respectives de l'Etat [...]").

<sup>1131</sup> *Comp.* HAU, 215-216 qui propose de faire une distinction selon que l'injonction vise une procédure déjà entamée ou au contraire à venir. Il conclut que seule la première hypothèse pourrait éventuellement être qualifiée de violation du droit international.

M. Fallon souligne que puisque l'injonction est adressée à un particulier et ne prétend à aucune portée juridique en dehors du territoire national, elle n'est sans doute pas contraire au droit international (M. FALLON, l.c., *Reu Dr. ULB.*, 1993, (43), 83, n° 33). Il réserve toutefois l'hypothèse dans laquelle l'injonction aurait pour effet de contrecarrer le jeu des règles de compétence internationale du for, pour autant que celles-ci soient d'ordre public. Dans ce cas, c'est le droit national qui s'opposerait à l'injonction. La sanction ne pourrait dès lors intervenir qu'a posteriori et non priver le for de sa compétence d'injonction.

<sup>1132</sup> Même si certaines affaires, et en particulier la saga *Laker Airways*, ont vu des réactions outrées des tribunaux visés.

M. KINSCH note justement que les rares exemples de protestation ne visaient pas tant la pratique en elle-même des injonctions extra-territoriales, mais bien l'exercice contestable d'une compétence à l'égard d'un défendeur ne présentant que peu de liens avec le for (a.c., 1994, 134, n° 116).

<sup>1133</sup> *Comp.* LENENBACH, l.c., *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, 1998, (257), 295 : "there is no customary international law between the US, England and Germany which precludes the use of anti-suit injunctions".

<sup>1134</sup> Mme. *Muir Watt* indique que le pouvoir injonctif n'est pas nécessairement mis au service d'intérêts strictement nationaux, il peut également servir des intérêts universellement partagés (l.c., *Reu gén. proc.*, 1999, 759-760). Si l'intervention dans la justice étrangère que constitue l'injonction viole la souveraineté étrangère, on peut douter que le 'bon samaritanisme' du for de l'injonction puisse justifier l'intervention.



une série de comportements aux frontières entre l'interdit et la tolérance mêlée de suspicion.<sup>1135</sup>

(B) Le devoir de prudence

260. *La comitas gentium* comme limite au pouvoir d'injonction - S'agissant d'un instrument aux confins de la licéité internationale, le recours à l'interdiction de procéder doit s'accompagner d'une obligation de *prudence*.<sup>1136</sup> Les tribunaux anglais et américains semblent être pleinement conscients du devoir de réserve qu'impose le droit international. Concrètement, ils déduisent cette obligation d'une référence aux nécessités de la 'courtoisie internationale' dont l'injonction constitue la négation. On retrouve ainsi dans la plupart des décisions un appel à limiter le recours à l'injonction aux circonstances les plus exceptionnelles,<sup>1137</sup> même s'il faut bien constater qu'en pratique l'incantation rituelle à une certaine circonspection ne pèse pas toujours d'un grand poids.

La jurisprudence récente montre d'ailleurs un attachement plus que formel à la courtoisie internationale. On a déjà mentionné la décision de mettre fin au parallélisme traditionnellement maintenu entre l'injonction et le 'stay' (*supra*, n° 223). La Chambre des Lords a justifié cette séparation par la nécessité de ne pas porter atteinte à la courtoisie internationale.<sup>1138</sup> Plus récemment, la même juridiction a dans l'affaire *Airbus* lourdement insisté sur le respect dû aux procédures étrangères.<sup>1139</sup> Même si en l'espèce la décision a approuvé le principe d'une nouvelle extension du pouvoir injonctif, l'hommage payé à la courtoisie internationale par la Chambre des Lords est loin d'être purement formel. L'invitation constamment répétée à la parcimonie constitue une forme d'autocensure qui montre que l'impératif de prudence a été intériorisé. Le concept même de courtoisie internationale, auquel les tribunaux font référence, reflète d'ailleurs la nature ambiguë de l'injonction *anti-suit* au regard du droit international. L'imprécision de la notion de *comitas gentium*, qui balance entre simple courtoisie et obligation naturelle acceptée

<sup>1135</sup> Comp. A. BERTELE, *Souveränität und Verfahrensrecht. Eine Untersuchung der aus dem Völkerrecht ableitbaren Grenzen staatlicher extraterritorialer Jurisdiktion im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 547 : "Völkerrechtslicht ist die injunction [...] ein Grenzfall. Theoretisch kann man sie mit ihrer in personam Qualität rechtfertigen, praktisch beinhaltet sie einen schweren Eingriff in die Durchführung eines ausländischen Gerichtsverfahrens. Da sie jedoch in den common law Ländern mit einiger Vorsicht allgemein verwandt wird, kann man kaum von einem allgemeinen völkerrechtlicher Verbot der injunction sprechen". V. également les doutes exprimés par D. JASPER, *Forum shopping in England und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 80.

<sup>1136</sup> Dans le même sens pour l'injonction extra-territoriale en général, H. MUIR WATT, *loc. cit.*, R.C.D.I.P., 1998, 32 et 46-49.

<sup>1137</sup> *Castanho v. Brown and Root (UK), Ltd.*, [1981] AC 557 ("Caution in the exercise of the jurisdiction is certainly needed"); *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.* [1985] AC 58 at 95; *South Carolina Insurance Co v. "De Zeven Provinciën" Assurantie NV* [1987] AC 24 at 40; *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, 892; *Bank of Tokyo, Ltd. v. Karoon*, [1987] 1 A.C. 59 ("the jurisdiction must be exercised with extreme caution", par Robert Goff L.J.); *Airbus Industrie GIE v. Patel*, [1998] 1 Loyd's Rep. 637; *Ambem*, 116; *Gau Shan Co, Ltd. v. Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349 at 1354 ("be issued sparingly and only in the rarest of cases"); *Seattle Totems Hockey Club v. National Hockey League*, 652 F. 2d 852, 855 (9th Cir. 1981); *Philip v. Macri*, 261 F. 2d 945, 947 (9th Cir. 1958); *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984) ("only in the most compelling circumstances"). V. aussi dans la doctrine par exemple *Cheshire and North*, Butterworths, Londres, 1992, 242 ("the power must be exercised with caution") et Dicey & Morris, 11ème éd., 396, rule 33 ("Great caution must be applied before the jurisdiction to grant an injunction should be exercised").

<sup>1138</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] AC 879, 895, [1987] 3 All ER 510, 522.

<sup>1139</sup> V. les commentaires de R. FENTIMAN, "Comity and Antisuit Injunctions", *C.L.J.*, 1998, 467-469 (l'auteur souligne que "respect for comity has become a real consideration [...]").



volontairement,<sup>1140</sup> en fait le véhicule idéal pour exprimer les réserves des tribunaux sans condamner de façon absolue l'exercice du pouvoir.

261. **Condition du for naturel et du lien suffisant** - Les tribunaux anglais n'en sont pas restés à cette première forme, très générale, d'autocensure. La jurisprudence anglaise a en effet, au contraire de l'évolution constatée aux États-Unis, opéré un resserrement des conditions de compétence requises pour l'exercice du pouvoir injonctif. Depuis la décision *Aéropatiale*, il est établi que le tribunal ne s'arrogera le droit d'interdire une procédure étrangère que s'il constitue le 'for naturel' pour connaître de la cause (*supra* n° 223). Cette condition garantit l'existence d'un lien substantiel entre le for de l'injonction et la contestation. Même si la Chambre des Lords s'est vue obligée, presque à contrecœur, d'envisager un assouplissement de cette condition dans l'affaire *Airbus*, elle n'a pas manqué de continuer à exiger que le for possède un *lien suffisant* pour justifier qu'il s'érige en arbitre d'un litige.<sup>1141</sup>

Cette évolution montre que les tribunaux anglais semblent être pleinement conscients de la nécessité d'éviter l'abus de souveraineté que constituerait le recours à l'injonction en l'absence d'un rattachement substantiel entre le litige et le for. On rejoint ainsi l'analyse de la doctrine la plus moderne qui suggère d'abandonner la distinction fondée sur la territorialité du comportement visé pour lui préférer une approche s'en tenant à la nature et à la qualité du lien existant entre l'auteur du commandement et la personne ou la situation visée (*supra*, n° 249). Il reste à déterminer si les limites que les tribunaux anglais s'imposent de respecter sont conformes à ce que l'on est en droit d'exiger au regard du droit international. Si l'on s'accorde en effet pour dire que l'exercice du pouvoir d'injonction tomberait dans le champ de l'illicite si la compétence internationale du tribunal n'était pas solidement établie,<sup>1142</sup> un certain flou subsiste sur les limites internationales de la compétence judiciaire (*supra* n° 33).<sup>1143</sup> On peut dès lors espérer que les tribunaux vérifieront dans chaque espèce que l'exercice extra-territorial d'une compétence d'injonction repose sur une assise solide.<sup>1144</sup>

<sup>1140</sup> Sur cette notion en général, v. C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé avec Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987, 159-177 et 179-193 pour le rôle de ce concept dans la théorie américaine de reconnaissance des jugements étrangers. V. également J.R. PAUL, "Comity in International Law", *Harvard Int'l L. J.*, 1991, 1-77.

<sup>1141</sup> *Supra* n° 225 On peut regretter l'assouplissement toléré par la Chambre des Lords et douter d'ailleurs que ce nouveau développement soit conforme aux exigences du droit international. Toujours est-il que les conditions posées par la Chambre des Lords seront rarement remplies, l'extension du pouvoir d'injonction paraît purement théorique.

<sup>1142</sup> P. KINSCH, *oc*, 1994, 137-138, n° 117; H. MUIR WATT, *Lc*, *R.C.D.I.P.*, 1998, 41-46, n° 17-22. En général, F. A. MANN, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des cours*, 1964-I, (43), 46-47, l'Etat peut exercer une compétence extra-territoriale à condition que le litige présente un lien suffisant avec le for.

<sup>1143</sup> On distingue traditionnellement la compétence fondée sur un rattachement au territoire de la compétence fondée sur un lien avec les personnes visées. A côté de ces deux catégories traditionnelles, il est parfois référence à la compétence fondée sur la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat ou de la communauté internationale ou encore la compétence tirée de l'organisation des services publics. Le principe de la personnalité passive, qui autorise une revendication de compétence par référence à la nationalité de la victime, ne semble pas être d'une grande utilité en matière civile.

<sup>1144</sup> L'existence d'une compétence internationalement reconnue n'exonère pas le for de toute obligation. Le droit international pose également des limites au *contenu* même de l'injonction extra-territoriale. Ainsi on enseigne généralement que la compétence extra-territoriale ne peut être exercée en vue d'obtenir l'accomplissement d'un acte illicite au regard de l'ordre juridique local. Si la revendication de la compétence est alors légitime, son exercice ne l'est pas. Voyez p. ex. H. MUIR WATT, *Lc*, *R.C.D.I.P.*, 1998, 46-49 et en général, P. KINSCH, *oc*, 1994, spéc. 138-147.

V. cependant Liège, 6 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, 1728 (une banque luxembourgeoise reprochait à la décision entreprise de l'avoir obligé à divulguer certaines informations relatives à un compte bancaire, ce qui lui était interdit par la législation luxembourgeoise sur le secret bancaire. Dans une décision dont on regrettera la

262. **Absence de violation du droit international** - En définitive, il semble que le recours à l'injonction *anti-suit* ne constitue pas nécessairement une violation du droit international. Tout au plus l'injonction risque-t-elle de froisser l'Etat étranger, ce qui devrait inciter l'Etat émetteur à une certaine réserve, et le conduire à accepter sa compétence qu'en présence d'un lien suffisant avec le litige. Il reste maintenant à vérifier la conformité du mécanisme au droit fondamental à un procès équitable.

### 3. L'INTERDICTION DE PROCEDER ET LE DROIT AU PROCES EQUITABLE

263. **Une violation du droit d'accès au juge ?** - On a parfois opposé à l'injonction *anti-suit* le droit à un procès équitable, garanti notamment par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et plus particulièrement le droit d'accès effectif à un tribunal.<sup>1145</sup> L'argument a par exemple été invoqué par le tribunal de première instance de Bruxelles à l'appui de l'ordonnance rendue dans l'affaire *Lemond*. Selon le président du tribunal, l'interdiction de procéder prononcée par le tribunal américain violait le droit d'accès à la justice consacré par l'article 6, disposition qui appartient selon le juge à l'ordre public international belge.<sup>1146</sup>

A première vue on peut effectivement avoir des doutes sur la compatibilité du mécanisme de l'interdiction de procéder avec le droit d'accès à un tribunal.<sup>1147</sup> En ordonnant au défendeur d'abandonner la procédure qu'il a engagée, l'injonction ne constitue-t-elle pas la négation de ce droit? Deux éléments de réponse permettent d'écarter la plupart des doutes sur une éventuelle violation de l'article 6. Avant de les examiner il convient de rappeler que cette disposition ne s'impose qu'aux Etats parties à la Convention. On ne peut dès lors, comme l'a fait le tribunal de Bruxelles dans l'affaire *Lemond*, invoquer une violation de cette disposition dans le chef des autorités américaines en leur reprochant d'avoir cherché à mettre fin à une procédure par le biais d'une injonction personnelle. Ceci reviendrait à imposer le respect du droit à un procès équitable à un Etat qui n'a souscrit à aucune obligation à cet égard.<sup>1148</sup> Bien sur la Convention européenne n'a pas le monopole du droit à un procès équitable. On va voir

---

motivation confuse, la Cour refuse de s'incliner devant le droit luxembourgeois en notant que l'ordre public international belge impose au juge belge de statuer sur base de tous les éléments de la cause. Si l'extra-territorialité de l'injonction n'est pas contestable, son contenu est en l'espèce sans doute plus criticable.

<sup>1145</sup> P. ex. E. JAYME et CH. KOHLER, "Europäisches Kollisionsrecht 1995. Ein Dialog der Quellen", *IPRax*, 1995, (405), 412 ainsi que W. HAU, "Zustellung ausländischer Prozessführungsverbote ...", *IPRax*, 1997, (161), 163 (injonction est "incompatible" ("unvereinbar") avec l'article 6). V. également la décision de la Cour d'Appel de Düsseldorf, dans l'affaire *Phillip Alexander*, OLF Düsseldorf, 10 octobre 1996, *Z.Z.P.*, 1996, 221 (la Cour appuie son refus de faire procéder à la signification de la décision anglaise non seulement sur la violation de la souveraineté allemande, mais également sur la garantie constitutionnelle d'accès à la justice).

<sup>1146</sup> Trib. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-91, 676. V. les observations de M. FALLON, "L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale", *Ann. Dr. Louvain*, 1994, (373), 392, n° 26 et de H. VAN HOUTTE, "Les injonctions anti-suit", in *L'efficacité de la procédure civile*, G. DE LEVAL et M.-T. CAUPAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 148, n° 2.

<sup>1147</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a, comme on le sait, décidé que le droit à un procès équitable doit s'entendre comme garantissant également le droit d'accès à un juge (arrêt du 21 février 1975, *Golder c. R.-U.*, Série A, n° 18). La Cour a par la suite précisé que ce droit d'accès devait être *effectif* et non seulement théorique (arrêt du 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, Série A, n° 32).

<sup>1148</sup> La jurisprudence *Soering* de la Cour reconnaît un certain effet extra-territorial aux dispositions de la Convention. Elle ne peut toutefois être invoquée dans l'hypothèse qui nous occupe, à moins d'accepter que l'Etat visé par l'injonction constitue l'instrument de la violation par le for enjoignant, ce qui paraît absurde (C.E.D.H., arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. R.-U.*, Série A, n° 161).

cependant que, indépendamment de sa consécration légale dans un texte particulier, ce droit peut parfaitement s'accommoder de l'interdiction de procéder.

264. **Limites du droit au procès équitable** – Même si l'on accepte, pour les besoins de la démonstration, que l'interdiction de procéder prive, ou du moins limite, le droit de la partie visée par l'injonction à un procès équitable, force est toutefois de constater que ce droit ne doit pas s'entendre comme une garantie absolue. Dans le cadre de la Convention européenne, la Cour a reconnu aux Etats une certaine marge d'appréciation dans la mise en oeuvre des garanties du procès équitable. Les Etats peuvent ainsi imposer certaines restrictions, pour autant que la réglementation de l'accès des justiciables aux tribunaux ait pour but d'assurer une bonne administration de la justice.<sup>1149</sup>

La Cour s'est par exemple penchée sur l'immunité de juridiction accordée à certaines personnes,<sup>1150</sup> sur les restrictions de procéder imposées à des faillis, des prisonniers ou encore des mineurs, pour décider que ces restrictions étaient justifiées.<sup>1151</sup> Dans la même ligne, il est intéressant de noter que la Commission a refusé de condamner les limites imposées, au nom de la prévention des procédures vexatoires, au droit d'ester d'un justiciable écossais qui avait fait l'objet d'une mesure prévue par une loi de 1898 visant à réprimer les abus de procédures.<sup>1152</sup> Le régime ainsi imposé ne lui interdisait pas catégoriquement l'accès aux tribunaux, mais l'obligeait à solliciter de la justice une autorisation spéciale à chaque fois qu'il voulait saisir un tribunal. La Commission a estimé qu'un tel examen ne niait pas la substance du droit d'accès à la justice, mais constituait au contraire une forme justifiée de réglementation de l'accès aux tribunaux.<sup>1153</sup> Enfin la Cour a refusé de censurer une décision infligeant une amende infligée à un plaideur en raison du caractère téméraire et vexatoire de sa demande.<sup>1154</sup>

265. **Limites du droit au procès équitable (suite)** – Si l'on accepte que l'injonction constitue une limitation du droit d'accès à un tribunal, on ne peut dès lors exclure qu'une telle limitation trouve grâce aux yeux de la Cour, en particulier lorsqu'elle vise à

<sup>1149</sup> P. ex. C.E.D.H., *Golder c Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A, n° 18, § 38 ("La Cour estime [...] que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu. S'agissant d'un droit que la Convention reconnaît [...] sans le définir au sens étroit du terme, il y a place, en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour des limitations implicitement admises"); C.E.D.H., *Ashingdane c Royaume-Uni*, 28 mai 1985, Série A n° 93, 24-25, § 57 ("[...] le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu; il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus [...]. En élaborant pareille réglementation, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation"). Dans le même sens, C.E.D.H., 21 septembre 1994, *Fayed c Royaume-Uni*, Série A n° 294 B, 49-50, n° 65 et *Lubogow et autres*, 8 juillet 1986, Série A-102, p. 71, n° 194.

<sup>1150</sup> C.E.D.H., arrêt du 21 septembre 1994, *Fayed c Royaume-Uni*, Série A n° 294 B (La Cour refuse de condamner une exception d'immunité accordée à des fonctionnaires du gouvernement anglais pour les opinions émises dans un rapport sur les activités du demandeur).

<sup>1151</sup> HARRIS, BOYLE et WARBRICK, *Law of European Convention on Human Rights*, X, X 199. V. également l'arrêt du 21 février 1975, *Golder c Royaume-Uni*, Série A n° 18, § 39 (limitations concernant les mineurs et les aliénés acceptées).

<sup>1152</sup> Requête n° 11559/85, *H. c Royaume-Uni*, décision du 2 décembre 1985, *D.R.*, vol. 45, 1986, 281.

<sup>1153</sup> V. également le rapport établi par la Commission à la suite de l'affaire *Golder*: *Golder c Royaume-Uni*, rapport de la Commission, 1 juin 1973, C.E.D.H., Série B n° 16, 52, n° 95 (la Commission constate que les "plaignants téméraires constituent au Royaume-Uni une catégorie de personnes auxquelles les tribunaux réservent un traitement particulier parce qu'elles ont abusé de leur droit d'accès. Toutefois, le fait d'avoir été déclaré plaignant téméraire n'empêche point d'essayer de prouver au tribunal que l'on a une cause défendable, auquel cas on pourra poursuivre. Le contrôle des plaignants téméraires relève exclusivement des tribunaux [...]. On peut le considérer comme une forme acceptable de procédure judiciaire").

<sup>1154</sup> Affaire *Gillow c Royaume-Uni*, arrêt du 24 juillet 1986, Série A, n° 109.

sanctionner un comportement *reparatorio*.<sup>1155</sup> Certes, tout dépendra de la justification avancée par le for de l'injonction : s'il vise simplement à imposer l'idée qu'il constitue le for 'naturel' de la cause, l'interdiction sera sans doute difficile à justifier. Lorsqu'il s'agit par contre de réprimer un abus manifeste – en ordonnant par exemple à une partie d'abandonner la procédure dont elle a saisi le juge étranger alors que la procédure du for est déjà bien engagée, dans le but avoué de paralyser la reconnaissance éventuelle d'un futur jugement – la justification de la mesure de contrainte sera plus facilement acceptée. Ce d'autant plus que la Cour n'est pas insensible à la nécessité d'éviter la multiplication des procédures portant sur le même litige.<sup>1156</sup>

Il en va sans doute de même lorsque l'injonction constitue la sanction de la violation d'une clause d'élection de for ou d'arbitrage. La Cour a accepté qu'un justiciable renonce partiellement à son droit d'accès à un juge lorsqu'il souscrit à une convention d'arbitrage.<sup>1157</sup> Dans cette hypothèse, l'injonction peut être expliquée par le souci d'imposer aux parties le respect d'obligations librement consenties. Il s'agit d'une préoccupation légitime qui est de nature à justifier la restriction que constitue l'interdiction de procéder.<sup>1158</sup>

**266. Absence de violation du droit d'accès au juge** - Plus fondamentalement on doit constater que l'injonction ne prive pas le justiciable de la possibilité de soumettre ses prétentions à un tribunal. La partie visée par l'interdiction de procéder conserve au minimum la possibilité de s'adresser au tribunal dont émane l'injonction – et sans doute également à d'autres tribunaux sauf dans le cas où elle s'est engagée contractuellement en faveur d'un for donné. En ce sens, l'interdiction de procéder ne constitue pas un obstacle absolu à une procédure judiciaire; elle contraint seulement le justiciable à reporter ses espoirs sur un autre juge que celui qu'il avait choisi. Il n'y a pas privation du droit d'accès à un tribunal, mais simple 'déplacement' du juge auquel le justiciable a accès.<sup>1159</sup>

<sup>1155</sup> Une injonction provisoire pourrait d'ailleurs échapper purement et simplement à tout examen sous l'angle de l'article 6, puisque la Commission a décidé que cette disposition ne s'appliquait pas en principe au contentieux provisoire : *X. c Royaume-Uni*, requête n° 7990/77, D.R., vol. 24, 1981, 57; *Alsterlund c Suède*, requête n° 12446/86, D.R., vol. 56, 1988, 229.

<sup>1156</sup> Comme en témoigne la décision dans l'affaire *Litgow*, dans laquelle la Cour a admis qu'en cas de nationalisation d'une entreprise, un Etat pouvait légitimement mettre en place une procédure collective pour les litiges relatifs à l'indemnisation tout en excluant le recours individuel de chaque actionnaire pour éviter la multiplication des procédures. Dans le cadre de cette procédure, une entreprise ne pouvait être représentée que par un seul de ses actionnaires. La Cour a décidé que "cette limitation du droit à un accès individuel et direct au tribunal d'arbitrage visait un but légitime : éviter, dans le contexte d'une mesure de nationalisation de grande envergure, une profusion de demandes et d'instances introduites par tel ou tel actionnaire" (Affaire *Litgow et autres*, 8 juillet 1986, Série A-102, 71-72, n° 197).

<sup>1157</sup> P. ex. l'arrêt du 27 février 1980, *Deveer c Belgique*, Série A n° 35, § 49 (1980) (la Cour note en passant qu'une renonciation au droit d'accès se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d'arbitrage) et *R c Suisse*, N° 10881/84, 51 D.R. 83 (1987) (selon la Commission, le compromis d'arbitrage librement signé par les parties en l'absence de toute contrainte constitue une renonciation partielle aux garanties procédurales de l'article 6). V. de façon générale, F. MATSCHER, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme", in *La Convention Européenne des droits de l'homme*, L. E. PETITTI et al. (éds.), Paris, Economica, 1995, 281-292 et plus récemment les contributions rassemblées in X., *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Série 'Droit et Justice' n° 31, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 2001, 168 p.

<sup>1158</sup> V. également *O. T. Africa Line Ltd. v Hijazy et al (The 'Kribi')*, [2001] 1 Lloyd's Rep. 76, § 42 (QB). (le tribunal refuse d'accepter qu'une injonction visant à interdire une procédure intentée en Belgique en violation d'une clause d'élection de for, constitue une violation de l'article 6. Le tribunal note que 'Article 6 of the ECHR does not provide that a person is to have an unfettered choice of tribunal in which to pursue or defend his civil rights. If the article were to be given that broad reading then, taken to its logical conclusion, it would mean that the whole of the Brussels Convention jurisdiction scheme would itself be incompatible with a person's art. 6 rights if the forum designated by the Convention's rules were contrary to the litigant's choice of courts').

<sup>1159</sup> En ce sens, H. BORN et M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international", *J.T.*, 1992, n° 146 (les auteurs remarquent qu'une injonction américaine visant une procédure belge "n'empêche nullement le défendeur d'agir dans le pays du domicile du défendeur", ce qui permet à ces auteurs de conclure qu'il leur paraît

L'injonction constitue dès lors plus une *restriction* et non une privation du droit d'accès, ce d'autant plus que cette restriction n'aura d'effet que dans le for de l'injonction. S'il le désire réellement, le justiciable pourra toujours avoir son 'day in court'. Il est dès lors difficile de condamner l'injonction *anti-suit* au nom du droit à un procès équitable,<sup>1160</sup> sauf peut être dans ce qu'il est convenu d'appeler les 'single forum cases' (*supra* n° 211). Dans cette hypothèse en effet, la partie visée se voit privée de la possibilité de saisir un juge puisque le for qu'elle a saisi est le seul qui puisse connaître de la cause. L'injonction contrevient alors vraisemblablement aux exigences de l'article 6 et constitue un déni de justice.<sup>1161</sup> Dans les autres cas, cette disposition ne paraît pas d'un grand secours pour condamner l'injonction *anti-suit*.

En définitive, les explications qui précèdent, même si elles conduisent à des conclusions en demi-teintes, ne permettent pas de condamner l'injonction *anti-suit* de façon générale – ce qui témoignerait d'ailleurs de bien peu de respect envers une institution enracinée dans une tradition étrangère. L'importance et la vigueur de la controverse sur cette institution ne permettraient pas toutefois de faire l'économie d'une réflexion générale sur l'interdiction de procéder, même si elle n'est pas limitée aux conflits de procédures. Il faut maintenant se pencher de plus près sur le rôle de l'interdiction de procéder dans le règlement des conflits de procédures.

## § 2. L'interdiction de procéder : une efficacité limitée

**267. Introduction et plan** - Il est difficile de condamner catégoriquement l'injonction *anti-suit* en en appelant au droit international. Cette licéité de principe ne signifie pas pour autant que l'injonction constitue un mécanisme *efficace* de règlement des conflits de procédures. Au contraire, on doit constater que d'importantes limites hypothèquent l'efficacité de l'interdiction de procéder comme mode de résolution de ces conflits. Ces limites sont de deux natures. Elles tiennent d'une part au refus avéré des autres ordres juridiques de coopérer à la mise en oeuvre de l'injonction, ce qui en grève d'autant l'efficacité (1). Plus grave, loin de faire office de mécanisme de coordination entre les procédures concurrentes, l'injonction contribue par sa nature même à envenimer le conflit et provoque des mesures de rétorsion (2).

### 1. L'IMPOSSIBLE RECONNAISSANCE DE L'INJONCTION *ANTI-SUIT*

**268. De la sanction par le for de l'injonction à une hypothétique reconnaissance**  
- A la différence de l'abstention ou de la simple tolérance des conflits de procédures,

---

"artificiel" d'invoquer l'article 6 pour contrer une injonction). V. également M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L. A. Int'l & Comp. L.* Q 1998, 317, note 328, selon qui dans le cadre de la Convention de Bruxelles tous les tribunaux des Etats contractants sont égaux et forment un seul et même espace judiciaire européen. Dès lors, même si une injonction vise à empêcher l'accès à un tribunal, le droit d'accès à un juge n'est pas violé si le justiciable peut saisir un autre juge du même espace judiciaire.

<sup>1160</sup> *Comp. W. HAU*, 219-220, qui parle de "Zweifel" et espère une décision de la CEDH sur ce sujet. *Cors.* du même, *l.c.*, *IPrax*, 1997, 163, note sous l'arrêt *Phillip Alexander*, dans laquelle il pose plus catégoriquement que l'injonction est 'unvereinbar' avec l'article 6.

<sup>1161</sup> En ce sens p. ex. BERTELE, *ac.*, 1998, 543 ("Die Verhängung einer antisuit injonction in single forum Fällen kann den Justizgewährleistungsanspruch des Art. 6 ERMK verletzen").

l'injonction doit pour être efficace, exercer une certaine influence sur la procédure concurrente dont est saisi le for étranger. L'interdiction de procéder n'aura atteint son but que s'il est mis fin à cette procédure. A première vue, les sanctions du *contempt of court* (*supra*, n° 251) devraient suffire pour dissuader le justiciable visé de passer outre l'ordre que lui adresse le for de l'injonction. La simple menace de ces sanctions, draconiennes, suffira dans de nombreux cas à assurer le respect de l'injonction.<sup>1162</sup> Le fait que le for de l'injonction ne puisse mettre son commandement directement à exécution dans le for étranger ne constituera dès lors pas un handicap.

Le pouvoir dissuasif de ces sanctions draconiennes suppose toutefois que le tribunal possède une certaine emprise sur le défendeur. Il n'en sera pas toujours ainsi, les tribunaux s'étant aventurés à étendre leur compétence d'injonction dans des situations où il leur est difficile, sinon impossible, d'en assurer l'efficacité. Ceci explique que dans l'affaire *Airbus*, l'entreprise française se soit vu obligée de solliciter l'aide des tribunaux anglais après avoir obtenu une injonction des tribunaux indiens : l'injonction s'était en effet révélée inopérante à l'égard de certains défendeurs anglais, qui ne possédaient aucun bien en Inde.<sup>1163</sup> Or le for de l'injonction ne pourra pas toujours compter sur la sollicitude d'un tribunal étranger pour garantir la sanction de l'injonction. On va voir qu'au contraire, l'accueil réservé à l'injonction est généralement loin d'être chaleureux.

#### A. Les limites de la sanction par le for de l'injonction

**269. Extension de la compétence du for anglais de l'injonction** - En théorie les sanctions dont dispose le for de l'injonction lui permettent d'éviter que sa décision reste lettre morte. L'extension de la compétence internationale des tribunaux anglais oblige toutefois à nuancer cette constatation, l'efficacité de l'injonction n'étant plus garantie de façon absolue.

A l'origine la sanction de l'injonction ne soulevait aucune difficulté. Selon la maxime traditionnelle de l'*Equity*, qui a horreur des ordres donnés en vain,<sup>1164</sup> l'injonction n'était décernée que lorsque le tribunal pouvait en assurer la sanction. Concrètement, la compétence des tribunaux anglais pour enjoindre une partie était limitée aux situations dans lesquelles le défendeur était *physiquement* présent dans le ressort de la juridiction. Le défendeur était alors sous l'emprise du tribunal – “within the power of the court”, ce qui garantissait une correspondance parfaite entre la compétence du tribunal pour enjoindre une partie et la possibilité de sanctionner un éventuel refus d'obtempérer.<sup>1165</sup>

<sup>1162</sup> Pour l'injonction *Mareva*, v. G. CUNIBERTI, *ac.*, 2000, 73-74, qui rappelle le bon mot de Donaldson, L.J., qui avait parlé à l'égard de cette injonction de “law's nuclear weapon”, *Bank Mellat v Nipour* [1985] F.S.R. 87, 92. V. les péripéties d'un businessman nigérien qui avait refusé d'obéir à une injonction *Mareva* ainsi qu'à une interdiction de procéder, et contre qui des peines de prison ainsi qu'une confiscation avaient été prononcées en Angleterre : *Gulf Azar Shipping Ltd and another v Idisi and others*, Lexis, CA, 16 janvier 2001.

<sup>1163</sup> V. l'exposé des faits par Lord Goff, *Airbus Industries v Patel* [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 633 ainsi que A. BRIGGS, “The Unrestrained Reach of an Anti-suit Injunction : a Pause for Thought”, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 91 et K. ANDERSON, *l.c.*, *Yale J. Int'l. L.*, 2000, 197-204.

<sup>1164</sup> Un des maximes traditionnelles sur laquelle l'*equity* repose veut que “Equity does nothing in vain”. V. I. SPRY, *ac.*, 1990, 131-135 sur la question de la “futility of performance”, qui renvoie au célèbre dictum de Kindersley V.-C., selon lequel “this Court will not make any order in vain”, *New Brunswick and Canada Ry. and Land Co v Muggenidge* (1859) 4 Drew. (686), 699, 62 E.R. (263), 268.

<sup>1165</sup> La question de la compétence d'un tribunal pour décerner une interdiction de procéder est rendue difficile du fait de l'ambiguïté généralement entretenue sur l'objet de la compétence : généralement l'injonction est accompagnée d'une demande au fond, visant par exemple à obtenir un jugement déclaratoire. La question de la compétence pour enjoindre est alors absorbée par la compétence au fond du tribunal. Il est toutefois admis qu'une demande d'injonction peut être formulée sans s'appuyer sur une demande au fond (*Guaranty Trust Co of New York v*

Progressivement les tribunaux anglais ont dépassé la stricte territorialité pour étendre leur compétence aux situations dans lesquelles le défendeur n'est pas physiquement présent sur le territoire anglais.<sup>1166</sup> La question s'est alors posée de savoir si les nouvelles règles pouvaient également s'appliquer aux injonctions. Après une période de flottement et d'incertitude,<sup>1167</sup> les tribunaux ont accepté de soumettre l'injonction anti-suit au régime normal de la compétence, et donc également à la '*long arm jurisdiction*'.<sup>1168</sup>

Le tribunal anglais est dès lors compétent pour enjoindre le défendeur non seulement lorsque celui-ci est physiquement présent – même de façon temporaire<sup>1169</sup> – dans le ressort du tribunal,<sup>1170</sup> ce qui permet de lui délivrer le '*writ*', mais également dans le cas contraire à condition que soit présente une des hypothèses aujourd'hui codifiées dans l'*Order XI des Rules of the Supreme Court* – par exemple le fait que le contrat ait été conclu en Angleterre ou que le contrat contienne une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais.<sup>1171</sup> La compétence du tribunal est alors extra-territoriale, en ce sens que

- 
- Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536, 556 (CA) ("a person can be restrained from instituting or continuing proceedings in a foreign court if a proper case of injustice be made out without any declaration of right"). Dans ce cas, l'injonction doit pouvoir s'appuyer sur une compétence qui lui est propre.
- V. sur le problème de l'autonomie de l'injonction dans le cadre de l'application de la règle 1(1)(b) de l'*Order 11 des RSC*, *Siskina (Cargo Owners) v Distos Compania Naviera SA, The Siskina* [1979] AC 210 et *Mercedes Benz AG v Leiduck*, [1996] AC 284.
- <sup>1166</sup> Cette extension de la compétence a été introduite par le *Common Law Procedure Act* de 1852. V. pour la situation aujourd'hui, CHESHIRE et NORTH, 1999, 285-325.
- <sup>1167</sup> M. Hartley notait par exemple en 1987 que "The English courts have never squarely faced the question of jurisdiction to grant an anti-suit injunction. Is it simply a matter of applying the ordinary principles of *in personam* jurisdiction or is something more needed?", *Lc, Am J. Comp. L.*, 1987, 494, note 30.
- Dans l'affaire *Castanbo*, Lord Scarman avait décidé que le for anglais était compétent pour enjoindre dès que la partie visée possède une "sufficient connection with England to justify the granting of an injunction [...]", [1981] AC, 557, 573-574. Ce faisant, il donnait à penser que la compétence pour enjoindre s'était affranchie des règles traditionnelles. Il n'a pas été suivi, v. R. FENTIMAN, "Antisuit Injunctions", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, C. WING CHEONG et al. (éds.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, (44), 47.
- <sup>1168</sup> Sur la question de la compétence pour enjoindre en général, v. BRIGGS et REES, 1997, 265-268; I. SPRY, ac, 1990, 35-42; J.D. MCLEAN et A. BRIGGS, "Conflict of Laws", in *Halsbury's Laws of England*, 4ème éd., vol. 8(1), Londres, Butterworths, 1996, 785, n° 1092; R. FENTIMAN, "Antisuit Injunctions", *l.c.*, 1996, (44), 46-48; J. MARTIN, *Hanbury and Martin on Modern Equity*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, 722 ("It is possible to enjoin a defendant who is not personally within the jurisdiction, provided service out of the jurisdiction can be properly done under the rules of the court"). V. sur cette question les observations de la Cour d'Appel dans l'affaire *Glencore Int'l AG v Exter Shipping Ltd et al.*, décision du 18 avril 2002, non encore publiée, §§ 44 e.s.
- Pour l'Australie, v. P. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, 1995, 112. Pour l'Ecosse, *Shell UK Exploration and Production Ltd v Imes*, 1995 STL 807, 826 (1994 Outer House) (Lord Abernethy confirme qu'une injonction peut être adressée à une personne qui ne réside pas en Angleterre, en l'espèce un des défendeurs résidait au Canada). V. déjà *Darwin's Trustees v MacLeans* (1860) S.C. (Dunlop) 685, 691 où le juge McNeill décida que "I do not think that the mere fact of parties being furth of the country is sufficient in all cases to exclude the jurisdiction of the Court".
- V. pour l'injonction *Mareva* les affaires *Siskina (Cargo Owners) v Distos Compania Naviera SA, (The 'Siskina')* [1979] AC 210 et *Mercedes Benz AG v Leiduck*, [1996] AC 284 ainsi que les commentaires de G. CUNIBERTI, ac, 2000, 94-103, n° 117-133 et de C. KESSEDJIAN, *Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 10, octobre 1998, 11-13.
- <sup>1169</sup> Dans la célèbre affaire *HRH Maharanees Seethadevi Gaekwar of Baroda v Wildenstein*, [1972] 2 All ER 689, [1972] 2 QB 283 (CA), le writ avait été délivré au défendeur, marchand d'art français, lors d'un bref séjour aux courses d'Ascot.
- <sup>1170</sup> P. ex. *Midland Bank plc v Laker Airways Ltd* [1986] QB 689 (CA).
- <sup>1171</sup> V. p. ex. *The Argelic Grace* [1995] 1 Loyd's Rep. 86, 96. L'*Order XI* qui faisait partie des *Rules of the Supreme Court* de 1965 a depuis 1999 intégré les *Civil Procedure Rules*, entrées en vigueur le 29 avril 1999, dont il constitue une annexe (Schedule 1). Cette modification n'a pas touché à la substance des règles de compétence. Sur la compétence des tribunaux anglais pour enjoindre une partie qui tente de contourner une clause compromissoire, v. S. CLAVEL, « Anti Suit Injunctions et arbitrage », *Reu Arbitrage*, 2001, (669), 686-691.



le défendeur n'est pas physiquement présent sur le territoire anglais.<sup>1172</sup> C'est ainsi que la Cour d'Appel s'est par exemple reconnue compétente pour décerner une injonction en se fondant sur le fait que le défendeur avait tacitement accepté la compétence du for en accusant réception de l'assignation qui lui avait été signifiée.<sup>1173</sup> Dans ce cas, l'injonction est sans doute toujours *in personam*, en ce sens qu'elle est dirigée vers le seul défendeur. Le lien avec la compétence *in personam* du tribunal est cependant brisé.

**270. Compétence du for de l'injonction déduite de la Convention de Bruxelles -** En outre, le tribunal peut également fonder sa compétence sur les dispositions de la Convention de Bruxelles, auquel cas la présence du défendeur sur le territoire anglais n'est pas non plus assurée. L'application de la Convention de Bruxelles pose un problème particulier puisqu'on admet généralement que cette Convention ne peut tolérer qu'un tribunal s'arroge le droit d'ordonner à une partie de ne pas commencer ou d'abandonner une procédure devant un tribunal d'un autre Etat contractant (*infra* n° 314). Les tribunaux anglais ne partagent pas (encore) cette opinion.<sup>1174</sup> Dans l'affaire dite des actions *Eras Oil*, le tribunal a par exemple accepté sa compétence pour enjoindre des parties non domiciliées en Angleterre et n'y possédant pas de biens, sur base de l'article 6 de la Convention, les parties visées par l'injonction ayant elles-mêmes commencé une procédure devant le tribunal anglais.<sup>1175</sup>

**271. Conséquence de l'extension de la compétence sur la possibilité de sanction -** L'extension de la compétence revendiquée par les tribunaux anglais a brisé le lien existant entre compétence et possibilité de sanction, puisque la première ne passe plus par la présence physique du demandeur. Les tribunaux anglais n'y voient pas un obstacle rédhibitoire à l'exercice du pouvoir d'injonction, malgré la frilosité traditionnelle de l'Equity face aux ordres donnés en vain. Tout au plus s'agit-il d'une circonstance qui incite à une certaine prudence.<sup>1176</sup> Dans l'affaire *Phillip Alexander* déjà évoquée, le risque de voir l'injonction rester lettre morte faute de pouvoir la mettre à exécution dans le for anglais, a certainement influencé la décision de la Cour d'Appel de refuser l'injonction.<sup>1177</sup>

<sup>1172</sup> Le tribunal anglais possède alors un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer s'il autorise la signification du writ à l'étranger, et donc s'il revendique compétence. Il ne le fera que s'il estime que le for anglais constitue le *forum conveniens* de la cause, cf. par ex. CHESHIRE et NORTH, 1999, 313-321; BRIGGS et REES, 1997, 238-243 et *infra*, n° 419

<sup>1173</sup> *E. D. & F. Man (Sugar) Ltd. v Yari Haryanto (No 2)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 429, 438-439 (CA). En l'espèce, il s'agissait d'une injonction interdisant à une partie d'invoquer l'autorité de chose jugée ou de demander l'exécution d'un jugement indonésien. Les principes sont cependant les mêmes. Sur la compétence des tribunaux anglais déduite de l'acceptation tacite du défendeur, v. CHESHIRE et NORTH, 1999, 295-297. V. également *Amco (U.K.) Exploration Co. et al. v British American Offshore et al.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 772 (la Cour constate qu'elle n'est pas compétente pour enjoindre à défaut de compétence en application de l'Order XI).

<sup>1174</sup> Pour une analyse de la compétence des tribunaux anglais pour enjoindre sur base des différentes dispositions de la Convention, v. BRIGGS et REES, 1997, 266-267, n° 5.25. Ces auteurs font remarquer à juste titre que, quoiqu'il en soit de la compatibilité de l'injonction avec l'esprit de la Convention, il ne peut être question pour un tribunal anglais de fonder sa compétence sur l'article 24. Dans le même sens, S. CLAVEL, *loc. cit.*, *Reu Arb.*, 2001, (669), 690.

<sup>1175</sup> *The ERAS EIL Actions*, [1995] 1 Lloyd's Rep. 64, 77.

<sup>1176</sup> I. SPRY, *op. cit.*, 1990, 37-38 et 41-42 et P. B. CARTER, *loc. cit.*, 1997, 21. Dans l'affaire *Haryanto* précitée, la Cour d'Appel a ainsi rejeté l'argument selon lequel l'injonction constituerait un 'brutum fulmen' tout en notant que l'absence en Angleterre de biens du défendeur "is [...] plainly a consideration for the Court when considering whether in its discretion it should grant the injunctive relief which it has jurisdiction to award".

<sup>1177</sup> [1997] I.L.Pr. (73), 117 (la Cour constate que "in cases in which the defendant does not live in England and does not have assets here the injunction is likely to be unenforceable except by the foreign court recognizing or giving effect to the injunction [...]"). Or en l'espèce les tribunaux allemands avaient montré peu d'empressement à coopérer à l'exécution de l'injonction, la Cour renonce donc à enjoindre).



Il n'en ira pas toujours ainsi, ce qui jette un doute sur la possibilité d'assurer la sanction effective de l'interdiction de procéder. A moins de s'en remettre à une hypothétique obligation morale, il faut bien admettre que l'interdiction de procéder restera lettre morte si elle ne peut compter sur la sanction du *contempt of court*. L'injonction *anti suit* risque dès lors d'être victime de son propre succès : à force d'en étendre le champ d'application, elle perd progressivement de sa force de persuasion pour se transformer, lorsque la personne visée n'a aucun lien avec l'Angleterre, en une mesure sans grande conséquence. Car une chose est certaine, le for de l'injonction ne doit pas compter sur la coopération des juridictions étrangères pour assurer cette sanction.

## B. Absence de reconnaissance

**272. Introduction** – Il peut paraître étonnant de soulever la question d'une éventuelle reconnaissance de l'interdiction de procéder. On a en effet expliqué que cette mesure se suffisait en quelque sorte à elle même, le 'génie' du caractère *in personam* rendant en principe inutile toute intervention du for de l'injonction en dehors de sa juridiction. Il reste que l'extension considérable de la compétence des tribunaux anglais a permis d'envisager le recours à l'interdiction de procéder à l'égard des justiciables qui ne répondent pas directement de la juridiction du tribunal anglais. Se pose alors la question de la sanction *indirecte* de l'injonction, qui ne peut passer que par la reconnaissance par un for étranger. Or, s'il est une vérité en matière d'interdiction de procéder, c'est que l'injonction sera rarement reconnue par le for étranger dont la procédure est visée.<sup>1178</sup> Le défaut de reconnaissance s'explique par la nature proprement *agressive* du mécanisme (*infra*, n° 280). On conçoit en effet difficilement qu'un tribunal donne effet à la décision d'un for étranger qui a pour objet de paralyser sa propre procédure. On va voir que ce rejet, qui hypothèque l'efficacité du mécanisme, n'est pas seulement le fait des tribunaux peu familiers du mécanisme (I). Au sein des juridictions de *common law*, le for de l'injonction devra également se passer de la collaboration du tribunal étranger. (II).

## I. Réaction des pays de droit civil

**273. Le 'rejet' par les tribunaux continentaux** – Sans surprise, les tribunaux du continent européen ne voient pas l'injonction *anti-suit* d'un bon oeil. Les quelques décisions qui se sont penchées sur la question de leur reconnaissance ont presque naturellement refusé d'accorder un quelconque crédit au commandement émanant du for de l'injonction, comme en témoigne la décision du tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire *Gregg Lemonid*. Comme on l'a déjà expliqué, le différend opposait le coureur cycliste à son sponsor qui lui reprochait d'avoir méconnu diverses clauses du contrat qui les liait.<sup>1179</sup> En l'espèce, le tribunal belge refusa, en invoquant entre autre une violation de l'ordre public international belge, de donner un quelconque effet à la

<sup>1178</sup> Comme le note Mme. MUIR-WATT, "Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'injonction est en général plutôt froidement accueillie par le tribunal étranger saisi du procès dont elle perturbe le cours", (*loc. cit.*, *Reu Gén. Proc.*, 1999, 756). Seule la reconnaissance par le tribunal visé par l'injonction importe, la reconnaissance par un for tiers n'aurait que peu d'effet puisque ce for n'a lui-même aucune maîtrise sur la procédure du for visé. Tout au plus cette reconnaissance apporterait-elle un support 'moral' au for de l'injonction. Eventuellement, le for tiers pourrait-il prêter son autorité aux sanctions du *contempt of court*, si l'injonction n'était pas respectée. Celle-ci n'aurait alors pas atteint son but.

<sup>1179</sup> Trib. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-1991, 676. V. les commentaires de H. BORN et M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international", *J.T.*, 1992, n° 145.

décision du tribunal américain qui interdisait au sponsor de poursuivre la procédure qu'il avait entamée en Belgique.

Les tribunaux allemands ont réservé le même sort à une injonction émise à l'encontre d'une procédure dont ils avaient été saisi par un consommateur qui cherchait à récupérer d'importantes sommes perdues lors de transactions financières.<sup>1180</sup> Cette réaction de rejet qui s'explique sans doute également par le manque de familiarité des tribunaux continentaux avec cette utilisation particulière du pouvoir d'injonction, s'appuie le plus souvent sur l'exception d'ordre public.<sup>1181</sup> Elle a reçu l'appui des quelques auteurs qui se sont penché sur la question.<sup>1182</sup>

**274. La difficile réconciliation de l'interdiction de procéder avec l'ordre public du for visé** - On peut penser que l'injonction *anti-suit* - même lorsqu'elle est définitive, une injonction provisoire (*interlocutory injunction*) ne possédant pas la qualité requise pour prétendre être reconnue -<sup>1183</sup> se heurtera à une objection tirée de la violation de l'ordre public.<sup>1184</sup> Le caractère prétendument *in personam* de l'injonction n'empêchera pas le for visé de voir dans l'interdiction de procéder une intrusion intolérable dans sa compétence exclusive sur la conduite de la procédure dont il est saisi.<sup>1185</sup> A ce titre, on peut s'attendre

<sup>1180</sup> OLG Düsseldorf, 10 octobre 1996, *IPRax*, 1997, 176 ; *Z.Z.P.*, 1996, 221 ; *EuZW*, 1996, 351. En l'espèce il s'agissait pas véritablement de reconnaître la décision accordant l'injonction mais de déterminer si l'ordonnance anglaise accordant l'injonction pouvait être signifiée à la partie allemande en vertu de la Convention de La Haye de 1965.

<sup>1181</sup> V. cependant la décision inédite de la Cour d'Appel d'Anvers du 29 novembre 1999, 1999/AR/631, qui accorde l'exequatur à une décision américaine interdisant à deux entreprises libanaises de poursuivre la procédure en référé qu'elles avaient entamée devant un tribunal de leur pays, parce que cette dernière procédure violait prétendument une convention d'arbitrage. La Cour se contente de constater que les entreprises visées n'ont pas contesté que les conditions nécessaires pour obtenir l'exequatur de l'interdiction étaient réunies : "Dat appelanten niet hebben betwist dat het vonnis waarvan het exequatur gevorderd wordt, voldoet aan de vereisten van art. 570 Ger.W.; dat deze overeenstemming na onderzoek door het Hof bovendien wordt vastgesteld; dat het exequatur terecht door de eerste rechter werd toegekend". On peut regretter le caractère plus que succinct de cette motivation, qui ne fait certainement pas droit à la complexité de la question. Il est vrai qu'il s'agissait d'un point de détail, le véritable litige touchant en l'espèce la demande d'exequatur d'une décision d'un juge libanais, qui fut refusée pour violation des droits de la défense. On peut se demander si la conclusion du juge aurait été différente s'il s'était agi d'une interdiction de procéder devant une juridiction belge.

<sup>1182</sup> H. NAGEL et P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrechts*, Köln/Münster, Schmidt/Aschendorff, 1997, 218, n° 115; H. KOCH, "Grenzüberschreitendes einstweiliger Rechtsschutz", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, (85), 97. V. également l'étude d'ensemble de M. MAACK, *Englische antisuit injuncties in europäischem Zivilrechtsverkehr*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 229 p., spéc. 188-192 pour la reconnaissance d'une injonction anti-suit selon le droit commun allemand. La conclusion de Mme. Maack est que "Nach autonomen Recht sind antisuit injuncties nicht anzuerkennen", p. 192.

La question particulière de l'effet qu'un tribunal doit reconnaître à une injonction doit être distinguée du point de savoir si le procédé peut, de manière générale, être toléré. Les commentateurs se penchent le plus souvent sur cette dernière question, en ignorant la première, p.ex. H. GAUDEMET-TALLON, "Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle", *Reu Int'l D. Comp.*, 1994, (424), 434. Il faut également distinguer cette question de celle de la signification d'une éventuelle injonction portant interdiction de procéder. Sur cette dernière question, v. M. REQUEJO ISIDRO, *ac*, 2000, 209-229.

<sup>1183</sup> Pour le droit commun allemand, v. M. MAACK, *ac*, 1999, 189.

<sup>1184</sup> Sur la question de la compétence indirecte, v. M. MAACK, *ac*, 1999 189-190.

<sup>1185</sup> V. par exemple l'observation de l'OLG Düsseldorf dans l'affaire *Philipp Alexander*. La Cour reconnaît que si, formellement, l'injonction ne vise que le défendeur, et non directement le tribunal étranger, "die gegen Verfahrensbeteiligte gerichtete Antisuit Injunction durchaus geeignet ist, die Tätigkeit der deutschen Gerichte unmittelbar zu beeinflussen und in ihrer Wirkung [...] einer unmittelbar gegen das Gericht gerichteten Anordnung [...] gleichkommt" : OLG Düsseldorf, 10 octobre 1996, *IPRax*, 1997, (176), 177. En l'espèce il s'agissait non pas de reconnaissance mais de la simple signification de l'ordonnance. On peut penser qu'a fortiori le juge allemand aurait eu la même réaction si la question de la reconnaissance s'était posée. Pour la réception d'une injonction en droit commun espagnol, v. M. REQUEJO ISIDRO, *ac*, 2000, 243-248.

à ce qu'il soit fait appel à l'exception d'ordre public. La légitimité d'une telle intervention appelle toutefois quelques nuances.

Il est évidemment impossible de tracer avec précision les limites de l'intervention de l'ordre public. Les directives générales d'interprétation que l'on peut donner, parmi lesquelles la nécessité de réserver son intervention aux situations les plus exceptionnelles, n'entameront pas le contenu essentiellement *variable* de cette notion, qui rend suspect toute tentative de condamner *a priori* une catégorie de décisions étrangères. Pour justifier l'intervention de l'ordre public, il ne suffit certainement pas de constater que l'interdiction de procéder est inconnue de la tradition civile.<sup>1186</sup>

Il ne s'agit pas non plus d'examiner, et de condamner, le mécanisme de l'injonction *in abstracto*, puisque l'exception d'ordre public ne s'attache qu'aux *effets* dans le for de la décision étrangère. Il n'appartient en outre pas à un ordre juridique de condamner de manière générale une institution appartenant à une tradition juridique différente, même si cette institution semble surprenante, voire exorbitante. Le jeu de l'exception d'ordre public vise seulement à refuser à la décision étrangère la collaboration du for dans sa mise en oeuvre. Si son intervention est justifiée dans ce contexte, c'est qu'en privilégiant une solution purement *unilatérale* pour résoudre le conflit de procédures, en tentant d'imposer par la *contrainte*, fut-elle indirecte, cette solution à l'autre for saisi, le for enjoignant se prive nécessairement de l'aide du for visé. L'essence même de l'interdiction de procéder rend en effet toute coopération du for visé illusoire, un refus qui se traduira naturellement par le recours à l'exception d'ordre public.

**275. Une distinction théorique entre deux cas de figure** - A la limite on pourrait envisager une distinction selon que le for visé par l'injonction se soit déjà ou prononcé sur sa compétence. S'il a constaté sa compétence, le recours à l'ordre public est pleinement justifié. En décider autrement reviendrait à autoriser le pouvoir judiciaire d'un Etat à décider de quelles causes un tribunal étranger peut prendre connaissance, une forme de colonialisme judiciaire à laquelle la 'colonie' est en droit de refuser de se soumettre.<sup>1187</sup> Que le commandement ne vise pas directement la colonie, mais un de ses 'sujets', n'y change à notre sens rien. L'objet même de l'injonction *antisuit* est de paralyser la procédure étrangère et c'est cette circonstance qui justifie le recours à l'ordre public.<sup>1188</sup>

Il pourrait en être autrement lorsque l'injonction intervient avant même que le for étranger se soit saisi de la cause. Dans ce cas, on conçoit qu'il puisse exister une communauté d'intérêts entre les deux fors, le tribunal visé partageant l'objectif poursuivi par le for de l'injonction qui, comme on l'a noté,<sup>1189</sup> n'est pas nécessairement confiné à un protectionnisme chauvin. Une coopération éventuelle entre les deux fors se heurtera toutefois le plus souvent à la méthode utilisée par le for de l'injonction, méthode dont on avouera qu'elle constitue l'antithèse de la coopération. Au total les perspectives de reconnaissance de l'interdiction de procéder sont bien maigres. On constate d'ailleurs

<sup>1186</sup> V. les nuances *infra*, n° 287.

<sup>1187</sup> *Comp. M. MAACK, ac*, 1999, 157-159, qui arrive à la même conclusion en constatant que l'injonction viole la "deutschen Justizhoheit".

<sup>1188</sup> Elle permet d'ailleurs de distinguer l'injonction anti-suit des autres mécanismes qui pourraient avoir une influence sur une procédure étrangère, tel que le jugement déclaratoire. Cet 'ersatz' d'injonction (*infra*, n° 298), n'a pas comme but premier et unique de d'interférer avec une procédure étrangère. Il vise d'abord et avant tout à rendre justice aux plaideurs sur le fond. Son effet sur la procédure étrangère n'est que secondaire.

<sup>1189</sup> H. MUIR WATT, "Harcèlement sur harcèlement ne vaut (des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen)", *Reu Gén. Procédures*, 1999, 747-763.

que, réponse du berger à la bergère, les tribunaux anglais en appellent à l'ordre public pour refuser de reconnaître une éventuelle décision étrangère rendue en violation de l'injonction.<sup>1190</sup>

La réception de l'interdiction de procéder dans l'ordre juridique requis poserait d'ailleurs des problèmes quasi insurmontables : si le for requis entendait par impossible donner suite à l'injonction, il serait bien en peine de déterminer les conséquences à tirer de cette décision. Devrait-il en conclure que le demandeur est frappé d'une incapacité d'ester, qu'il ne présente pas l'intérêt requis ou que la demande est irrecevable? La question ne s'est apparemment jamais posée en droit interne anglais. Les rares injonctions qui y sont décernées, ne posent aucun problème d'exécution et pour cause.<sup>1191</sup> En réalité, si la question n'a jamais été posée c'est que l'injonction n'a sans doute pas vocation à être reconnue. Elle constitue un acte qui se suffit à lui-même et dont le for enjoignant n'attend généralement pas qu'il soit reconnu.

**276. L'hypothèse de la reconnaissance dans l'espace judiciaire européen** - Le droit international tolère sans doute l'injonction, en raison de son caractère *in personam*, il n'interdit cependant pas aux Etats de décider librement s'ils entendent donner effet au commandement du for de l'injonction. On peut s'attendre à ce que les tribunaux du vieux continent adoptent une attitude de rejet, qui nous semble pleinement justifiée.<sup>1192</sup> On va voir qu'ils sont en cela confortés par l'accueil plus que mitigé que les tribunaux américains réservent aux injonctions *anti-suit*. Avant d'examiner la réaction de ces juridictions, il faut encore préciser que la question de la reconnaissance de l'injonction dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne se pose en principe pas.<sup>1193</sup>

Comme nous aurons l'occasion de le voir, le mécanisme de l'injonction est en effet manifestement incompatible avec l'esprit et la finalité qui préside à l'espace judiciaire européen (*infra*, n° 314). Si d'aventure un tribunal passait outre cette interdiction de principe, il est clair que l'exception d'ordre public jouerait le même rôle d'obstacle rédhibitoire à la reconnaissance qu'en droit commun.<sup>1194</sup> Le refus opposé à l'interdiction

<sup>1190</sup> P. ex. *Phillip Alexander Securities and Futures v Bamberger and Gilhaus* [1997] EuLR 87, 97, [1996] CLC (1757), 1779 (C.A.) : "[i]t would seem to me prima facie that if someone proceeds in breach of, and with notice of, an injunction granted by the English court to obtain judgments abroad, those judgments should not, as a matter of public policy, be recognized in the United Kingdom". V. également *Re Macartney* [1921] 1 Ch. 522.

<sup>1191</sup> P. ex. *Charles Forte Investments Ltd. v Amanda* [1964] Ch. 240 (CA); *Bryanston Finance Ltd. v de Vries* (No. 2) [1976] Ch. 63; *Stonegate Securities Ltd. v Gregory* [1980] Ch. 576 (CA); *Thames Landreth Ltd. v Trinity House Corp. (Deptford Strand)* [1961] Ch. 197 (Ch. D.).

<sup>1192</sup> Et qu'ils n'adoptent pas à l'égard d'autres injonctions extra-territoriales. La jurisprudence montre ainsi que les tribunaux français reconnaissent sans difficultés particulières les injonctions extra-territoriales néerlandaises en matière de contrefaçon de brevet, prescrivant au défendeur de poser certains actes sur le territoire français. Ces décisions ne sont pas jugées contraires à l'ordre public (v. P. VERON, "Trentes ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention", *J.D.I.*, 2001, (805), 813-814. La problématique de la reconnaissance éventuelle d'une injonction *anti-suit* n'est donc pas liée à l'extra-territorialité ou encore au recours à l'injonction de faire, mais bien à la *nature* du commandement donné au défendeur.

<sup>1193</sup> V. cependant l'opinion de C. WADLOW, *ac*, *Sweet & Maxwell*, 1998, 512, n° 8-62 ("an anti-suit injunction [...] is presumably a judgment in civil or commercial matters like any other, and as such is entitled to near-automatic recognition and enforcement in all other member states, including the one in which the litigation sought to be restrained is pending").

<sup>1194</sup> Sur la question, à notre sens stérile, de savoir si l'injonction *anti-suit* constitue un jugement au sens de l'article 25 de la Convention, v. M. MAACK, *ac*, 1999, 149-153, qui répond de façon positive tout en notant que l'injonction *ex parte* ne pourra profiter du régime mis en place par la Convention. La doctrine allemande considère toutefois que l'injonction *anti-suit* constitue une décision à la portée purement procédurale, qui ne tombe dès lors pas sous le coup de l'article 25, p. ex. R. GEIMER, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*, München, Beck, 1995, 90 et R. GEIMER et R. A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München, Beck, 1997, art. 25, n° 19. Adde C. KESSEDIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, n° 162 ("Quant à la notion de

de procéder serait parfaitement justifié, même si l'on tient compte du caractère exceptionnel de la réserve d'ordre public.<sup>1195</sup> Entendons nous bien, le recours à l'ordre public est à notre sens justifié non pas parce que l'injonction est incompatible avec la Convention – ce qui obligerait déjà le for requis à soulever ce motif de refus ou, mieux encore, à exciper de la violation de l'obligation conventionnelle de confiance. Au-delà de cette incompatibilité fondamentale, le refus de reconnaissance s'appuie sur le fait que l'injonction vise à interférer avec la justice du for. Le fait que celle-ci soit licite au regard du droit international n'empêche pas un Etat d'en prendre offense.

## II. L'injonction dans les relations interaméricaines

**277. Une interdiction de procéder bien mal accueillie au sein de l'espace judiciaire américain** - Les juridictions continentales sont pour le moins hésitantes, pour ne pas dire plus, face aux injonctions *anti-suit*. On peut s'attendre à ce que ces tribunaux fassent appel à l'exception d'ordre public pour refuser de donner effet à une injonction étrangère. L'expérience américaine montre que l'on ne peut leur reprocher une quelconque étroitesse d'esprit. La pratique des relations entre tribunaux des états fédérés américains nous apprend que ces tribunaux sont loin de coopérer de bon coeur à la mise en oeuvre d'injonctions émanant d'autres Etats.<sup>1196</sup>

On constate en effet que les tribunaux américains refusent le plus souvent d'accorder effet aux injonctions prononcées par leurs collègues d'autres Etats. On cite souvent dans ce contexte la décision de la Cour Suprême de l'Illinois dans l'affaire *Jams*.<sup>1197</sup> En l'espèce une veuve réclamait compensation d'une compagnie ferroviaire qu'elle tenait pour responsable du décès de son mari. L'entreprise obtint des tribunaux du Michigan qu'ils interdisent à la veuve de poursuivre la procédure dont elle avait saisi les tribunaux de l'Illinois. S'est alors posée la question de savoir si ces derniers devaient prêter leur concours à l'exécution de l'interdiction. La Cour observa d'emblée que le pouvoir d'injonction devait être exercé avec une grande réserve pour éviter les conflits et les interférences indues.<sup>1198</sup> Elle nota ensuite qu'une jurisprudence majoritaire niait l'existence d'une obligation de reconnaître une injonction émanant d'un autre Etat. Décider autrement, souligna la Cour, reviendrait à conférer au for étranger un droit de regard et un certain contrôle sur la procédure du for. La Cour fit enfin observer que les tribunaux de l'Illinois avaient été les premiers saisis et qu'ils devaient avoir la possibilité de statuer sur le litige sans interférence de la part d'autres tribunaux. Elle conclut qu'il

---

'décision', elle est entendu au sens générique du terme [...]. On doit également y inclure les injonctions qui assortissent souvent les décisions au fond, sauf celles qui n'ont trait qu'à la compétence ou à la saisine d'un tribunal étranger telles les 'anti-suit injunctions'").

<sup>1195</sup> V. sur l'interprétation de l'exception d'ordre public dans la Convention de Bruxelles, E. JAYME, *Nationaler ordre public und europäische Integration: Betrachtungen zum Kronbach-Urteil des EuGH*, Vorlesungen und Vorträge / Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht n° 6, Vienne, Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, 2000, 32 p.

<sup>1196</sup> La question ne s'est guère posée dans les relations entre tribunaux fédéraux et tribunaux étatiques, le pouvoir d'injonction étant sérieusement restreint dans ce cadre, *supra*, n° 232.

La réaction des tribunaux anglais face à une injonction étrangère n'est pas facilement déterminable, faute de jurisprudence sur le sujet.

<sup>1197</sup> *Jams v Grand Trunk Western Railway Co*, 14 Ill. 2d 356, 152 N.E. 2d 858 (1958), avec la note de E. H. SCHOPLER, "Extraterritorial Recognition of, and Propriety of Counterinjunctions against, Injunctions against Actions in Courts of Other States", *A.L.R. 2d*, vol. 74, pp. 828-841.

<sup>1198</sup> "The exercise of such power by equity courts has been deemed a matter of great delicacy, invoked with great restraint to avoid distressing conflicts and reciprocal interference with jurisdiction".

n'existait aucune obligation de reconnaître l'injonction et qu'en l'espèce il y avait lieu de passer outre.

Cette décision reflète la jurisprudence majoritaire, qui dénie à l'injonction *anti-suit* le bénéfice de la clause du *Full Faith and Credit*. Les tribunaux reconnaissent qu'il peut être donné suite à l'injonction, par courtoisie, mais qu'il n'y a nulle obligation de le faire.<sup>1199</sup> La grande majorité des décisions refusent d'ailleurs de donner à l'injonction le bénéfice de la courtoisie internationale.<sup>1200</sup>

**278. La jurisprudence *Baker* de la Cour Suprême** - La Cour Suprême ne s'est pas encore prononcée sur la question. Une récente décision laisse toutefois penser que la Cour ne désavouera pas la jurisprudence majoritaire en obligeant les tribunaux à accorder

<sup>1199</sup> P. ex. *Laker Airways*, décision précitée, 731 F.2d 909, 933-934 (D.C.C. 1984) (la Cour note que "a forum may, but need not to stay its own proceedings in response to an antisuit injunction against a party before the court" et plus loin "In suits involving states, even the Full Faith and Credit Clause does not compel recognition of an antisuit injunction"); *Taylor v Atchison Topeka and Santa Fe Railway & Co.*, 292 Ill. App. 457; *Kleinschmidt v Kleinschmidt*, 343 Ill. App. 539, 99 N.E. 2d 623 (1951); *Chicago, R. I. and Pac. Ry. v Lundquist*, 206 Iowa 499, 221 N.W. 288 (1928); *Union Pacific Railway Co v Rule*, 155 Minn. 302; 193 N.W. 161 (1923); *Kepler v Cleveland, Cincinnati, Chicago and Saint Louis Railway Co.*, 322 Mo. 299, 15 S.W. (2d) 825 (1929); *Alford v Wabash Railway Co.*, 229 Mo. App. 102, 73 S.W. 2d 277; *State ex rel. Bossing v District Court*, 140 Minn. 494, 168 N.W. 589, 1 ALR 145 (1918) (en l'espèce le demandeur, domicilié en Iowa, comme le défendeur, demandait réparation pour un dommage causé au Nebraska. Le défendeur lui reprochait de s'être adressé aux tribunaux du Minnesota et obtint une injonction des tribunaux du lieu de l'accident. Les tribunaux visés refusèrent de donner suite à l'injonction); *Lowe v Norfolk & W.R. Co.*, 96 Ill. App. 3d 637, 421 N.E. 2d 971 (1981); *Stambaugh v Stambaugh*, 222 Pa. Super. 360, 294 A.2d 817; *Albrecht v Zuanshoek Holding en Financiering BV*, 762 P.2d 1174 (1988 Wyo.); *Cunningham v Cunningham*, 25 Conn. Supp. 221, 200 A2d 734 (Super Ct. 1964); *Keck v Keck*, 8 Ill. App. 3d 277, 290 N.E. 2d 385; *Abney v Abney*, 176 Ind. App. 22, 374 N.E. 2d 264 (2nd Dis. 1978); *Frye v Chicago, R.I. & P.R. Co.*, 157 Minn. 52, 195 N.W. 629 (1923) et *Great Global Assurance Co v McFortin*, 728 S.W. 2d 401 (Tex. App. 1987) (refuse d'accorder effet à une injonction venant d'Arizona).

V. également les décisions citées par E. SCHOPFLER dans sa note, *l.c.*, ALR 2d, vol. 74, pp. 832-834 et les commentaires de R. B. GINSBURG, "Judgments in Search of Full Faith and Credit : the Last-In-Time Rule for Conflicting Judgments", *Harvard L. Rev.*, 1969, (798), 823 ("[...] state courts that have dealt with the question have consistently regarded such decrees as outside the full faith and credit ambit") et de W. L. M. REESE, "Full Faith and Credit to Foreign Equity Decrees", *Iowa L. Rev.*, 1957, (183), 198 ("[...] full faith and credit does not require dismissal of an action whose prosecution has been enjoined [...]. To compel a court automatically to dismiss a suit upon the issuance of an injunction would mean in effect that the courts of one state can control what goes on in the courts of another. Also there is something obnoxious in the thought that a court must accept as conclusive another's determination that suit before it would be unfair. This the is thought to be a situation where the national policy of full faith and credit should bow before the obvious interest of an individual state in being permitted [...] to control the actions of its own courts"); J. J. ROGERS, "Injunctions Against Suits in Foreign Jurisdictions", *Louisiana L. Rev.*, 1950, (302), 316-319; Note, "Extraterritorial Recognition of Injunctions Against Suit", *Yale L. J.*, 1930, 719; Comment, "Full Faith and Credit to Foreign Injunctions", *U. Chicago L. Rev.*, 1959, 633 e.s et de G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnatl.L.*, 1990, 599-601.

<sup>1200</sup> Quelques décisions acceptent toutefois de donner suite à l'injonction, p.ex. *Bard v Charles R. Myers Ins. Agency, Inc.*, 839 S.W. 2d 791 (Tex. 1992) (tribunal du Texas accepte de donner suite à une injonction décernée par un tribunal du Vermont interdisant toute poursuite contre une société mise en liquidation. La Cour constate que les tribunaux texans eux-mêmes ont l'habitude, lorsqu'ils prononcent la liquidation d'une entreprise, d'interdire la saisine d'autres tribunaux et que le droit texan lui-même reconnaît qu'une telle procédure est nécessaire); ainsi que *Hall v Milligan*, 221 Ala. 233, 128 So. 438, ALR, vol. 69, 618 (1930) (obiter dictum); *New Orleans & N.E.R. Co v Bernich*, 178 La. 153, 150 So. 860 (1933) (obiter dictum selon lequel les tribunaux du Mississippi donneront effet, en vertu de la comitas, aux injonctions d'autres Etats); *Fisher v Pacific Mut. L. Ins. Co.*, 112 Miss. 30, 72 So., 846 (1916); *Allen v Chicago, Great Western R.R.*, 229 Ill. App. 38 (1925) (et la note dans *Ill. L. Rev.*, 1926, 816 e.s.); *Equitable Life Insurance Society v Gex's Estate*, 184 Miss. 577, 186 So. 659 (1939) (en l'espèce un résident de la Louisiane avait saisi les tribunaux du Mississippi, espérant sans doute profiter de l'existence dans ces Etat d'un jury, inconnu en Louisiane pour les affaires civiles. La compagnie d'assurance qu'elle avait assignée obtint une injonction contre cette procédure, injonction qui fut honorée dans une action ultérieure au Mississippi, impliquant les avocats de la demanderesse). Comme l'explique M. Rogers, "The majority of the courts which give such effect to the foreign injunction view all the factors giving rise to therestraining order as if they were passing on a plea of forum non conveniens rather than merely deciding whether to give effect to a foreign injunction" : *l.c.*, *Louisiana L. Rev.*, 1950, (302), 317.

le bénéfice de la *Full Faith and Credit Clause* aux injonctions *anti-suit*.<sup>1201</sup> En l'espèce la Cour devait se prononcer sur le caractère obligatoire pour les tribunaux du Missouri d'une injonction décernée par un tribunal du Michigan, interdisant à un ex-employé de GM de témoigner dans des procès mettant en cause le constructeur automobile.<sup>1202</sup> Le témoignage de l'ex-employé s'avérait crucial dans un litige opposant au Missouri l'entreprise de Detroit aux descendants du propriétaire d'un véhicule tué dans un accident de la circulation.

La Cour reconnut tout d'abord que la clause du *Full Faith and Credit* s'appliquait aux injonctions, ce qui avait été mis en doute.<sup>1203</sup> Elle souligna ensuite qu'entre États fédérés, cette clause ne laissait aucune place pour une quelconque exception d'ordre public, les jugements devant être reconnus même lorsqu'ils contreviennent à une règle fondamentale du for requis.<sup>1204</sup> Cette politique très libérale de reconnaissance, justifiée par les impératifs du fédéralisme, obligeait-elle toutefois les États à donner suite à une injonction du type de celle décernée en l'espèce? Tout en soulignant qu'elle n'entendait pas créer une exception au principe de libre reconnaissance,<sup>1205</sup> la Cour décida que ne bénéficient pas de la pleine reconnaissance les jugements qui "prétendent accomplir un acte officiel qui est de la compétence exclusive de l'autre Etat ou constituent une intervention dans une procédure judiciaire sur lequel le for de l'injonction n'a aucune autorité".<sup>1206</sup>

En l'espèce l'injonction aboutissait à dicter au tribunal du Missouri quels témoins il pouvait entendre, ce qui constituait une immixtion justifiant le refus qui lui était opposé. On peut facilement accepter qu'il en sera de même pour l'injonction *anti-suit*, bien que la Cour ait expressément réservé la question.<sup>1207</sup> L'exception reconnue par la Cour semble en effet taillée sur mesure pour les injonctions anti-suit. La décision *Baker* a dès lors sans doute signé la fin de toute prétention de l'interdiction de procéder à une quelconque circulation entre états américains.<sup>1208</sup>

<sup>1201</sup> *Baker et al. v. General Motors Corp.*, 522 U.S. 222, 118 S.Ct. 657, 139 L.Ed (2d) 89 (1998), v. les commentaires de P. J. BORCHERS, "Baker v. General Motors : Implications for Interjurisdictional Recognition of non-Traditional Marriages", *Creighton L. Rev.*, 1998, 147-185.

<sup>1202</sup> Il s'agissait en l'espèce d'une 'consent injonction', qui venait ratifier une transaction conclue entre GM et l'ex-employé.

<sup>1203</sup> Sur cette question, v. C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé avec Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987.

<sup>1204</sup> La Cour confirme ainsi sa jurisprudence antérieure et notamment *Fawcett v. Lunn*, 210 U.S. 230 (1908) et *Milwaukee County v. M. E. White & Co.*, 296 U.S. 268 (1935). Sur l'ensemble de la question, v. C. KESSEDIAN, *op. cit.*, Paris, Economica, 1987, 301 e.s. ainsi que SCOLES, HAYE, BORCHERS, SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 2000, 1171 e.s.

<sup>1205</sup> V. cependant l'opinion concurrente du juge *Kennedy*, selon qui la décision de la majorité aboutit bel et bien à créer une exception, dont les limites lui paraissent floues et le bien-fondé douteux, 522 U.S. 222, 243-245.

<sup>1206</sup> 522 U.S. 222, 235; 118 S. Ct. 657, 664 : "they purported to accomplish an official act within the exclusive province of that other State or interfered with litigation over which the ordering State had no authority" et plus loin 522 U.S. 222, 239 : "This conclusion creates no general exception to the full faith and credit command, and surely does not permit a State to refuse to honor a sister state judgment based on the forum's choice of law or policy preferences".

<sup>1207</sup> 522 U.S. 222, 236, le juge Ginsburg, écrivant pour la majorité, note que la Cour ne s'est pas encore expressément prononcée sur la question. V. également l'opinion de *Kennedy*, 522 U.S. 222, 244-245, qui regrette que la Cour ait formulé une exception en des termes généraux. La décision dans l'affaire *Baker* ne contredit pas la décision *Cole v. Cunningham* de la même Cour, déjà évoquée : dans la première, seule le caractère obligatoire de l'injonction était en jeu, alors que dans la seconde se posait la question de la possibilité pour un tribunal de faire interdiction à un justiciable d'engager une procédure devant un tribunal d'un autre Etat. On avouera toutefois que dans les deux cas, la clause du *Full Faith and Credit* était aux centres des préoccupations.

<sup>1208</sup> On peut noter que dans un article paru 1969, le juge Ginsburg avait déjà fait part de ses doutes sur la viabilité de l'injonction dans le système fédéral américain. Elle proposait notamment d'étendre l'interdiction faite aux



279. De la non reconnaissance de l'injonction à l'obligation de reconnaître le jugement étranger prononcé en violation de l'injonction - Le défaut de reconnaissance n'est pas la seule manifestation de l'opprobre affectant les injonctions au sein de l'espace judiciaire américain. Dans un article paru en 1969, Mme *Ginsburg*<sup>1209</sup> a montré que lorsque l'injonction n'est pas suivie d'effet et que la procédure interdite donne lieu à un jugement, il n'est pas exclu que celui-ci bénéficie de la clause du *Full Faith and Credit*. A ce titre, il devrait en principe être reconnu même par le for de l'injonction!<sup>1210</sup> Elle évoquait l'exemple d'une décision de la Cour d'Appel du 3<sup>ème</sup> Circuit, qui mettait aux prises un couple se déchirant par tribunaux interposés.<sup>1211</sup> L'épouse avait obtenu des tribunaux New Yorkais une série de décisions en sa faveur, nonobstant l'interdiction de procéder décernée à la demande de l'époux par les tribunaux du New Jersey. L'époux se plaignit alors du comportement de son épouse auprès de ces derniers tribunaux, qui sanctionnèrent l'épouse pour l'outrage à la Cour que constituait à leurs yeux la conduite d'une procédure devant les tribunaux new yorkais. L'épouse ne se laissa pas démonter et tenta ensuite d'obtenir l'exécution au New Jersey des décisions rendues en sa faveur par les tribunaux de New York. La Cour Suprême du New Jersey refusa cependant d'accorder un quelconque effet aux décisions obtenues en violation de l'injonction anti-suit.

Cette décision fut réformée par la Cour d'Appel du 3<sup>ème</sup> Circuit. La Cour constata que le refus de reconnaissance constituait une violation de la *Full Faith and Credit clause* – sans pour autant tirer les conséquences qui s'imposaient de cette décision, pour des raisons de procédure.<sup>1212</sup> Comme le note Mme. *Ginsburg*, cette décision n'a pas résolu de manière définitive la question. Elle observe toutefois qu'en principe le jugement au fond devrait prévaloir sur l'injonction : "l'injonction ne peut prétendre à des effets nationaux, alors qu'une décision sur le fond du litige entre parties doit en règle générale faire l'objet d'une reconnaissance ou d'une exécution dans tout le pays. Cette décision doit prévaloir sur l'injonction [...] parce que l'existence d'une enclave au sein de laquelle il peut être porté atteinte à l'efficacité d'une décision malgré son invulnérabilité est contraire à l'effet unificateur de la clause du *full faith and credit* ».<sup>1213</sup>

---

tribunaux fédérés d'enjoindre une procédure fédérale, aux relations entre tribunaux fédérés, R. B. GINSBURG, "Judgments in Search of Full Faith and Credit: the Last-In-Time Rule for Conflicting Judgments", *Harvard L. Rev.*, 1969, (798), 829 ("Also conceivable would be a general rule denying states authority to issue injunctions directed at proceedings in other states. Under current law, state courts may not issue injunctions against proceedings in federal courts [...] Arguably the same policy might apply between the states [...]").

<sup>1209</sup> Aujourd'hui juge à la Cour Suprême, le prof. Ginsburg est l'auteur de l'opinion majoritaire de la Cour dans l'affaire *Baker*.

<sup>1210</sup> R. B. GINSBURG, *l.c.*, *Harvard L. Rev.*, 1969, (798), 823-830. Selon M. *Burbank*, l'absence de reconnaissance des injonctions au sein de l'espace judiciaire américain explique sans doute pourquoi ses interdictions de procéder se font somme toute assez rares (S. BURBANK, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 210 : "That such injunctions apparently do not plague modern interstate litigation [...] may also reflect the bitter lessons of experience in a system that does not require recognition of antisuit injunctions [...]").

<sup>1211</sup> *Joffe v Joffe*, 384 F.2d 632 (3d Cir. 1967), *cert. denied*, 390 U.S. 1039 (1968).

<sup>1212</sup> Sur ces raisons, R. B. GINSBURG, *l.c.*, *Harv L. Rev.*, 1969, 827-828.

<sup>1213</sup> *l.c.*, *Harv L. Rev.*, 1969, 829-830 : "The injunction does not qualify for national effect, while the adjudication of the parties' dispute normally would command nationwide recognition and enforcement. That adjudication should supersede the injunction [...] because the existence of an enclave in which the effectiveness of a judgment can be nullified despite its invulnerability elsewhere is antithetical to the unifying function of the full faith and credit clause". Pour Mme. Ginsburg, l'injonction ne doit donc pas permettre au for de l'injonction de priver une décision au fond de tout effet, puisque dans ce cas, "the theoretically national resolution of the dispute may be practically valueless to the judgment creditor" (p. 830). Elle accorde au contraire à l'injonction un rôle limité, qui consiste à "notify the state in which litigation has been instituted of the enjoining state's appraisal of forum conveniens" (*idem*). Cette fonction de signalisation pourra au mieux convaincre le for de respecter l'injonction comme geste de courtoisie, s'il est convaincu...



La question de l'effet auquel peut prétendre une décision rendue en violation d'une injonction *anti-suit* n'est pas encore définitivement tranchée en droit américain. Nous ne nous y attarderons pas, elle nécessiterait des développements trop longs. Cette question a le mérite de montrer que l'injonction *anti-suit* n'a pas toujours l'efficacité redoutable qu'on lui prête, puisqu'elle n'empêchera pas nécessairement le for de l'injonction d'être confronté à une décision au fond prise en violation de l'ordre qu'il a décerné.

**280. Conclusion : la nécessaire solitude du for de l'injonction** - L'injonction *anti-suit* n'est pas accueillie avec beaucoup d'enthousiasme dans les relations interaméricaines.<sup>1214</sup> En somme, le for de l'injonction ne peut compter que sur ses propres moyens pour mettre l'injonction à exécution.<sup>1215</sup> Ceci diminue d'autant l'efficacité de l'instrument comme méthode de résolution des conflits de procédures. Il y a toutefois plus grave. Le refus des tribunaux étrangers de collaborer à la mise en oeuvre de l'injonction fait en effet parfois place à une réaction plus agressive.

## 2. L'INTERDICTION DE PROCEDER, UNE SOURCE DE CONFLIT

**281. L'interdiction de procéder, un 'remède' pire que le mal** - Le défaut le plus fondamental de l'injonction *anti-suit* est sans doute sa propension à nourrir les conflits entre les tribunaux plutôt qu'à les apaiser. L'interdiction de procéder constitue un ordre adressé par une juridiction à une partie, lui enjoignant de mettre fin ou de ne pas commencer une procédure devant un autre tribunal. On a vu que le for de l'injonction ne devait pas compter sur la coopération du for étranger pour la mise en oeuvre de son commandement. L'interdiction de procéder sera en outre souvent perçue comme une

<sup>1214</sup> La doctrine a à maintes reprises constaté le peu d'effet qu'ont les injonctions dans les relations américaines. M. Leflar écrivait par exemple que les injonctions anti-suit "have no absolute compulsion behind them. Citations for contempt threatens one who disobeys an injunction, but that threat will not always afford an effective restraint" (R. A. LEFLAR, *American Conflicts Law*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1977, 103, § 53). D'autres auteurs abondent dans le même sens : par exemple L. F. DEL DUCA et G. A. ZAPHIROU, "United States", in *Defining Jurisdiction*, 418 ("An injunction can only be enforced by contempt proceedings if the person against whom the injunction was issued is physically within the jurisdiction. Imposition of a fine against a person who is outside the jurisdiction will raise problems of enforcement, and imprisonment is, of course, impossible. Sequestration of the property of an absent individual or foreign corporation will often prove impractical for lack of due process"); A. VOLLMER, "US Federal Courts Use of Antisuit Injunctions to Control International Forum Selection", *l.c.*, 261 ("[...] to ensure effectiveness of an antisuit injunction, absent voluntary compliance, [...] the U.S. court needs to be able to (or credibly threaten to) seize assets or imprison a sufficiently senior representative of the offending party. The U.S. Court cannot do that outside the territory of the United States without the cooperation of the foreign authorities"); G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 601 ("American law provides no satisfactory solution to the problem of non-acquiescence by the courts of one state in the restraint of their proceedings by the courts of another").

<sup>1215</sup> Le for de l'injonction ne doit pas compter sur la collaboration du tribunal étranger dans la mise en oeuvre de l'injonction. Il est permis d'aller plus loin et de penser que la question de la reconnaissance d'une injonction anti-suit ne se pose pas, à défaut pour celle-ci de revendiquer un quelconque effet extra-territorial. Il ne peut en effet y avoir de reconnaissance que pour autant que la décision postule un certain effet extra-territorial (sur cette question dans le contexte de la faillite internationale, v. Cass., 26 sept. 1991, *R.W.*, 1991-92, 917). Or, on l'a vu, les tribunaux anglais et américaines s'évertuent à souligner la caractère *in personam* de l'injonction et leur volonté de ne viser que le défendeur et non le for étranger. Ce faisant, l'injonction épuise ses effets dans le for enjoignant. Il n'y a dès lors pas matière à reconnaissance, le for de l'injonction ne prétendant pas conférer un quelconque effet extra-territorial à sa décision. Il en irait autrement d'une décision postérieure qui constaterait la violation de l'injonction et prononcerait des sanctions à l'égard du défendeur. Le seul effet extra-territorial que postule l'interdiction de procéder ne s'adresse pas au tribunal visé - ce qui constituerait d'ailleurs une violation du droit international, mais seulement au défendeur à qui interdiction est faite de poursuivre sa demande. A notre sens, cette extra-territorialité ne postule aucune reconnaissance, le for de l'injonction choisit de s'en passer pour ne compter que sur ses propres moyens pour assurer la sanction de l'injonction. On pourrait dire que la question de la reconnaissance se résorbe donc dans le caractère *in personam* de l'injonction.

véritable *intrusion* dans le fonctionnement de la justice, prérogative du for. Loin de laisser indifférente, elle peut être ressentie comme une attaque et provoquer des frictions qui ne sont pas de nature à résoudre le conflit de procédures. On peut en outre craindre une riposte de la part du tribunal visé; l'injonction peut à ce titre être comparée à la proverbiale huile que l'on jette sur le feu (des conflits de procédures). L'histoire et quelques expériences récentes sont là pour le prouver.

**282. L'histoire des injonctions, riche de conflits - L'histoire d'abord.** L'interdiction de procéder traîne à sa suite une longue histoire de controverses et de conflits. Dès l'origine, les tribunaux de *common law* n'ont eu cesse de dénoncer la pratique des tribunaux de l'*Equity* qui s'étaient arrogé le pouvoir de décider d'une cause par injonction.<sup>1216</sup> A plusieurs reprises il a fallu l'intervention du roi ou d'une commission royale pour départager les deux ordres judiciaires. Comme le note M. Hartley, ces disputes annonçaient celles à venir.<sup>1217</sup> On constate d'ailleurs que l'injonction a aujourd'hui quasiment disparu du contentieux interne dans les juridictions de *common law*.

Il est significatif que dans la plupart des pays, cette disparition ait été le résultat d'une intervention législative qui avait précisément pour but de préserver la paix judiciaire dont on pressentait qu'elle était menacée par les conflits auxquels l'interdiction de procéder donnait lieu.<sup>1218</sup> Comme l'a relevé la Cour Suprême, les limites apportées par le législateur américain au pouvoir d'injonction visaient à "préserver l'harmonie [...] dans notre système fédéral complexe en évitant les frictions inutiles entre deux ordres judiciaires aux compétences concurrentes".<sup>1219</sup> Peut-on espérer meilleure preuve de la nature conflictuelle de l'injonction *anti-suit* ?

<sup>1216</sup> Selon M. Hartley, "From the beginning [...] these injunctions caused conflict with the common law courts" T.C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 489. V. également le rappel historique de STORY qui souligne que "This jurisdiction of granting injunction [...] met the decided opposition and hostility of the Courts of Common Law from a very early period of the exercise of Equity Jurisprudence" : *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 1918, 14ème éd., Boston, Little, Brown & Co., 560, § 1194. Ajoute la célèbre affaire *Earl of Oxford*, (1615) 1 W. & T., 615; 21 Eng. Rep. 485.

<sup>1217</sup> T.C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 489 : "This discord was a portent of things to come".

<sup>1218</sup> V. l'*Anti-Injunction Act* (28 U.S.C. § 2283), qui dénie aux tribunaux fédéraux le pouvoir d'enjoindre les tribunaux fédérés, sauf quelques exceptions. Cette loi n'a pas vocation à s'appliquer aux espèces internationales, *Medtronic, Inc. v. Catalyst Research Corporation*, 518 F. Supp. 946, 954, note 11 (DC Minn 1981).

En Angleterre le *Judicature Act*, section 24(5) de 1873 a interdit l'injonction entre les différentes divisions de la High Court. Même si en théorie le pouvoir d'injonction subsiste à l'égard d'autres tribunaux anglais, M. Hartley fait observer qu'en pratique il n'en est fait utilisation que dans les espèces internationales (*l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 489, note 14). Dans le même sens, I. SPRY, *ac.*, 1990, 329-330 (l'auteur note que la disparition des tribunaux d'*equity* et la reconnaissance de pouvoirs équitables à tous les tribunaux a fait disparaître la raison d'être de l'injonction *anti-suit*) et W. KENNET, "Les injonctions *anti suit*", in *L'efficacité de la justice européenne*, G. DE LEVAL et M.-T. CAUPAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 133 ("Since that time it has not been necessary to use *anti-suit* injunctions within the purely domestic context, but they have found a new and increasing role in the international arena"). Pour des instances d'utilisation de l'injonction entre tribunaux anglais, v. les exemples cités par H. HANBURY et J. MARTIN, *ac.*, 1993, 791, notes 67, 68 et 69.

Pour l'Australie, P. NYGH note que "An Australian court should not interfere with or restrain proceedings instituted in another Australian jurisdiction" : *Conflict of Laws in Australia*, Sydney, Butterworths, 1995, 113 Pour le Canada, v. R. J. SHARPE, *Injunctions, Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book, 1992, p. 5.24 (note que les tribunaux "have been reluctant to use" l'injonction contre les tribunaux inférieurs). Au Québec, l'article 758 C.P.C. interdit formellement aux tribunaux d'empêcher la poursuite d'une procédure judiciaire. Selon cette disposition, « Une ordonnance d'injonction ne peut en aucun cas être prononcée pour empêcher des procédures judiciaires [...] ».

<sup>1219</sup> A propos de l'intervention du législateur américain qui remonte à 1793 et s'est perpétuée depuis, le juge Frankfurter de la Cour Suprême écrivait que "That provision is an historical mechanism [...] for achieving harmony in [...] our complicated federalism by avoiding needless friction between two systems of court having potential jurisdiction over the same subject matter" : *Hale v. Bixco Trading Co.*, 306 U.S. 375, 378; 59 S. Ct. 526, 527.

**283. L'injonction comme source de frictions, quelques exemples récents** - Les expériences récentes ensuite. L'interdiction de procéder est par nature susceptible de froisser, ne fut-ce qu'indirectement, la susceptibilité du for étranger. La jurisprudence offre de nombreux exemples de réactions outrées d'un tribunal dont la procédure est paralysée par l'intervention d'un autre. La réaction du juge américain dans l'affaire *Laker* est à cet égard exemplaire. Constatant que l'injonction anglaise constitue un obstacle à la poursuite des débats, le juge *Wilkey* fulminait et décrivait l'injonction comme une "immixtion d'un tribunal étranger [...] dans une procédure judiciaire américaine qui manque totalement de justification".<sup>1220</sup>

Si telle est la réaction d'un juge familier avec le mécanisme de l'injonction, on peut comprendre l'étonnement et le rejet que l'injonction provoque chez les juges d'autres systèmes, que leur formation et tradition juridique n'a pas habitué à ce type de mécanisme.<sup>1221</sup> Il suffit pour s'en convaincre d'examiner la décision déjà évoquée de la Cour d'Appel de Düsseldorf dans l'affaire *Phillip Alexander*.<sup>1222</sup> Le juge allemand n'a en l'espèce pas eu de mots assez forts pour condamner l'atteinte à la souveraineté allemande que constituait selon lui l'injonction anglaise.<sup>1223</sup> L'affaire *Gregg Lerrond* déjà citée a également été l'occasion d'une forte réaction du tribunal belge, où un refus catégorique de donner une quelconque suite à l'injonction américaine le disputait à une interdiction de continuer la procédure américaine.<sup>1224</sup>

**284. Le danger des ripostes et des contre-mesures** - Cette dernière affaire est révélatrice d'un autre danger inhérent à l'injonction : au delà de la réaction froissée du tribunal visé, qui ne prête somme toute pas à conséquence, on peut craindre que l'injonction ne suscite une riposte qui contribue à envenimer le conflit et à éloigner tout espoir de solution. Le danger est en effet que l'injonction fasse naître un cycle de mesures de rétorsion et de contre-mesures, qui paralysent les deux procédures.

Ce risque n'est pas propre à l'interdiction de procéder. Tout exercice d'une compétence extra-territoriale porte en lui les germes d'une collision potentielle, parce que la décision peut entrer en conflit avec celle prise par le for où elle doit déployer ses effets.<sup>1225</sup> La pratique du contentieux international offre de nombreux exemples de tels cycles d'action-

<sup>1220</sup> *Laker Airways Ltd. v Pan American World Airways*, 577 F. Supp. 348, 354, 355-356 (D.D.C. 1983) : "intrusion of foreign courts and foreign executive officials into the United States judicial process on bases that [...] do not appear legitimate".

<sup>1221</sup> Certains s'emploient cependant à escamoter le risque que fait peser l'interdiction de procéder sur les bonnes relations entre pouvoirs judiciaires nationaux. Ainsi un juge anglais a-t-il récemment décidé qu'il n'était pas démontré que le tribunal français contre qui l'injonction était dirigée, prendrait ombrage de cette injonction. Le juge a écarté les écrits doctrinaux qu'on lui soumettait en ce sens, pour constater que la jurisprudence française ne s'était pas encore prononcée sur la question : *Navigation Maritime Bulgare v Rustal Trading Ltd., The Ivan Zugubarski*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 106, 126. V. aussi les observations du juge Posner in *Allendale Mutual Insurance Co. v Bull Data Systems, Inc.*, 10 F.3d 425 (7th Cir. 1993) et les observations de M. J. WHINCOP et M. KEYES, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Ashgate, Aldershot, 2001, 152 (ces auteurs dénie aux intérêts étatiques toute pertinence dans la solution de questions de droit international privé et en déduisent fort logiquement qu'il faut dépasser l'idée selon laquelle l'injonction peut être perçu comme une agression par le tribunal visé).

<sup>1222</sup> OLG Düsseldorf, 10 octobre 1996, précité.

<sup>1223</sup> Les attendus du juge traduisent bien son incompréhension face à l'injonction, il résume la procédure anglaise en désignant le juge anglais sous le patronyme de 'Mr. T', ce qui fait penser à la manière dont les prévenus sont nommés!

<sup>1224</sup> Trib. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-91, 676, cfr. *supra*.

<sup>1225</sup> V. déjà la note de D. W. F. Verkade, commentant l'arrêt *Interlas* du Hoge Raad déjà cité, qui a inauguré la jurisprudence néerlandaise en matière d'injonction. M. Verkade parle de "collisiegevaar als verschillende nationale rechtens eenzelfde internationale bevoegdheid aannemen" : H.R., 24 novembre 1989, *N.J.*, 1992, 404.

réaction.<sup>1226</sup> Il suffit de penser au contentieux américano européen en matière d'obtention des preuves – qui a inspiré à la doctrine allemande l'expression sans équivoque de '*Justizkonflikt*'. On connaît les réserves des juristes américains à l'encontre de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger : le mécanisme mis en place est jugé trop lourd et la portée de l'entraide judiciaire trop réduite, notamment en raison des nombreuses réserves formulées par les Etats contractants quant à l'application de la Convention aux procédures de 'pre-trial discovery'. Ces réserves expliquent sans doute la surprenante décision de la Cour Suprême dans l'affaire *Aéropatiale*, qui a vu dans la Convention une simple faculté et non un mécanisme obligatoire.<sup>1227</sup>

Cette funeste jurisprudence permet aux tribunaux américains de continuer la pratique unilatérale consistant à obtenir du défendeur des éléments de preuve jugés nécessaires en lui adressant une injonction à cet effet. Comme pour l'injonction *anti-suit*, il s'agit alors d'une injonction *in personam*, et le défendeur s'expose à de lourdes sanctions s'il n'obtempère pas.<sup>1228</sup> Cette pratique unilatérale a suscité une intense réaction négative de nombreux Etats européens, qui se sont dotés d'un arsenal législatif faisant interdiction à leurs ressortissants de témoigner ou de livrer certains documents.<sup>1229</sup> Bref l'exercice extraterritorial de compétence a provoqué une réaction, qui est loin d'avoir simplifié la position du justiciable. Comme le note justement M. Droz, "aux tirs de batterie on répondit par des tirs de contre-batterie, ce qui ne facilite guère l'obtention sereine de la justice sur le plan international".<sup>1230</sup>

Aux mesures coercitives d'un Etat répondront souvent les mesures antinomiques de l'autre Etat. La question n'est pas de savoir lequel des deux Etats a 'raison' et lequel a violé les prescrits internationaux, par exemple par une extra-territorialité abusive.<sup>1231</sup> Il

<sup>1226</sup> Paradoxalement, c'est le refus des tribunaux américains de statuer sur certains litiges qui provoque une réaction de certains pays ces dernières années. Certains pays d'Amérique du Sud ont ainsi promulgué des législations proclamant que leurs tribunaux sont 'indisponibles' pour empêcher un tribunal américain de se déclarer forum non conveniens, v. les législations citées par J. FELLAS, « Important Doctrines and Tools of International Litigation », in *International Business Litigation & Arbitration 2001*, I, J. FELLAS (éd.), New York, Practising Law Institute, 2001, (25), 38 et la réaction des tribunaux américains : *Palanco v H. B. Fuller Co*, 941 F. Supp. 1512 (D. Minn. 1996). Les Caraïbes ont adopté le même type de législation, v. Z. McDOWELL, « Forum Non Conveniens : the Caribbean and Its Response to Xenophobia in American Courts », *I.C.L.Q.*, 2000, 108-130.

<sup>1227</sup> *Société Nationale Industrielle Aéropatiale v U.S. District Court for the Southern Dist. of Iowa*, 482 U.S. 522, 107 S.Ct. 2542, 96 L.Ed. 2d 461 (1987). Une traduction française de la décision est parue à la *R.C.D.I.P.*, 1988, 559 avec une note de A. DYER.

<sup>1228</sup> Sur la problématique en général, et en particulier la compétence internationale des tribunaux américains, v. les réflexions de M. Lowenfeld, qui note que "no aspect of international litigation has caused as much friction as the issue of discovery", A. LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness. Essays in Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 137. V. également K. P. MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationale Wirtschaftsrecht. Eine vergleichende Untersuchung unter besondere Berücksichtigung des US-amerikanischen und deutschen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, 533 p.

<sup>1229</sup> P. ex. la loi française n° 80-358 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et de renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes étrangères, *J.O.*, 1980, 1789; *R.C.D.I.P.*, 1980, 871. Sur ce phénomène, v. F. RIGAUX, "Droit économique et conflits de souverainetés", *RabelsZ.*, 1988, 104-156; L. COLLINS, "Lois de blocage ou de rétorsion, l'expérience du Royaume-Uni", *D.C.P.I.*, 1986, 597-615; A. V. LOWE, "Blocking Extraterritorial Jurisdiction, the British Protection of Trading Interests Act", *Am J. Int'l. L.*, 1981, 257-282. Sur la position du justiciable 'coincé' entre les ordres contradictoires de deux ordres juridiques, v. l'étude de P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, précitée.

<sup>1230</sup> G. A. L. DROZ, "Droit du demandeur", *T.C.F.D.I.P.*, 1993-94, 110.

<sup>1231</sup> Sur la licéité des 'contre-mesures' en droit international, v. D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international. étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Publications de la Revue générale de droit international public n° 45, Paris, Pedone, 1994, 503 p.

s'agit seulement de *constater* que l'exercice unilatéral du pouvoir extra-territorial de coercition débouchera souvent sur une réponse tout aussi agressive.<sup>1232</sup>

285. Le bras de fer judiciaire des injonctions et contre-injonctions - Force est de constater que l'injonction *anti-suit* est susceptible de provoquer le même type de réaction agressive. L'affaire *Laker* offre encore une fois l'exemple le plus manifeste de l'escalade à laquelle peut conduire l'injonction. C'est en effet à une véritable guérilla que se sont livrés les tribunaux anglais et américains. Pressentant qu'elle serait la prochaine 'victime' des curateurs de la défunte compagnie aérienne, qui avaient déjà assigné divers concurrents ainsi qu'un constructeur d'avions devant les tribunaux américains en réparation des dommages causés par des pratiques anti-concurrentielles, la banque Midland prit les devants et obtint du juge anglais une injonction interdisant aux curateurs de l'attirer devant les tribunaux américains.<sup>1233</sup> Une fois cette première brèche ouverte, certaines des compagnies aériennes déjà assignées aux Etats-Unis sollicitèrent également la protection des tribunaux anglais. Ce n'est pas alors une mais deux injonctions que le for anglais décerna : la première visait la procédure déjà entamée aux Etats-Unis, la seconde interdisait aux curateurs de tenter d'obtenir une injonction du tribunal américain.<sup>1234</sup> Avant d'être mis complètement hors jeu, les curateurs parvinrent à convaincre ce dernier de répliquer en interdisant aux autres défendeurs de tenter de paralyser la procédure américaine.<sup>1235</sup>

Voilà donc un conflit où la première injonction en a entraîné une autre et ainsi de suite, jusqu'à aboutir à une impasse - qui a forcé les tribunaux américains à solliciter l'aide d'un *amicus curiae* pour examiner comment sortir de l'impasse.<sup>1236</sup> Si la Chambre des Lords n'était pas revenue sur la décision du juge du fond accordant l'injonction,<sup>1237</sup> seul un improbable *deus ex machina* aurait pu mettre fin au conflit.

La saga *Laker Airways* illustre bien la possibilité de voir l'injonction conduire à un véritable "bras de fer judiciaire",<sup>1238</sup> dont le justiciable fera les frais. Au passage elle montre qu'un tribunal qui entend rendre au for de l'injonction la monnaie de sa pièce dispose pour ce faire de deux techniques. La contre-mesure peut selon les circonstances prendre la forme d'une interdiction imposée au défendeur d'engager ou de poursuivre la procédure étrangère. Le cas échéant, interdiction peut également être faite au défendeur

<sup>1232</sup> De façon générale, les nombreux incidents et conflits économiques provoqués par un certain type de législation américaine viennent confirmer cette constatation. Les lois litigieuses, aux noms évocateurs de *Libertad Act* et *Iran and Lybia Sanctions Act*, comportent des sanctions extra-territoriales s'appliquant aux entreprises qui établissent des relations commerciales ou financières avec certains pays. Voyez par exemple les réponses qui ont suivi la loi dite de *Helms-Burton*, et en particulier la réponse européenne qui a pris la forme du Règlement CE n° 2271/96 du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, *J.O.C.E.*, L-309 du 29 novembre 1996. *Cors.* également la condamnation par l'Assemblée Générale des Nations Unies, résolution 51176 du 12 novembre 1996 et 53/4 du 22 octobre 1998. Sur cette question, B. STERN, "Vers une mondialisation juridique? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy", *Reu Gen DIP*, 1996, 979-1003; M. OSNARD, "Les lois Helms-Burton et Kennedy-d'Amato, interdiction de commercer et d'investir dans certains pays", *A.F.D.I.*, 1996, 31 e.s.; A. F. LOWE, "US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and d'Amato Acts", *I.C.L.Q.*, 1997, 378 e.s.

<sup>1233</sup> *Midland Bank plc and another v Laker Airways, Ltd. and others* [1986] QB 689, [1986] 1 All ER 526 (C.A.).

<sup>1234</sup> *British Airways Board v Laker Airways Ltd.*, [1984] QB 169 (C.A.) et en première instance *British Airways Board v Laker Airways Ltd.*, [1984] QB 142.

<sup>1235</sup> 559 F. Supp. 1124 (D.C.Cir. 1983) et en appel 731 F. 2d 909 (D.C. Cir. 1984).

<sup>1236</sup> Le rapport de l'*amicus curiae* est paru in 23 *Int'l Leg. Mat.* 594 (1984).

<sup>1237</sup> *British Airways Board v Laker Airways Ltd.*, [1985] A.C. 58.

<sup>1238</sup> L'expression est celle de H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu Gén. Procédures*, 1999, (747), 757.

de solliciter ou d'invoquer une injonction *anti-suit*, mesure qui est alors désignée sous l'expression '*anti-anti-suit injunction*'.

286. Le cycle potentiellement infini des ripostes - Le cycle des ripostes peut encore aller plus loin puisqu'on a vu une partie obtenir une interdiction de procéder 'au troisième degré', ou une '*anti-anti-anti suit injunction*'. Dans un litige opposant les tribunaux australiens et américains, une partie a en effet sollicité d'un juge australien qu'il interdise à son adversaire de demander à un juge de New York une injonction qui aurait empêché la première partie de demander aux tribunaux australiens d'enjoindre l'adversaire !<sup>1239</sup> On pourrait multiplier à l'envi les exemples dans lesquels l'injonction a contribué à envenimer un litige.<sup>1240</sup> Pour éviter qu'une demande d'injonction ne soit immédiatement parée par une demande similaire devant les tribunaux adverses, certaines parties prennent d'ailleurs soin d'introduire leur demande de façon unilatérale (*ex parte*) afin que l'adversaire soit pris par surprise et ne puisse plus riposter parce que déjà soumis à l'injonction.<sup>1241</sup>

Les tribunaux sont pleinement conscients du risque. Déjà en 1831, un tribunal américain avait invoqué le spectre d'une véritable guérilla entre tribunaux pour refuser d'accorder l'injonction que sollicitait le demandeur.<sup>1242</sup>

<sup>1239</sup> Affaire *Citibank-Linter*, rapportée et commentée par N. NELSON, "Forum non conveniens, Comity, Antisuit Injunctions and Parallel Proceedings", in *Are International Institutions Doing Their Job?*, Proceedings of the 90th Annual Meeting of the American Society of International Law, 1997, 67. Dans cette affaire v. également *Linter Group Ltd. v Goldberg et al.*, 7 A.C.S.R. 580 (S.C. Victoria 1992) et *Allstate Life Insurance Co. et al. v Linter Group Ltd.*, 994 F.2d 996 (2nd Cir. 1993).

<sup>1240</sup> P. ex. *Owens-Illinois v Webb*, 809 S.W. 2d 899 (Tex. App. - Texarkana 1991) (un conflit à propos de responsabilité en matière d'amiante a donné lieu à une injonction de part et d'autre de la frontière américano-canadienne); *Owens-Corning Fiberglass Corp. v Baker*, 838 S.W. 2d 838 (Tex. App. 1992) (injonction accordée pour interdire au défendeur de demander une injonction anti-suit aux tribunaux canadiens); *Pittsburgh-Corning Corp. v Askeve*, 823 S.W. 2d 759 (Tex. App. 1992); *Man v Haryanto* [1991] 1 Lloyd's Rep. 429 et les commentaires de P. B. CARTER, BYBIL 1991, 447-464 (conflit similaire entre l'Angleterre et l'Indonésie); *E I Du Pont de Nemours & Co v IC Agnew et al (No 2)*, [1988] 2 Lloyd's Rep. 240 (en première instance, le tribunal avait accordé une injonction "restraining the insurers from proceeding with the claim in the Illinois proceedings for a permanent injunction to restrain the English proceedings", l'injonction fut cassée en appel sur la promesse des assureurs de ne pas chercher à obtenir une injonction *anti-suit* aux Etats-Unis). Dans l'affaire *Amchem*, le juge texan a accordé une anti-anti-suit injunction, *Amchem Products Inc v British Columbia (WCB)* [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 101; *Amoco (U.K.) Exploration Co. et al. v British Offshore Ltd. et al.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 772 (demande déclaratoire en Angleterre suivie d'une demande d'injonction au Texas, réplique du juge anglais avec une injonction, finalement la paralysie est évitée parce que les parties s'entendent pour soumettre une partie de leur litige au juge anglais); *National Mutual Holding Pty Ltd v Sentry Corp.* (1989) 87 ALR 539 (conflit américano-australien où deux juridictions se sont opposées à coup d'injonctions); *Shell UK Exploration and Production Ltd v Innes*, 1995 STL 807, 812-813 (1994 Outer House) (un accident d'hélicoptère en mer du Nord donne lieu à une série de procédures au Texas et en Ecosse. Le juge écossais accorde une injonction interdisant aux défendeurs de demander des tribunaux texans une injonction anti-suit visant la procédure écossaise, le tribunal texan réagit *sua sponte* en interdisant aux demandeurs devant le juge écossais de chercher à faire paralyser la procédure texane... Sur cette affaire v. E. C. BROWN, "Interdict Proceedings in Scotland to Prevent or Restrict Court Actions in the United States", *Scots Law Times*, 1995, 253-260). V. également M. SCHIMEK, "Anti-Suit and Anti-Anti-Suit Injunctions; A Proposed Texas Approach", *Baylor L. Rev.*, 1993, 499 e.s.

<sup>1241</sup> V. le récit que fait M. Lowenfeld du litige qui a opposé Enron et Amoco : A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l L.*, 1997, 317-318.

<sup>1242</sup> *Mead v Merritt*, 2 Paige 402, 405 (1831) ("If this court should sustain an injunction bill to restrain proceedings previously commenced in sister state, the court of that state might retaliate upon the complainant, who was defendant in the suit here; and [...] might compel him to relinquish the suit subsequently commenced here. By this course of proceedings, the courts of different states would indirectly be brought into collision with each other in regard to jurisdiction; and the rights of suitors might be lost sight of in a useless struggle for what might be considered the legitimate powers and rights of courts"). V. également le dictum de Justice Steyn, dans l'affaire *Man v Haryanto* (1ère instance, cité par CA, [1991] 1 Lloyd's Rep. 429), qui note que "Injunctive relief with extraordinary effect [...] is, after all, inconsistent with normal relations between friendly sovereign states, and it is subversive of the best interests of the international trade system". La Cour d'Appel n'a pas décidé autrement lorsqu'elle fit observer par la voix du juge Laddie dans l'affaire *Fort Dodge (Fort Dodge v Akzo Nobel)*, [1998] F.S.R.

Bien sûr l'interdiction de procéder ne provoquera pas automatiquement une réaction 'en nature' du tribunal étranger. Encore faut-il que celui-ci dispose des mêmes armes<sup>1243</sup> et que l'enjeu du litige justifie que le tribunal prenne ombrage de l'injonction. Toujours est-il que le caractère proprement abrasif de l'injonction ne contribuera certainement pas à apaiser les esprits. Ainsi que le note M. Bermann, "interjurisdictional conflicts [will] highly likely follow in the wake of the injunction's issuance".<sup>1244</sup> A ce titre, l'interdiction de procéder s'apparente plus à une source de friction supplémentaire qu'à un véritable mécanisme de coordination.

Le danger est que la riposte du for visé par l'injonction n'aboutisse à paralyser les deux procédures et à créer ainsi une impasse, comme l'observait la Cour d'Appel dans l'affaire *Gau Shan* :

"Lorsque les parties liées à une opération internationale engagent des poursuites dans des fors différents, l'existence du pouvoir d'injonction fera naître le risque qu'aucune décision au fond ne sera rendue. Si le tribunal étranger et le tribunal américain interdisent à leurs ressortissants respectifs de poursuivre la procédure devant le for étranger, les deux procédures s'en trouveront paralysées et aucune des parties n'obtiendra ce qu'elle réclame du juge. Au plus les tribunaux font utilisation de ce mécanisme extraordinaire, au plus nous assisterons à ce type de paralysie indésirable ».<sup>1245</sup>

Voilà qui nuance fortement l'utilité de ce mécanisme. On va voir qu'il est une autre raison de douter de l'efficacité de l'interdiction de procéder.

\* \*  
\*

---

222 (C.A.) que "If it were open for one national court to restrain a party from seeking relief from another on the same basis that the one did not think that the other would get the law right, why could there not be a counter-injunction?"

<sup>1243</sup> Ou s'arroge le droit de les créer, comme l'a fait le tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire *Gregg Lemond*, *infra*, n° 290.

<sup>1244</sup> G. BERMANN, *l.c.*, *Columbia J. Transnatl. L.*, 1990, 601 (et dans la même étude, pp. 619-620 : "[...] anti-suit injunctions have a remarkable aptitude for multiplying and for breeding further friction in their wake"). V. aussi les observations de F. DEL DUCA et G. A. ZAPHIROU, "United States", in *Dedining Jurisdiction*, 418 ("Attempts to restrain proceedings, even in an inter-State context, are not only often futile, but lead to delay, costs and friction between the two parallel jurisdictions") ainsi que de R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 3<sup>ème</sup> ed., Mineola, Foundation Press, 1986, 219 ("Because of the unseemly clash between courts that such an injunction may engender [...]"). *Cors.* également les observations de R. B. GINSBURG, *l.c.*, *Harv L. Rev.*, 1969, (798), 823, qui note que l'injonction est susceptible de créer un "abrasive conflict". Elle note également le "conflict-generating potential of the anti-suit injunction", p. 824. V. également J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 267, n° 175 (qui prévient que l'utilisation de l'injonction anti-suit par les juridictions allemandes pourrait conduire à une "Justizkrieg").

<sup>1245</sup> *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1354-1355 (6<sup>th</sup> Cir. 1992) : "In a case in which parties to an international transaction file separate suits in different forums, the availability of anti-suit injunctions presents the possibility that no relief will be granted. If both the foreign court and the United States court issue injunctions preventing their respective nationals from prosecuting a suit in the foreign forum, both actions will be paralyzed and neither party will be able to obtain any relief. The more readily the courts resort to this extraordinary device, the more frequently this sort of undesirable stalemate will occur". C'est ce même risque d'aboutir à une paralysie que la Cour d'Appel a souligné dans l'affaire *Laker Airways* pour justifier sa réserve : "A second reason cautioning against exercise of the power is avoiding the impedance of the foreign jurisdiction. Injunctions [...] effectively restrict the foreign court's ability to exercise its jurisdiction. If the foreign court reacts with a similar injunction, no party may be able to obtain any relief", *Laker Airways v Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984).



### § 3. L'interdiction de procéder : une solution fragmentaire

287. **Introduction et plan** - Même si on fait abstraction des difficultés inhérentes au caractère véritablement agressif de l'injonction *anti-suit*, force est de constater que ce mécanisme ne peut au mieux apporter de solution qu'à certains conflits de procédures. Dans l'état actuel du droit seule une poignée de juridictions peuvent en effet avoir recours à l'arme de l'injonction pour (tenter de) mettre fin à une procédure concurrente. Malgré les débats qui animent une certaine doctrine, il est incontestable que les tribunaux de tradition civile ne sont pas aujourd'hui en mesure d'interdire à une partie de commencer ou de continuer une procédure devant un juge étranger. Ces mêmes tribunaux disposent certes d'autres instruments pour peser sur le cours d'une procédure étrangère. On pense en particulier à la demande purement déclaratoire. On constatera toutefois qu'aucun de ces instruments ne peut véritablement être comparé à l'injonction *anti-suit*. Au total, une partie importante du contentieux international privé échappe à l'interdiction de procéder, qui n'est le fait que de quelques juridictions (1). Il y a plus : même si on suivait les enseignements d'une partie de la doctrine, qui prétend créer une injonction continentale, encore faudrait-il constater qu'une telle mesure ne pourrait se déployer au sein de l'espace judiciaire européen, dont les fondements sont proprement incompatibles avec l'interdiction de procéder. Ceci nous amènera à constater qu'avec l'avènement d'espaces judiciaires intégrés, l'interdiction de procéder pourrait bien vite rejoindre les rangs des espèces en voie de disparition (2).

#### 1. L'INTERDICTION DE PROCEDER, UNE MESURE INCONNUE DES DROITS CONTINENTAUX

288. **Généralités** - La constatation est évidente et ne nécessite que peu d'explications : les droits d'Europe continentale n'ont pas de tradition similaire à celle des tribunaux anglais et américains en matière d'injonction *anti-suit*. On vérifiera d'abord cette constatation pour les droits nationaux, tout en nuancant le propos à l'aide de quelques décisions isolées (A). Il faudra ensuite constater que les suggestions d'une certaine doctrine plaidant pour l'introduction d'une interdiction de procéder de droit civil, n'ont pas encore été suivies d'effets (B).

##### A. Le principe : une solution inexistante

##### I. En général

289. **Un constat qui s'impose** - L'injonction *anti-suit* n'appartient pas à la tradition civile, comme en témoignent les difficultés de traduction du concept. Si l'on fait abstraction du débat qui agite une partie de la doctrine allemande - *infra* n° 301 -, il est certain que ce mécanisme ne fait pas partie de l'arsenal dont disposent les pays de droit civil.<sup>1246</sup> C'est ce que la Cour d'Appel du Luxembourg a confirmé dans une décision

<sup>1246</sup> C'est ce que confirme une doctrine unanime. Selon M. VERHEUL, "Waait de *Antisuit Injunction* naar het Continent over ?", *N.I.P.R.*, 1989, (221), 221, "Dit instituut is tot dusver onbekend in continentale rechtstelsels". Même M. LENENBACH, qui s'évertue à démontrer la possibilité pour les tribunaux allemands d'enjoindre une partie, reconnaît d'emblée que "because the courts have no equity power, an equitable remedy, grounded in the same roots as the common law *antisuit* injunction, is unknown in Germany", M. LENENBACH, "Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States : Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention",



inédite de 1988 en constatant que le droit luxembourgeois ne connaissait pas le mécanisme de l'injonction *anti-suit*.<sup>1247</sup> Plus récemment le tribunal de commerce de Termonde a refusé d'accéder à la demande formulée par une entreprise belge, qui tendait à obtenir l'interdiction d'une procédure américaine de 'pre-trial discovery' qu'un concurrent américain avait engagé devant les tribunaux de l'Iowa.<sup>1248</sup> Selon la demanderesse, la procédure américaine constituait un abus de droit et une pratique commerciale anti-concurrentielle. Cette procédure visait initialement à obtenir compensation pour le débauchage d'un employé qui travaillait pour la filiale française de l'entreprise américaine. Le président du tribunal rejeta la demande, considérant qu'il ne disposait pas du pouvoir de juridiction pour statuer sur le caractère prétendument abusif de la procédure étrangère. Il observa que "la légitimité des mesures d'enquête dans le cadre de la procédure de discovery constitue une décision prise par le tribunal d'un Etat souverain, décision qui jouit d'une immunité de juridiction".<sup>1249</sup> Répondre positivement à la requête de la demanderesse, conclut le tribunal, "entraînerait nécessairement une immixtion dans le système judiciaire d'un Etat souverain".<sup>1250</sup> La décision aurait sans doute été la même s'il s'était agi d'interdire une procédure au fond, et non simplement une procédure interlocutoire.

**290. Une absence qui s'explique d'abord par l'histoire** - Si l'interdiction de procéder n'est apparue que dans les pays de *common law*, cela tient tout d'abord aux données historiques particulières de ces pays. On a vu qu'en Angleterre, l'injonction *anti-suit* est née d'une situation historique spécifique, à savoir la nécessité d'assurer la sanction effective des droits qui ne pouvaient être protégés par les tribunaux de *common law*.<sup>1251</sup> C'est pour répondre à ce besoin de justice que les juges de la Chancellerie ont eu recours à l'interdiction de procéder. La grande liberté de manoeuvre dont ils disposaient dans leur office, leur a permis d'innover en imprimant à l'injonction une direction nouvelle, même si déjà controversée à l'époque. L'injonction a ensuite essaimé naturellement avec les autres institutions de l'*Equity*. Aux Etats-Unis, elle a trouvé un terrain fertile dans le système judiciaire complexe divisé entre les juridictions fédérales et fédérées.

Ces circonstances historiques particulières qui expliquent l'apparition du mécanisme de l'interdiction de procéder ne se sont pas répétées sur le vieux continent. On peut

---

*Loy L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, 1998, (257), 276. Selon P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 3, la compétence de décerner des injonctions *anti-suit* "is virtually unknown outside common law countries". Pour la France, H. GAUDEMET-TALLON, "France", in *Dedining Jurisdiction*, (175), 186-187; pour l'Italie, N. TROCKER, "Italy", in *Dedining Jurisdiction*, (279), 286; pour la Suisse, K. SIEHR, "Switzerland", in *Dedining Jurisdiction* (381), 397-398; pour le Japon, M. DOGAUCHI, "Parallele Verfahren in Japan und den USA", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, (163), 181 et du même, "Concurrent Litigation in Japan and the United States", *Jap. Am. Int'l. L.*, 1994, (72), 92 ("A Japanese court would deny a claim for restraining the opponent from continuing the action in a foreign court"); E. SPIRO, "The Defence of Lis Alibi Pendens", *Com. & Int'l. J. of Southern Africa*, 1976, (89), 95 ("The English practice of staying foreign proceedings which is really in the nature of an injunction addressed to the plaintiff [...] does not [...] commend itself and, at any rate, has not been followed in South Africa"). Pour les droits scandinaves, L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 75, n° 10.

<sup>1247</sup> Cour d'Appel du Luxembourg, 24 février 1988, No. 10047, inédite, citée par P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 5.

<sup>1248</sup> Prés. Comm. Termonde (réf.), 3 janvier 2000, *R. W.*, 2001, 1095 et les observations de M. NEUT; *R.D.C.B.*, 2000, 242 et nos commentaires.

<sup>1249</sup> "[d]e rechtmatigheid van het onderzoek in de discovery-procedure is een beslissing genomen door een rechtcollege van een soevereine staat, welke handeling juridictionele immunitet geniet".

<sup>1250</sup> "[zou] onvermijdelijk een inmenging inhouden in het rechtsstelsel van een soevereine staat". Le tribunal nota surabondamment qu'il était également sans compétence internationale, en vertu de l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles.

<sup>1251</sup> *Supra* n° 207. Adde K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ème éd., traduit par T. WEIR, Oxford, Clarendon Press, 1998, 189.

d'ailleurs douter que si les circonstances s'étaient présentées, les tribunaux français, allemands ou belges se seraient permis de créer de toutes pièces un remède radicalement nouveau. Au contraire des juges de l'*Equity* dont le sens de l'innovation n'était pas limité par des règles formelles, la marge de manoeuvre de la plupart des tribunaux du continent est fortement réduite.<sup>1252</sup> Si interdiction de procéder il doit y avoir dans les juridictions de droit civil, ce ne saurait être le résultat que d'une (hypothétique) intervention du pouvoir législatif.<sup>1253</sup>

**291. Quelques décisions isolées** – Malgré les profondes différences historiques, les tribunaux de tradition civile ont également pu ressentir le besoin d'influencer le cours d'une procédure étrangère. Ceci explique sans doute que quelques décisions *ad hoc* semblent s'immiscer dans le cours d'une procédure étrangère jugée abusive. Ces décisions sont cependant trop isolées et critiquées pour que l'on puisse y voir autre chose que d'épisodiques accidents.

L'exemple le plus connu est sans doute la décision du *Reichsgericht* de 1938 dite du 'divorce letton'.<sup>1254</sup> Dans cette affaire, un citoyen allemand domicilié à Riga avait entamé une procédure de divorce devant les tribunaux de Lettonie, sans doute pour pouvoir bénéficier des termes plus libéraux du droit local - qui permettait le divorce après trois ans de séparation, alors que le droit allemand ne connaissait à l'époque que le divorce pour faute. La Cour impériale y décela un cas de fraude à la loi et confirma la décision de la Cour d'appel condamnant le mari non seulement à rembourser à son épouse les frais occasionnés par la procédure étrangère, mais également à interrompre cette procédure. Cette dernière condamnation ressemble à s'y méprendre à une interdiction de procéder. La Cour justifia sa décision en appelant aux bonnes moeurs, que la manoeuvre devant les tribunaux lettons mettait en danger.<sup>1255</sup>

La mesure ordonnée par le tribunal de Bruxelles dans l'affaire *Gregg Lemond* déjà évoquée (*supra*, n° 262), se rapproche également d'une interdiction de procéder : le différend opposait le coureur cycliste Gregg Lemond à son sponsor qui lui reprochait d'avoir

<sup>1252</sup> Cette constatation est sans doute quelque peu paradoxale, quand on sait que les tribunaux d'*Equity*, qui sont à l'origine de l'injonction, se sont largement inspirés de la procédure romano-canonique, qui a exercé une grande influence sur la procédure continentale, v. R. C. VAN CAENEGEM, "History of European Civil Procedure", *Int'l Ency. of Comparative Law, Civil Procedure* n° 16, Tübingen, Mohr, 1973, 45.

<sup>1253</sup> *Comp.* en Angleterre, où formellement le pouvoir d'injonction est conféré aux juridictions par la section 37 du 1981 *Supreme Court Act*, selon laquelle les tribunaux ont le pouvoir d'enjoindre une partie "in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so". Aux Etats-Unis au contraire, la seule réglementation spécifique concernant l'injonction anti-suit vise à en restreindre le champ d'application puisque le Anti-Injunction Statute (28 U.S.C. § 2283) interdit en principe aux tribunaux fédéraux d'enjoindre les tribunaux des Etats fédérés (*supra* note 1216).

<sup>1254</sup> RG, 3 mars 1938, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ), vol. 157, p. 136, *IPRspr.*, 1935-1944, n° 10 et les commentaires de K. WOLFF parus au *Clunet*, 1939, 378-382, de J. SCHRÖDER, "The Right Not To Be Sued Abroad", in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, H. J. MUSIELAK et K. SCHURIG (éds.), Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1987, (523), 529-530 ainsi que de F. REU, "Die Scheidungsklage eines deutschen Ehegatten vor einem ausländischen Gericht als unzulässige Rechtsausübung (Gesetzesumgehung)", *ZakDR*, 1938, 731-734 (*Zeitschrift der Akademie für Deutsches Rechts*). Cfr également les autres décisions citées par J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 264-265, n° 171-173.

<sup>1255</sup> Le *Reichsgericht* expliqua que l'introduction de la demande devant les tribunaux lettons constituait "eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise" et pouvait donc être sanctionné sur base du § 826 BGB, qui contient une norme générale établissant un régime de responsabilité extra-contractuelle pour violation intentionnelle des bonnes moeurs. L'application du droit allemand de la responsabilité extra-contractuelle était justifiée, sans doute un peu vite, par le fait que la citation avait été signifiée en Allemagne au domicile de l'épouse. V. plus récemment *Hanseatische OLG*, 22 janvier 1981, inédit, cité par W. HAU, 201 - dans laquelle le juge interdit au défendeur de faire saisir un navire appartenant à l'autre partie et se trouvant en Afrique du Sud.

méconnu diverses clauses du contrat qui les liait.<sup>1256</sup> Comme il a déjà été expliqué, le coureur cycliste obtint des tribunaux du Nevada une injonction obligeant le sponsor à abandonner la procédure dont il avait pris l'initiative. Non content de déclarer le jugement américain *inopposable* au demandeur, le juge belge crut bon d'interdire également au cycliste "de poser un quelconque acte de procédure qui violerait les règles de procédure en matière de litispendance, connexité ou compétence internationale", et ce sous peine d'une forte astreinte.<sup>1257</sup> S'il est difficile de comprendre la portée exacte de cette condamnation, on n'est plus très loin d'une interdiction de procéder devant le juge américain.<sup>1258</sup> Ici encore l'exemple est isolé et ne se prête guère à des conclusions générales.

On trouve enfin dans la jurisprudence néerlandaise deux décisions qui mettent en jeu une demande dont les termes évoquent ceux d'une interdiction de procéder. Dans les deux cas, la demande a toutefois été rejetée. Dans la première espèce, un conflit opposait une entreprise américaine à d'anciens employés, qui avaient commencé un commerce concurrent.<sup>1259</sup> L'entreprise obtint d'un tribunal américain un 'temporary restraining order', interdisant aux ex-employés de faire utilisation des connaissances acquises dans leurs anciennes fonctions. Les demandeurs cherchaient à convaincre le juge néerlandais non seulement qu'il interdise à l'entreprise d'invoquer l'ordonnance du juge américain, mais en outre qu'il lui ordonne de renoncer à toute action devant les tribunaux américains et de se désister des procédures déjà introduites. Pour rejeter cette demande, le président souligna qu'il était préférable que les demandeurs poursuivent l'annulation de la décision américaine devant les tribunaux américains.

Dans la seconde espèce, une citoyenne néerlandaise avait profité du passage de son ex-époux en Floride pour l'attirer devant les tribunaux de cet Etat, espérant obtenir une substantielle pension alimentaire. L'époux invoqua la protection du tribunal de Middelburg, à qui il demandait d'ordonner à son épouse de retirer la demande américaine. Plutôt que de rejeter catégoriquement cette demande, le juge préféra prudemment se prévaloir des compétences limitées du juge des référés, en soulignant qu'il n'était pas souhaitable d'ordonner une telle mesure dans le cadre du contentieux provisoire.<sup>1260</sup>

**292. Des décisions critiquables qui n'ont pas fait jurisprudence** - Ces exemples isolés ne sont pas susceptibles de généralisation et peuvent sans doute s'expliquer par les circonstances particulières de chaque espèce. La décision du juge belge dans l'affaire *Lemond* par exemple s'explique sans doute comme une réaction, exagérément agressive, à la tentative du juge américain de contrôler la procédure dont il était saisi.<sup>1261</sup> Il faut

<sup>1256</sup> Trib. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-1991, 676. V. les commentaires de H. BORN et M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international", *J.T.*, 1992, n° 145.

<sup>1257</sup> "Leggen verbod op aan G.L. [...] om t.a.v. verzoeker enige procesrechtelijke stap te ondernemen die een overtreding of een negatie inhoudt van enige toepasselijke procesrechtelijke regeling aangaande afhankelijkheid, samenhang of bevoegdheid", *R.W.*, 1989-1990, (676), 680.

<sup>1258</sup> En l'espèce, il s'agissait d'une 'counter-injunction' ou d'une 'anti anti-suit injunction', visant à empêcher une partie d'obtenir une injonction.

<sup>1259</sup> Pres. Rb. Breda, 1 déc. 1986, *N.I.P.R.*, 1987, 294, n° 277; *Kort Geding*, 1987, 31.

<sup>1260</sup> Pres. Rb. Middelburg, 25 janv. 1985, *N.I.P.R.*, 1985, 181, n° 239. Avec M. Verbeul, on peut s'étonner que ces deux décisions aient eu recours à des arguments de circonstances pour rejeter la demande, alors qu'il aurait suffi aux tribunaux de constater qu'il ne leur appartenait pas de s'immiscer dans la conduite de la procédure étrangère.

<sup>1261</sup> Ce n'est d'ailleurs certainement pas un hasard si toutes les décisions récentes concernaient un litige impliquant la justice américaine.

d'ailleurs noter que chacune de ces décisions a fait l'objet de sérieuses critiques.<sup>1262</sup> Au total, on ne peut conclure que les tribunaux continentaux ont fait leur la prétention d'empêcher *directement* une procédure étrangère de suivre son cours. Il reste encore à vérifier que ces tribunaux ne peuvent pas arriver au même résultat par une autre voie. C'est l'objet de la prochaine section.

## II. L'action déclaratoire, un ersatz d'interdiction de procéder?

293. Deux techniques différentes qui se rapprochent de l'interdiction de procéder – On a constaté que l'injonction *anti-suit* est étrangère aux droits de tradition civile. On ne peut cependant exclure que les tribunaux de ces pays disposent d'autres instruments qui leur permettent d'influer sur le déroulement d'une procédure étrangère. Il faut dès lors vérifier dans quelle mesure ces techniques peuvent être véritablement comparées à l'interdiction de procéder.<sup>1263</sup> Il nous semble que seules deux techniques sont susceptibles d'être comparées avec l'interdiction de procéder.<sup>1264</sup> On va voir qu'elles n'en constituent pas pour autant une alternative 'valable' à ce mécanisme.

### (i). L'intervention postposée : le rejet de la décision étrangère

294. Le refus de reconnaissance, une mesure incomparable à l'interdiction de procéder – Classiquement on oppose à l'intervention directe que constitue l'injonction *anti-suit*, l'intervention indirecte qui passe par le refus du for de reconnaître et/ou d'exécuter une décision étrangère. Lorsqu'il s'agit de peser sur le cours d'une procédure étrangère, les tribunaux de droit civil n'interviendraient qu'*a posteriori* en refusant de

<sup>1262</sup> V. par exemple à propos de la décision dans l'affaire du divorce letton les commentaires de K. WOLFF, *J.D.I.*, 1939, (378), 380 (selon lequel "il ne faut [...] pas exagérer la portée" de l'arrêt et qui se demande "si le Reichsgericht n'a pas été trop sévère pour le demandeur"), de H. SCHACK, "Germany", in *Dedining Jurisdiction*, (189), 204, note 97 (qui note que cette décision 'douteuse' et isolée ne peut servir de base pour une jurisprudence générale) et de R. SCHÜTZE, *Deutsches internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 38 (selon qui la décision du Reichsgericht est "bedenklich") ainsi que les commentaires réservés de J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 265-266. V. les critiques de A. NUYTS, n° 365 sur la décision dans l'affaire *Lemond*.

<sup>1263</sup> La doctrine allemande a déjà étudié la question, v. J. KURTH, *oc.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, spéc. pp. 114-141; W.-D. KRAUSE-ABLASS et B. BASTUCK, "Deutsche Klagen zur Abwehr amerikanischer Prozesse? Zu den Wirkungen ausländischer Rechtshängigkeit und Rechtskraft nach deutschem und amerikanischem Recht", in *Festschrift für E. C. Stiefel zum 80. Geburtstag*, M. Lutter et al. (éds.), München, Beck, 1987, 445-470 et H. BAUM, *lc.*, in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, (185), spéc. pp. 194-207.

<sup>1264</sup> D'autres parallèles avec l'injonction ont été tracés. M. Verheul en particulier a évoqué d'autres figures juridiques dont l'effet se rapprocherait de celui d'une interdiction de procéder (*lc.*, *N.I.P.R.*, 1989, 223). Il donne comme exemple la décision d'un tribunal ordonnant à une partie de renoncer à une saisie qu'elle a obtenu à l'étranger et cite les décisions suivantes : Prés. Rb. Arnhem, 24 août 1984, *N.I.P.R.*, 1984, n° 331; *N.J.*, 1986, 86, note SCHULTZ; Prés. Rb. Middelburg, 25 janvier 1985, *N.I.P.R.*, 1985, n° 239. La comparaison avec l'injonction n'est pas cependant totalement justifiée : bien qu'une telle décision puisse avoir un effet important sur une éventuelle procédure étrangère au fond, en rendant plus aléatoire l'exécution d'une future décision, l'ordre du juge ne va pas au coeur de la procédure étrangère dont elle ne vise pas à empêcher la continuation. On peut dire la même chose du second parallèle que dresse M. Verheul, qui distingue un "début d'idée d'injonction anti-suit" ("aanzet tot de antisuit injonction idee") dans le refus par une juridiction de donner suite à une clause d'élection de for étranger, du moins lorsque cette décision vise à garantir l'application d'une loi que le for juge impérative. Une décision de ce genre ne vise toutefois pas à empêcher le for étranger de se prononcer, mais bien à assurer que le for prendra connaissance de la cause. La différence est de taille.

reconnaître la décision étrangère.<sup>1265</sup> Cette présentation est séduisante parce qu'elle met en valeur la réserve que ces tribunaux s'imposeraient de respecter. Il reste à vérifier dans quelle mesure les deux techniques peuvent être comparées.

On ne peut nier qu'il existe une certaine similarité entre les deux situations. Dans les deux cas, il s'agit en effet pour le for de se prononcer sur la procédure dont a été saisi un juge étranger. Les différences séparant les deux techniques sont toutefois manifestes. Elles tiennent tout d'abord au moment où le for se prononce sur la procédure étrangère. Quand il interdit à une partie de faire appel à un tribunal étranger, le for se prononce *préventivement*, sans même attendre la décision du juge étranger. Bien plus, s'il s'arroge le droit d'évaluer la procédure étrangère, ce n'est pas pour lui conférer le cas échéant une quelconque efficacité internationale, mais bien pour l'empêcher d'avoir lieu. Le but poursuivi est par la procédure de reconnaissance d'une décision étrangère est bien évidemment différent.<sup>1266</sup> Un refus de reconnaître effet à une décision étrangère ne touche d'ailleurs pas le coeur de la procédure étrangère puisqu'il ne concerne par hypothèse que l'efficacité du jugement dans l'ordre juridique requis, le créancier restant libre de chercher à faire exécuter la décision dans un autre pays. Cette mesure n'a dès lors pas la même portée que l'injonction.<sup>1267</sup> Si théoriquement un tel refus peut mettre un frein aux ambitions du juge étranger, le but premier n'est pas là; il est simplement de constater si la décision étrangère peut se voir accorder un quelconque crédit dans le for. Au total, le refus de reconnaissance n'a certainement pas la même portée que l'octroi d'une interdiction de procéder.<sup>1268</sup>

**295. Déclaration préventive de non-reconnaissance** - Il est deux variations sur le thème de la reconnaissance d'une décision étrangère qui se rapprochent plus d'une véritable interdiction de procéder. On évoquera tout d'abord la décision par laquelle le for déclare préventivement qu'un futur jugement étranger n'aura pas d'effets dans sa juridiction. Tout comme l'injonction *anti-suit*, une déclaration de ce type est essentiellement *préventive* puisqu'elle sera décernée avant que le juge étranger ne se prononce. En outre, la déclaration prononcée par un tribunal ne viserait que l'effet du (futur) jugement dans le for, sans lier les autres juridictions. On ne peut dès lors la comparer à une véritable interdiction de procéder. Le for ne se propose en effet ni

<sup>1265</sup> En ce sens par exemple J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 263, n° 167; H. NAGEL et P. GOTTFELD, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln/Münster, Schmidt/Aschendorff, 1997, 218, n° 115.

<sup>1266</sup> La différence entre l'injonction et le refus de reconnaissance a été clairement soulignée par un tribunal américain qui expliquait que "antisuit injunctions are even more destructive of international comity than [...] refusals to enforce foreign judgments. At least in the latter context foreign courts are given the opportunity to exercise their jurisdiction": *Gau Shan Co., Ltd v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1355 (6th Cir. 1992). V. également les observations de G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnatl. L.*, 1990, 604-605 qui à propos du refus de reconnaître une décision étrangère écrit que cette mesure "may be understood as refusal to lend assistance to the enforcement of foreign law or to the realization of a foreign judgment, rather than as a positive interference with foreign judicial process".

<sup>1267</sup> V. en ce sens, A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction. A pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, (90), 100-101 (l'auteur souligne que refuser de reconnaître un jugement étranger constitue "a much more limited step" qu'enjoindre une procédure étrangère). *Comp. J. HARRIS*, "Recognition of Foreign Judgments at common law - the Anti-Suit Injunction Link", *Oxf. J. L.S.*, 1997, (477-498), 490 (l'auteur explique, sans convaincre, que le refus de reconnaissance est une mesure dont les effets vont plus loin qu'une injonction et que donc "it is not rational for a foreign court to be more offended by an English court issuing an anti-suit injunction than by its refusing ultimately to recognize its judgment").

<sup>1268</sup> La libéralisation croissante du régime des jugements étrangers a d'ailleurs fait perdre à ce régime ses aspects les plus tranchant. Pour s'en tenir au conflit de procédures, on constate par exemple que certains Etats n'ont pas érigé la violation par la décision étrangère de la litispendance du for en motif de refus de reconnaissance (*infra*). C'est par exemple le cas au sein de l'espace judiciaire européen.

d'interdire la poursuite de la procédure étrangère, ni d'empêcher le créancier du (futur) jugement d'invoquer celui-ci dans une autre juridiction.

A dire vrai, la déclaration préventive de non-reconnaissance, dont l'effet est bien plus limité qu'une véritable interdiction de procéder, ne jouit pas de faveurs des tribunaux. Une telle déclaration sera rarement accordée.<sup>1269</sup> Un tribunal américain, à qui l'on demandait de déclarer qu'un futur jugement néo-zélandais serait dépourvu d'effet aux Etats-Unis, a ainsi refusé d'accorder la déclaration en notant que celle-ci "ne servirait qu'à interférer avec le droit souverain de la Nouvelle-Zélande de statuer sur les litiges qui sont soumis à ses tribunaux".<sup>1270</sup>

Les tribunaux anglais ne voient pas non plus ce type de déclaration d'un bon oeil. Dans l'affaire *Du Pont*, la Cour d'Appel a ainsi refusé d'accorder la déclaration sollicitée par Du Pont et visant à empêcher les assureurs d'invoquer en Angleterre un futur jugement américain.<sup>1271</sup> Bien que les demandeurs aient pris soin de limiter la déclaration à un point précis, à savoir la question de la loi applicable en l'espèce à la police d'assurance, la Cour d'Appel décida que la demande de déclaration était prématurée parce qu'il était impossible de prédire ce que les tribunaux américains décideraient, et a fortiori, quels éléments d'une future décision seraient invoqués devant le juge anglais.<sup>1272</sup>

**296. Déclaration préventive de non-reconnaissance (suite)** - Même si théoriquement il semble que les droits continentaux ne s'opposent pas à la possibilité d'obtenir un jugement déclaratoire sur les effets d'un futur jugement étranger,<sup>1273</sup> ni les tribunaux belges, ni les tribunaux français n'ont à notre connaissance été saisi d'une telle demande. On accepte certes qu'une partie puisse obtenir une déclaration affirmant ou rejetant l'autorité de chose jugée, dans le for, d'une décision étrangère, surtout en matière d'état des personnes.<sup>1274</sup> Il est plus douteux que les tribunaux acceptent de se prononcer sur une telle action déclaratoire lorsqu'elle est intentée à titre préventif.<sup>1275</sup> Il suffirait sans

<sup>1269</sup> Il en va autrement lorsque le jugement étranger a déjà été prononcé. Dans ce cas, les tribunaux sont moins réticents à statuer sur le sort de la décision étrangère, comme cela a par exemple été le cas avec l'affaire *Yahoo!*, v. le jugement du 7 novembre 2001 d'un tribunal américain sur base du 'Declaratory Judgment Act' et les commentaires de S. KANG, "Yahoo!'s Legal Battle in France and in the U.S.A. - US Federal District Court (N.D. Cal.) 7 November 2001, 169 F. Supp. 1181, *Yahoo!, Inc. v. La Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme*", *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, vol. 29/2, 195-203.

<sup>1270</sup> "The instant action would serve only to interfere with New Zealand's sovereign right to decide cases brought to its own judicial forum" : *Basic v Fitzroy Engineering Ltd.*, 949 F. Supp. 1333, 1341 (N.D. Ill. 1996). En l'espèce le demandeur sollicitait non seulement un jugement déclaratoire sur le fond visant à contrer une procédure pendante devant les tribunaux néo-zélandais, mais également une déclaration que le futur jugement étranger serait dépourvu d'effets aux USA.

<sup>1271</sup> *E I Du Pont de Nemours et al. v I C Agnew et al (No 2)* [1988] 2 Lloyd's Rep. 240.

<sup>1272</sup> L. J. Dillon note par exemple que "The present application for a declaration that the insurers will not be entitled to rely on any such judgment as an estoppel is therefore necessarily premature", V. également A. BRIGGS et P. REES, 1997, 281, n° 5.38 (les auteurs expliquent que le refus des tribunaux anglais est lié non à la forme du jugement, mais aux motifs de refus prévus par le droit anglais, dont le contrôle anticipé serait impraticable) et A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction. A pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, (90), 100-101.

<sup>1273</sup> Pour le droit allemand, v. P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt*, 1985, 39 et H. SCHACK, 1996, 343, n° 885-886. Cet auteur aborde également la question sous l'angle de la Convention de Bruxelles, au n° 886.

<sup>1274</sup> P. ex. Civ. Bruxelles, 3 mars 1992, *R.G.D.C.*, 1993, 412; *J.L.M.B.*, 1992, 1387 (à propos d'une décision ayant accordé le divorce et accordé le paiement de diverses sommes); TGI Paris, 10 février 1993, *R.C.D.I.P.*, 1993, 665, note H. GAUDEMET-TALLON et Cass., 19 décembre 1995, *R.C.D.I.P.*, 1996, 714, note H. GAUDEMET-TALLON. Pour plus de détails, v. MM. Born, Born et van Boxstael, 626, n° 342. La possibilité est dorénavant consacrée à l'article 22, § 2 du projet de Code de dip.

<sup>1275</sup> V. la décision du tribunal de Breda, 23 octobre 1956, *N.J.*, 1957, n° 357, note KOLLEWIJN; *W.P.N.R.*, n° 4528, p. 116, qui contient une indication furtive relative à la reconnaissance aux Pays-Bas d'une future décision

doute à l'adversaire d'invoquer le défaut d'intérêt dans le chef du demandeur pour faire échouer la demande. Il en est également ainsi au sein de l'espace judiciaire européen : à moins d'une situation exceptionnelle, comme la violation flagrante d'une compétence exclusive du for, on imagine mal un tribunal européen s'aventurer à émettre une déclaration de ce type. Anticiper sur la décision d'un tribunal siégeant dans un autre Etat membre nous semble aller à l'encontre des principes de confiance et de respect qui fondent les relations judiciaires européennes.

**297. Injonction visant à interdire de se prévaloir d'un jugement étranger -** L'action déclaratoire préventive se distingue de l'injonction interdisant au créancier du jugement d'invoquer celui-ci à son profit. Avec cette deuxième variation sur le thème de la reconnaissance, on se rapproche certainement de l'interdiction de procéder. Les (rares) exemples d'utilisation de l'injonction pour interdire l'exécution d'un jugement proviennent encore une fois des pays de *common law*. Dans une affaire tranchée en 1977, un tribunal américain a ainsi interdit au moyen d'une injonction aux créanciers d'un jugement français d'invoquer celui-ci pour obtenir satisfaction.<sup>1276</sup> Les tribunaux anglais semblent également réserver ce remède aux situations les plus exceptionnelles. A notre connaissance, une injonction de ce type n'a été accordée que dans une seule espèce, dans laquelle les parties s'étaient mises d'accord pour renoncer à toute poursuite en Turquie.<sup>1277</sup> Lorsque les défendeurs saisirent les tribunaux turcs, le juge anglais leur interdit d'invoquer un éventuel jugement prononcé par ces tribunaux, que ce soit en Angleterre ou devant un autre juge.

Plus récemment la Cour d'Appel a refusé d'accéder à la demande d'un marchand de sucre anglais qui voulait voir son partenaire indonésien frappé d'une interdiction d'invoquer un jugement qu'il avait obtenu en Indonésie.<sup>1278</sup> Les attendus du jugement laissent entendre que les tribunaux n'auront recours à ce type d'injonction que dans des circonstances exceptionnelles. Approuvant le jugement de première instance, la Cour expliqua notamment que "Ce serait un affront aux tribunaux indonésiens et une intervention non justifiée, même si indirecte, dans le travail des tribunaux de par le monde, d'accorder une injonction, dont l'objectif direct serait d'interdire à M. Haryanto d'invoquer le jugement indonésien".<sup>1279</sup>

---

indonésienne. En l'espèce, l'instance dont était saisi le tribunal opposait un couple de néerlandais au sujet de leur divorce en Indonésie. Après avoir rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit de cette procédure (*infra* n° 403), le tribunal précise qu'il serait permis à l'épouse de s'opposer à une éventuelle demande de reconnaissance du jugement indonésien, puisque l'introduction par le mari d'une nouvelle procédure de divorce aux Pays-Bas devait être interprétée comme une renonciation à se prévaloir du fruit de la procédure indonésienne. Comme le remarque M. Voskuil, cette décision vide de sens toute poursuite de cette dernière procédure, puisqu'elle condamne par avance une éventuelle décision qui en résulterait (C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu Legum Buxel opstellen aangeboden aan R.D. Kolléwijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, (502), 512).

<sup>1276</sup> *Omnium Lyonnais d'Etanchéité et Revêtements Asphaltes et al. v Dow Chemical Corp.*, 441 F. Supp. 1385 (N. D. Cal. 1977). En l'espèce l'injonction visait à sanctionner la violation d'une ordonnance du juge américain, qui avait interdit aux parties d'utiliser dans d'autres procédures les éléments de preuve mis à jour lors du processus de discovery américain. Les demandeurs avaient passé outre cette interdiction et s'étaient empressés de mettre à profit certains témoignages devant les tribunaux français.

<sup>1277</sup> *Ellemans Lines Ltd. v Read* (1928) 30 L. I. L. Rep. 77; [1928] 2 K.B. 144. V. aussi *Youell v Kara Mara Shipping Co Ltd.*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 102 (Q.B.).

<sup>1278</sup> *E D & F Man (Sugar) Ltd. v Yari Haryanto (No 2)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 429 (CA).

<sup>1279</sup> *E D & F Man (Sugar) Ltd. v Yari Haryanto (No 2)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 429 (CA) : "It would be an affront to the Indonesian courts and an illegitimate interference (albeit indirectly) with the process of Courts worldwide, to grant an injunction, the expressed objective of which is to prohibit Mr Haryanto from relying on the Indonesian judgment ». Dans l'affaire *Fort Dodge v Akzo Nobel*, [1998] F.S.R. 222 (C.A.), la Cour d'Appel a refusé d'accorder l'injonction sollicitée qui aurait eu pour objet d'interdire aux demandeurs devant les tribunaux néerlandais de se prévaloir d'un éventuel jugement néerlandais.

Comme pour la déclaration préventive de non-reconnaissance, on voit difficilement un juge belge ou français se permettre de décerner une injonction interdisant à une partie de se prévaloir d'un futur jugement. La jurisprudence n'offre pas de précédent sur ce point et on peut douter que ce type d'injonction entre rapidement dans les moeurs judiciaires continentales. Comme le note M. *Wadlow*, une telle injonction est en outre incompatible avec la répartition de compétence qu'opère la Convention de Bruxelles et en particulier la compétence exclusive du juge du lieu d'exécution d'un jugement pour les contestations relatives à cette exécution.<sup>1280</sup> Même si toute la lumière n'a pas encore été faite sur la portée exacte de cette compétence exclusive,<sup>1281</sup> il semble que l'on doive accepter qu'il appartient au seul for concerné de se prononcer sur la possibilité de mettre un jugement à exécution. La voie semble dès lors coupée pour les injonctions dont question ici.

**298. Pas de véritable alternative à l'interdiction de procéder par le biais de la reconnaissance d'une décision étrangère** - En définitive, la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère n'offrent qu'une possibilité limitée d'influer sur le cours de la procédure étrangère. On ne peut parler d'équivalent à l'interdiction de procéder qu'avec la deuxième variation sur le thème de la reconnaissance, à savoir l'injonction prohibant l'invocation de la décision étrangère. Cette intervention reste cependant exceptionnelle et n'a pas encore pris racine dans les juridictions continentales. Il reste à savoir si cette conclusion est également valable pour l'action purement déclaratoire.

(ii). L'intervention préventive : l'action déclaratoire

**299. L'action déclaratoire, un moyen efficace de paralyser la reconnaissance d'une décision étrangère** - Parmi les possibilités dont disposent les tribunaux continentaux pour influencer sur le cours d'une procédure étrangère, la technique du *jugement déclaratoire* est sans doute la plus connue et la plus répandue. Concrètement, le plaideur confronté à une procédure dont il n'espère pas obtenir gain de cause, sollicitera d'un for 'ami' une déclaration allant à l'opposé de ce que son adversaire prétend obtenir du for qu'il a lui-même saisi.

Dans l'affaire *Gould* par exemple, une entreprise américaine avait attaqué un concurrent japonais devant la justice américaine, réclamant des dommages et intérêts pour concurrence déloyale. Elle reprochait à l'entreprise japonaise d'avoir illégitimement profité des connaissances acquises par un de ses ex-employés. Au lieu de se défendre au fond devant les juges américains, l'entreprise japonaise choisit de s'en remettre aux tribunaux de son pays, desquels elle sollicita une déclaration l'exonérant de toute responsabilité.<sup>1282</sup> Ce faisant elle hypothéqua considérablement le succès de la procédure

<sup>1280</sup> C. WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 512-514.

<sup>1281</sup> V. l'exclusion de l'action paulienne prévue par le droit français du champ de cette disposition, C.J.C.E., 26 mars 1992, *Reichert v Dreschner Barle (No 2)*, affaire C-261/90, *Rec.*, 1992, I-2149.

<sup>1282</sup> Sur cette affaire, v. A. LOWENFELD, *loc. cit.*, *Am J. Int'l L.*, 1997, 315-316 ainsi que M. DOGAUCHI, "Concurrent Litigation in Japan and the United States", *Jap. Am. Int'l L.*, 1994, 72-75 et du même, "Parallele Verfahren in Japan und den USA" dans l'ouvrage précité de A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, (163), 164-166. V. *Gould Inc. v Mitsui Mining & Smelting Co., Ltd.*, 750 F. Supp. 838 (N.D. Ohio 1990); *Gould Inc. v Mitsui Mining & Smelting Co.*, 825 F.2d 676 (2d Cir. 1987) et *Gould, Inc. v Mitsui Mining & Smelting Co.*, 947 F. 2d 218 (6th Cir. 1991). V. également *Basic v Fitzroy Engineering*, 949 F. Supp. 1333 (N.D. Ill. 1996) où un jugement déclaratoire fut sollicité du juge américain pour contrer une procédure néo-zélandaise.



américaine, puisqu'un éventuel jugement américain n'aurait sans doute pas pu être exécuté au Japon.<sup>1283</sup> En l'espèce les tribunaux japonais donnèrent raison au demandeur, ce qui explique sans doute pourquoi Gould s'en prit ensuite, tout aussi vainement d'ailleurs, au cocontractant français avec qui l'entreprise japonaise avait établi une joint-venture.<sup>1284</sup>

**300. Absence d'équivalence fonctionnelle avec l'interdiction de procéder** - On comprend qu'on ait pu voir dans l'action déclaratoire une manière d'injonction.<sup>1285</sup> De toutes les techniques évoquées jusqu'à présent, celle du jugement déclaratoire semble en effet être la plus efficace pour contrer une procédure étrangère. Les plaideurs européens l'ont bien compris, qui profitent de la jurisprudence favorable de la Cour de Justice (*infra*, n° 478) pour multiplier les procédures déclaratoires. Il reste que les tribunaux manifestent une certaine ambivalence à l'égard de ce type de demande. Le demandeur devra dès lors redoubler d'ingéniosité pour surmonter l'obstacle de la recevabilité de sa demande. En outre, la technique du jugement déclaratoire peut venir buter sur l'obstacle de la litispendance, du moins lorsque l'action n'est pas intentée de façon préventive. Si tel n'est pas le cas, l'action pourra être rejetée en déférence à la procédure étrangère intentée antérieurement.<sup>1286</sup>

Au fond, et laissant de côté l'épineux problème de la compétence du juge pour prononcer de telles déclarations,<sup>1287</sup> force est de constater que le jugement déclaratoire est loin d'avoir le même effet sur la procédure étrangère qu'une interdiction de procéder. Il n'y a pas équivalence fonctionnelle entre les deux, puisque le jugement déclaratoire ne vise pas directement à mettre fin à la procédure étrangère. Au mieux fera-t-il obstacle à la reconnaissance d'une future décision étrangère. Encore cet obstacle ne vaut-il que pour le for qui se prononce. Libre au créancier du jugement d'en obtenir satisfaction dans le for qu'il a saisi ou tout autre for.

<sup>1283</sup> *Infra* sur le conflit de décisions et la primauté de la décision du for dans ce cas, n° 362.

<sup>1284</sup> *Gould, Inc. v. Peckney Ugrine Kublmann*, 853 F. 2d 445 (6th Cir. 1988). V. également l'affaire *Deutch*, dans laquelle une autre entreprise japonaise a mis la même tactique à profit : un producteur japonais d'équipement industriel fut attiré en 1970 devant les tribunaux américains par un employé d'un de ses clients, qui avait perdu une main lors d'un accident impliquant une machine vendue par le producteur japonais. Celui-ci sollicita et obtint des tribunaux japonais une déclaration l'exonérant de toute responsabilité pour cet accident. Le conflit de procédures abouti finalement à un conflit ouvert entre deux décisions, v. *Deutch v. West Coast Machinery Co., Marubeni-Iida, Inc., Kansai Iron Works Ltd.*, 497 P.2d 1311 (Wash. Sup. Ct. 1972) et les observations de T. SAWAKI, "Battle of Lawsuits - Lis Pendens in International Relations", *Jap. Am. Int'l L.*, 1979-80, (17), 17-19 ainsi que les décisions japonaises citées aux notes 2 et 4 p. 18.

<sup>1285</sup> *MM. Briggs et Rees* tracent ainsi un parallèle entre le jugement déclaratoire et l'injonction anti-suit, qu'ils associent comme étant deux techniques permettant d'"impede foreign actions", (BRIGGS et REES, 1997, 264, n° 5.23). Dans le même sens, R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt zwischen USA und Europa", in *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, W. J. HABSCHIED (éd.), 1985, Gieslink Verlag, Bielefeld, 1985, 50-51 (pour qui le "präventive Feststellungsklage" est la "klassischen Methoden des deutschen Rechts, sich ausländischer Verfahren durch gegenläufige Verfahren zu erwehren"); H. SCHACK, 1996, 304, n° 773 (qui plaide contre l'utilisation de l'injonction *anti-suit* et conseille aux plaideurs d'avoir plutôt recours aux 'negative Feststellungsklage'); H. NAGEL et P. GOTTWALD, *ac*, 1997, 219, n° 117-118 (qui rangent le 'Negative Feststellungsklage' parmi les "Maßnahmen gegen ausländische Verfahren"); A. LOWENFELD, *lc*, *Am J. Int'l L.*, (*M. Lowenfeld* met le jugement déclaratoire sur le même pied que l'injonction anti-suit, pour lui ces deux techniques devraient être interdites!).

<sup>1286</sup> Dans l'affaire *Gould* précitée, le tribunal japonais a rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit de la procédure américaine, en notant que la compétence ce du tribunal américain n'était pas établie et qu'il était dès lors impossible de prévoir si un futur jugement américain pourrait être reconnu au Japon, v. M. DOGAUCHI, *lc*, in *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, 165. En général, H. BAUM, *lc*, in *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, 201-203.

<sup>1287</sup> Sur cette question, H. BAUM, *lc*, in *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, 198-201.

301. L'interdiction de procéder, monopole de la *common law* - Que conclure au terme de cet aperçu? Il faut bien constater qu'aucun des instruments examinés ne mérite d'être comparé à l'injonction *anti-suit*.<sup>1288</sup> Certes, ces instruments, et en particulier le jugement déclaratoire, permettront à la partie qui y a recours, d'engranger des points dans la bataille qui l'oppose à son adversaire, le forçant peut être à engager des négociations. Ils n'ont cependant pas le caractère *agressif* de l'interdiction de procéder. L'influence éventuelle exercée sur la procédure étrangère est au mieux indirecte et limitée ; jamais le coeur de cette procédure n'est visé. Au total, les tribunaux de *common law* possèdent bien le monopole de l'interdiction de procéder. Celle-ci demeure donc une solution fragmentaire, qui n'est pas susceptible d'application universelle. On va voir que les plaidoyers d'une certaine doctrine pour une généralisation de l'interdiction de procéder, n'ont jusqu'à présent reçu que peu d'échos.

## B. Vers une injonction continentale?

302. Une suggestion inspirée par l'efficacité de l'interdiction de procéder - L'absence de mécanisme identique ou similaire à l'injonction *anti-suit* en dehors des pays de *common law* n'a pas empêché un débat de s'engager sur la nécessité et la possibilité de permettre le recours à l'interdiction de procéder dans les juridictions de tradition civile.<sup>1289</sup> A l'origine de cette suggestion originale, dont la doctrine allemande a jusqu'à présent le quasi-monopole,<sup>1290</sup> on trouve le constat de la redoutable efficacité de l'interdiction de procéder lorsqu'il s'agit de mettre fin à une procédure étrangère. Les bénéficiaires d'une intervention visant *directement* la procédure étrangère n'ont pas échappé à certains, qui estiment qu'il est injuste d'obliger une partie qui se prétend victime d'un abus de procédure, à attendre une éventuelle décision pour en contester la reconnaissance, au risque d'ailleurs de voir d'autres ordres juridiques assurer l'efficacité internationale de la décision.

Ces auteurs estiment qu'il ne suffit pas d'offrir à la partie qui se prétend victime d'un abus la possibilité d'obtenir *a posteriori* la non-reconnaissance d'une éventuelle décision étrangère. Plutôt que de reporter la solution au stade de l'instance indirecte, ils suggèrent

<sup>1288</sup> Le refus dans le chef d'un tribunal, de donner suite à une demande d'assistance judiciaire émanant d'un autre tribunal, qu'elle porte sur la signification d'une citation (par exemple la décision de l'OLG Düsseldorf dans l'affaire *Phillip Alexander* : OLG Düsseldorf, ZZP, 1996, 221 et les commentaires de W. HAU, *l.c.*, *IPRax*, 1997, 163 et M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp.L.Q.*, 1998, (257), 317-321 ainsi que de H.-P. MANSEL, "Grenzüberschreitende Prozeßführungsverbote und Zustellungsverweigerung", *EuZW*, 199X, 335 e.s.) ou la collection d'éléments de preuve, ne porte pas non plus directement atteinte à la procédure étrangère, même s'il peut mettre en péril la reconnaissance d'une future décision.

<sup>1289</sup> Les arguments pro- et contra sont synthétisés par M. BERNET et M. PAULI, "Anti-suit Injunctions - The Civil Law Approach", étude réalisée pour le projet 'Common Principles' du comité O de l'IBA, septembre 1999, 16 p.

<sup>1290</sup> V. les travaux de M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp.L.Q.*, 1998, (257), 272-304; W. HAU, 201-210; J. SCHRÖDER, "The Right not to be Sued Abroad", in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, H. J. MUSIELAK et K. SCHURIG (éds.), Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1987, 523-548; P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 35-41 ; R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt zwischen..." , in *Der Justizkonflikt mit...*, W. HABSCHIED (éd.), Bielefeld, Giesking Verlag, 1986, 51-54 ; J. KURTH, *ac.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 60-142 ; D. JASPER, *Forum Shopping in England und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 146 p.; H. KOCH, "Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz", in *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, 1994, (85), 98 e.s. V. aussi L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum Non Conveniens und International Comity", *R.I.W.*, 1993, (802), 808-809 (l'auteur ne prend pas position et se contente de décrire les 2 positions). Aux Pays-Bas, M. Verbeul semble ne pas non plus rejeter catégoriquement l'"imporation" de l'injonction, même s'il suggère de la soumettre à des limites très strictes et la réserve aux situations dans lesquelles le for étranger est manifestement abusif au vu de l'absence de lien significatif avec le litige, J.-P. VERHEUL, *l.c.*, *N.I.P.R.*, 1989, 22-224. Pour le droit espagnol, v. M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero*, *ac.*, 2000, 104-134.

d'intervenir préventivement pour paralyser la procédure étrangère jugée malicieuse. Reconnaissant que l'injonction *anti-suit*, telle qu'elle s'est développée dans les pays de la *common law*, ne fait pas partie de la tradition civile, ils distinguent plusieurs fondements alternatifs capables de justifier une injonction 'à l'allemande'.

Avant de s'attarder sur cette tentative d'*importation* de l'injonction *anti-suit*, il faut encore préciser qu'elle s'inscrit dans un débat plus large que celui des seuls conflits de procédures. L'interdiction de procéder telle que la conçoivent ces auteurs pourrait être invoquée à chaque fois que la procédure étrangère est jugée abusive, sans avoir égard à l'existence d'une procédure concurrente dans le for.<sup>1291</sup> Ce qui est visé en fait, c'est l'introduction d'un remède permettant de mettre fin à une procédure étrangère jugée injuste, dans des cas exceptionnels, sans que l'injonction 'continentale' ne soit conçue comme solution de principe des conflits de procédure - au contraire, l'exception de litispendance resterait la technique privilégiée de solution de ces conflits.

## I. Analyse des suggestions de la doctrine allemande

**303. Introduction – Deux fondements possibles à l'injonction continentale** - A défaut de compétence 'inhérente' des tribunaux allemands pour ordonner la cessation d'une procédure étrangère, on a dû faire appel à d'autres théories pour justifier l'interdiction de procéder. Le raisonnement se fonde sur la constatation que les tribunaux ont le pouvoir de sanctionner la violation d'une obligation de ne pas saisir les tribunaux étrangers.

Comme le veut le § 249 BGB cette sanction prendra en priorité la forme d'une réparation *en nature*, qui passera nécessairement par une interdiction faite au débiteur de l'obligation de commencer ou de poursuivre la procédure étrangère. Les auteurs se sont donc attaché à isoler les circonstances dans lesquelles une partie peut alléguer l'existence d'une obligation dans le chef d'une autre de ne pas saisir un tribunal étranger, obligation dont la violation pourra être sanctionnée par une interdiction de procéder.<sup>1292</sup>

Bien que chaque auteur ait développé sa propre typologie, on s'accorde généralement pour distinguer deux types de règles qui peuvent être à l'origine d'une obligation de ne pas commencer une procédure dans un for étranger. Cette obligation peut trouver sa source d'une part dans une clause d'élection de for ou une convention d'arbitrage, et d'autre part dans les règles en matière de responsabilité extracontractuelle.<sup>1293</sup>

<sup>1291</sup> Remarquons également que certains auteurs ne confinent pas l'injonction 'continentale' aux espèces internationales, mais ne se montrent pas opposé à son utilisation entre tribunaux allemands, v. p. ex. P. SCHLOSSER qui s'attarde sur l'utilisation de l'interdiction de procéder entre les tribunaux internes, *Justizkonflikt...*, précité, 1985, 36-37. V. également R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt..." précité, 51-52. M. LENENBACH analyse le "right not to be sued in domestic German proceedings" (pp. 278-282) et conclut que le droit allemand fournit des instruments tel que l'exception de litispendance ou la condamnation à des dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire, de sorte qu'une interdiction de procéder n'est pas nécessaire. Il conclut que "for domestic proceedings, an antisuit [injunction] is unavailable", *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp.L.Q.*, 1998, (257), 278.

<sup>1292</sup> La doctrine parle à cet égard de '*materiellrechtlichen Anspruchs*' (p. ex. W. HAU, 201), pour bien indiquer que si la sanction de l'obligation se traduit par une mesure procédurale, le devoir qui est sanctionné relève du droit matériel.

<sup>1293</sup> W. HAU, 202-210; M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp.L.Q.*, 1998, (257), 282-301; J. KURTH, *Inländisches...*, précité, 60-109; D. JASPER, *o.c.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 126; R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt...", in *Der Justizkonflikt...*, 52-54; J. SCHRÖDER, *l.c.*, in *Festschrift Kegel*, 1987, (523), 530-543 (qui distingue une catégorie supplémentaire à côté de l'injonction purement contractuelle ou délictuelle, basée sur l'obligation de vie

304. Injonction comme sanction de l'autonomie de la volonté - Sans surprise c'est la violation d'une clause d'élection de for qui retient d'abord l'attention. Pour justifier l'octroi d'une interdiction de procéder dans un for autre que le for élu par les parties, la doctrine déduit de la conclusion d'une clause d'élection de for l'existence d'une obligation contractuelle de ne pas saisir un juge autre que celui désigné dans le contrat. Cette obligation 'matérielle' coexisterait avec les effets purement processuels de la clause que sont la prorogation de compétence dans le chef du for élu et la dérogation de compétence des autres fors.

Lorsqu'une partie saisit un juge étranger autre que le for élu, il appartiendrait à ce dernier de sanctionner la violation de l'obligation matérielle déduite de la clause d'élection de for au moyen d'une interdiction de procéder. L'idée est bien sur de combler les failles créées par le caractère encore principalement national du régime des clauses d'élection de for (*supra*, n° 152). Les exemples donnés par les auteurs à l'appui de leur démonstration portent tous sur des affaires où une partie a profité de la différence existant entre les conditions de validité posées par les droits nationaux, pour échapper à celle-ci.<sup>1294</sup> Déduire de la conclusion d'une clause d'élection de for l'existence d'une obligation de s'adresser exclusivement au for élu permettrait de remédier à ce défaut de l'autonomie de la volonté.

L'approche est séduisante et l'intention est bonne, puisqu'il s'agit de mettre fin aux abus de contractants peu scrupuleux qui tentent d'échapper aux obligations contractuellement acceptées. Même si l'on fait abstraction des défauts inhérents au mécanisme de l'interdiction de procéder, on peut toutefois douter que la solution proposée soit satisfaisante.<sup>1295</sup> On a déjà expliqué que la question de la validité d'une clause d'élection de for était par essence *relative*, puisque variable selon le for qui se prononce sur la question (*supra*, n° 170). La pluralité légitime de points de vue sur cette question rend douteuse la possibilité de déduire d'une clause d'élection de for une obligation de faire du for élu le juge exclusif de l'efficacité de la clause.<sup>1296</sup> Sauf le cas où les parties s'engagent expressément à ne pas saisir un autre juge que le for élu,<sup>1297</sup> l'existence d'une telle

---

commune des époux telle que prescrite par § 1353 (1) (2) BGB : lorsqu'un des époux demande le divorce devant un tribunal étranger, pour un motif non reconnu par le droit national des époux. Cette demande en divorce constituerait une violation du § 1353 qui ferait naître dans le chef de l'époux demandeur une obligation légale de ne pas commencer une procédure devant un tribunal étranger. M. Schröder cite comme seule application jurisprudentielle (implicite) de sa théorie l'arrêt du RG dans l'affaire du divorce letton, pp. 535-539 - v. sur cette théorie également D. JASPER, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 128 e.s.). P. SCHLOSSER, *Justizkonflikt...*, 1985, 37-42 distingue 5 catégories pouvant donner lieu à une injonction 'continentale'. Relevons qu'il prévoit explicitement l'injonction pour sanctionner la violation d'une saisine antérieure du juge allemand et donc de la litispendance internationale. Selon M. Kurth, (*Iac*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989) l'interdiction doit également pouvoir être invoquée en matière d'atteinte à la libre concurrence. V. aussi M. REQUEJO ISEDRO, *ac*, 2000, 107-120.

<sup>1294</sup> P. ex. J. KURTH, *ac*, 1990, 60-67.

<sup>1295</sup> V. également les critiques de J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 263, n° 168 et de H. SCHACK, 1996, 303, n° 771-72.

<sup>1296</sup> P. ex. sceptiques sur ce point R. GEIMER, 1997, n° § 1717 ainsi que H. NAGEL et P. GOTTWALD, *ac*, 1997, 218, n° 114 (selon qui "eine [...] Gerichtsstandsvereinbarung [...] begründet jedenfalls keiner materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch, der durch einstweilige Verfügung gesichert werden könnte").

<sup>1297</sup> Dans ce cas, même des auteurs critiques de l'injonction 'continentale' acceptent qu'il puisse y avoir obligation de ne pas saisir un juge étranger, v. H. SCHACK, 1996, 303, n° 771 et J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 263, n° 168, note 348.

obligation paraît être une vue de l'esprit.<sup>1298</sup> Ceci n'exclut pas que l'on puisse envisager de redessiner les relations entre for prorogé et for dérogé, de manière à concentrer le contentieux de la validité de la clause d'élection de for (*supra*, n° 189). L'angle de vue est alors différent, puisqu'une éventuelle obligation de ne saisir que le for élu ne se déduirait plus de la seule volonté *implicite* des parties, mais bien d'un prescrit légal.

**305. Injonction fondée sur la responsabilité délictuelle** - A défaut d'accord des parties sur le for compétent, la doctrine allemande a également tenté de déduire une obligation de ne pas saisir un juge étranger des règles relatives à la responsabilité délictuelle. Lorsque ces règles sont applicables,<sup>1299</sup> deux dispositions distinctes sont invoquées pour fonder une obligation de ne pas saisir un juge étranger. Il s'agit d'une part du § 823 BGB, dont la jurisprudence explique qu'il protège le 'droit à une activité économique établie et exercée', droit que la saisine du juge étranger pourrait mettre en péril.<sup>1300</sup> Le demandeur peut d'autre part alléguer que la saisine du juge étranger est contraire aux bonnes moeurs et lui cause un dommage (§ 826 BGB). Dans les deux cas, le juge allemand pourrait non seulement accorder des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi, mais également privilégier une réparation en nature qui prendrait la forme d'une interdiction de procéder.<sup>1301</sup> Encore faut-il s'entendre sur la notion de 'faute' : il ne peut être question de responsabilité que lorsque le comportement litigieux est 'widerrechtlich' (§ 823) ou 'Sittenwidrig' (§ 826). Les partisans de l'injonction ont dès lors proposé plusieurs critères pour apprécier le caractère répréhensible d'une procédure étrangère.

Selon certains auteurs, l'illégalité d'une procédure étrangère devrait être examinée à l'aune des critères posés pour la reconnaissance d'une future décision. S'il apparaît que le jugement à venir ne pourra être reconnu en Allemagne, le caractère '*widerrechtlich*' de la procédure étrangère serait établi.<sup>1302</sup> M. Stürner a d'autre part suggéré de limiter la sanction aux situations dans lesquelles la procédure étrangère est contraire à l'ordre public allemand.<sup>1303</sup> D'autres encore proposent d'adopter une approche casuistique pour déterminer si la saisine du juge étranger est illégitime.<sup>1304</sup> Certains enfin s'inspirent de la jurisprudence anglaise en posant comme principe général que l'interdiction de procéder ne peut se justifier que lorsque le for allemand est le for naturel et que l'introduction

<sup>1298</sup> *Comp. W. HAU*, 203 (qui, tout en étant critique à l'égard de l'introduction d'une injonction 'continentale', n'exclut pas que dans certaines circonstances, une interprétation correcte d'une clause d'élection de for donnée conduise à admettre que les parties ont bien eu l'intention d'interdire le recours à tout autre for).

<sup>1299</sup> Sur la question de savoir quel droit s'applique à ce type de délit procédural v. *W. HAU*, 204. *Comp.* avec les réflexions de A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction. A pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, sur la question du droit applicable à une injonction *anti-suit* et S. CLAVEL, *l.c.*, *Reu Arbitrage*, 2001, 691-695.

<sup>1300</sup> Le § 823 ouvre un droit d'action en responsabilité lorsque certains intérêts, limitativement énumérés, sont violés. Parmi ceux-ci, il y a les 'sonstiges Recht', une catégorie ouverte au sein de laquelle la jurisprudence range le droit à une '*einggerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*'.

<sup>1301</sup> M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.Q.*, 1998, 295-301; J. SCHRÖDER, "The Right Not To Be Sued Abroad", *l.c.*, 539-543; R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt...", in *Der Justizkonflikt...*, 1985, 53-54; KURTH, *Inländischer Rechtsschutz gegen...*, 1989, 82-108; D. JASPER, *Forum Shopping in Deutschland und England*, 1990, 129-131; T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit*, 1995, Frankfurt a.M., 772 (pour le § 826).

<sup>1302</sup> J. SCHRÖDER, "The Right Not To Be Sued Abroad", in *Festschrift für Gerhard Kegel* 1987, (523), 540-542 et D. JASPER, *Forum Shopping in England und Deutschland*, 1990, 130 e.s. V. les critiques de M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.Q.*, 1998, 296-297 et W. HAU, 205-206.

<sup>1303</sup> R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt...", in *Der Justizkonflikt...*, 53 (qui précise qu'il doit s'agir d'une violation de "deutschem ordre public in krasser Form").

<sup>1304</sup> J. KURTH, *Inländischer Rechtsschutz gegen...*, 1989, 97-101 et 87-91 (qui propose un "umfassende Interessenabwägung").

d'une instance à l'étranger est abusive, par exemple parce que le tribunal allemand a été saisi en premier.<sup>1305</sup>

**306. Critique de la tentative de 'construire' une injonction continentale** - La possibilité de rappeler à l'ordre une partie qui saisit un juge étranger en faisant appel aux règles de la responsabilité civile a quelque chose d'*artificiel*. Les hésitations de la doctrine, qui n'a pas encore tranché entre un approche stricte fondée sur le régime de la reconnaissance et de l'exécution des décisions et une formule plus souple s'inspirant de l'abus de droit, révèlent la difficulté de vouloir trouver à tout prix une base légale pour une figure juridique que l'on extrait de son biotope naturel. Même si les partisans de l'injonction à l'allemande entendent réserver le recours à cette arme aux situations les plus exceptionnelles,<sup>1306</sup> ils sont bien en peine de s'entendre sur ce qui constitue une exception.

Outre que les constructions échafaudées par certains auteurs manquent parfois de cohérence,<sup>1307</sup> il est difficile d'admettre sur le plan des principes qu'un juge s'arroge le droit de déclarer fautive la conduite d'une procédure étrangère, alors que le juge étranger est compétent selon ses propres règles.<sup>1308</sup> Certains avouent d'ailleurs qu'il est sans doute impossible de s'accorder sur une définition précise de ce qui sépare dans ce contexte la faute de la simple habileté.<sup>1309</sup>

**307. L'injonction à l'allemande, une suggestion bien académique** - Le débat sur l'injonction à l'allemande n'est certainement pas clos.<sup>1310</sup> On peut toutefois déjà observer qu'il est jusqu'à présent resté bien académique. Les nombreuses suggestions de la doctrine n'ont pas (encore) pu convaincre les tribunaux de se lancer dans l'aventure de l'injonction à l'allemande, que ce soit pour réprimer la violation d'une clause d'élection de

<sup>1305</sup> W. HAU, 206-209; M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 297-301.

<sup>1306</sup> Par exemple M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 297 ("the decision to restrain a foreign court proceedings is extraordinary").

<sup>1307</sup> M. Kropholler souligne par exemple qu'il est difficile d'invoquer le § 823 pour réprimer une procédure étrangère dès lors que cette disposition ne couvre pas le dommage purement financier, le seul que la conduite d'une procédure étrangère peut causer, J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 263, n° 169. En ce sens également, H. SCHACK, 1996, 303-304, n° 772 et H. NAGEL et P. GOTTWALD, *o.c.*, 1997, 218, n° 114 et W. HAU, 204-206 (l'auteur conclut que "eine Klageerhebung im Ausland kaum rechtswidrig im Sinne von § 823 I BGB sein dürfte").

<sup>1308</sup> De nombreuses voix, et non des moindres, s'élèvent d'ailleurs contre les tentatives de fabriquer une injonction à l'allemande. V. p. ex. H. SCHACK, 1996, 303-304, n° 772-773 (l'auteur prend parti contre l'injonction. S'il ne réfute pas l'utilisation du § 826 pour contrer une procédure étrangère, il ne l'admet cependant que pour fonder une condamnation à des dommages et intérêts et non une interdiction de procéder). *Cors.* H. NAGEL et P. GOTTWALD, *o.c.*, 1997, 218, n° 114 ("[Es] ist [...] nicht rechtswidrig, eine nach ausländischem Recht gegebene Zuständigkeit [...] auszunutzen"); O. DE LOUSANOFF, compte rendu de l'ouvrage de M. Kurth, *Z.Z.P.*, 1992, 111-118, spéc. 188.

<sup>1309</sup> J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 264, n° 170 ("Die Grenze zwischen dem rechtmäßigen listigen 'forum shopping' und dem sittenwidrigen Ausnutzen der Wahlmöglichkeit zwischen mehreren konkurrierende Gerichten is fließend"); M. BERNET et M. PAULI, *l.c.*, paper IBA, 20 ("The boundary between an inadmissible action abroad, on the basis that it is unconscionable, and admissible forum shopping is however still largely unclear"). *Comp.* M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 295 (selon qui "Establishing clear principles for a right not to be sued in a foreign forum is neither desirable, nor possible. It is not desirable because international litigation needs flexibility to find a just result. Even if it were desirable, however, it is not possible, because of the broad language of the pertinent claims").

<sup>1310</sup> On peut voir dans le débat qui oppose les auteurs allemands sur la légitimité d'une interdiction de procéder à l'allemande, une manifestation de la dynamique de l'imitation dont on s'accorde à reconnaître qu'elle constitue un des moteurs de l'évolution des droits nationaux, sur ce point, H. MUIR WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *Arch. Phil. Droit*, 2001, (29-36), 29-32.

for ou pour sanctionner un manquement à une obligation délictuelle.<sup>1311</sup> On remarquera également qu'il est paradoxal de vouloir importer une figure juridique qu'une grande partie de la doctrine anglaise et américaine voudrait voir enfermée dans des limites plus strictes (*infra*, n° 325). Le paradoxe n'en est pas moins grand quand on connaît la réaction extrêmement forte des tribunaux de droit civil lorsqu'ils sont visés par une injonction américaine ou anglaise.<sup>1312</sup>

Notons enfin que si les suggestions de la doctrine allemande laissent bien des questions sans réponse, elles ne semblent pas vouloir attribuer à l'interdiction de procéder le rôle de mécanisme régulateur des conflits de procédure. Comme c'est le cas en droit anglais, l'injonction allemande n'aurait pas pour objectif de mettre fin à tous les conflits de procédure, mais seulement à ceux qui paraissent les plus abusifs. MM. *Hau* et *Lenenbach* proposent ainsi de tenir compte de la chronologie procédurale pour juger du caractère abusif de la procédure étrangère : si celle-ci est intentée alors que le juge allemand a déjà été saisi, ce facteur contribuerait à démontrer le caractère illégitime de la procédure étrangère.<sup>1313</sup> La violation de la litispendance du for n'est cependant pas élevée au rang de critère décisif : ces auteurs soulignent qu'au delà de ce premier facteur, le demandeur devra apporter la preuve d'autres circonstances démontrant le caractère abusif du comportement du demandeur à l'étranger.<sup>1314</sup> Même si les tribunaux allemands l'adoptent, l'injonction *anti-suit* n'apportera dès lors qu'une réponse partielle aux conflits de procédures.

## II. Une analyse généralisable?

**308. L'injonction, une solution exportable?** - On a vu qu'une certaine doctrine se montre prête à accueillir l'interdiction de procéder ou du moins un mécanisme similaire. La suggestion vise à répondre à un besoin direct et immédiat de justice, que ne peuvent satisfaire pleinement les outils traditionnels dont disposent les tribunaux du vieux continent, et en particulier le refus d'accorder effet à une décision étrangère. Ce besoin n'est certainement pas propre aux justiciables allemands. On comprendra dès lors que d'autres aient repris la suggestion à leur compte.<sup>1315</sup> L'introduction de l'injonction *anti-suit* dans un système de droit civil n'est pas sans précédent. Les tribunaux du Québec ont en effet embrassé le mécanisme (i). On va voir que sur le plan des principes, les juges belge ou français disposent des armes nécessaires pour ordonner à une partie d'abandonner une procédure étrangère (ii). La question demeure toutefois de savoir si une telle

<sup>1311</sup> M. *Schack*, qui rejette toute possibilité d'injonction anti-suit continentale et propose leur substituer le refus de reconnaissance *a posteriori*, note qu'à l'exception du 'singulier' arrêt du Reichsgericht, aucune décision allemande n'a fait sien le raisonnement de M. *Lenenbach* et consorts (1996, 304, n° 772-773).

<sup>1312</sup> V. *infra*. M. *Schack* se fait l'écho de ce paradoxe : 1996, 304, n° 773 ("Wenn wir uns vom Ausland nicht vorschreiben lassen, wenn unsere Gerichte tätig werden dürfen, wenn wir also ausländische Klageverbote nicht anerkennen, dann sollten wir derartige Prozeßführungsverbote auch dem Ausland nicht zumuten").

<sup>1313</sup> M. *LENENBACH*, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 298; W. *HAU*, 207-208.

<sup>1314</sup> M. *HAU* écrit notamment que "Selbst die Einleitung mehrerer Verfahren durch eine Partei ist zwar kaum wünschenswert, muß aber nicht sittenwidrig sein" (208) et plus loin "die Einleitung eines Verfahrens im Ausland trotz eines früheren ergangenen Entscheidung [ist] nur unter besonderer Umständen sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB" (p. 209). Il laisse la possibilité d'une injonction même lorsque la procédure étrangère est la première, (p. 207, note 94). M. *LENENBACH*, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 298-300 (sur les différentes hypothèses et comportements des parties).

<sup>1315</sup> M. *de Vareilles Sommières* a par exemple suivi les traces de la doctrine allemande dans une communication présentée au Comité français de droit international privé, intitulée, "Le forum shopping devant les juridictions françaises" (*Travaux du comité français dip 1998-2000*, Pedone, 2002), v. le compte-rendu par J.-P. *REMERY*, *R.C.D.I.P.*, 2000, (138), 140.

intervention dans la procédure étrangère peut se justifier, en particulier lorsqu'elle vise à mettre fin à un conflit de procédures.

(i) L'injonction *anti-suit* au Québec

309. **Une invention prétorienne** - La reconnaissance, en droit québécois, du pouvoir d'ordonner l'arrêt de poursuites engagées à l'étranger, procède de la même idée que celle qui anime la doctrine allemande déjà évoquée, à savoir la constatation que l'injonction permet d'intervenir *directement* pour empêcher la poursuite d'une procédure étrangère, et de répondre ainsi aux attentes de la partie atraite contre son gré devant un tribunal étranger.<sup>1316</sup>

Sur base de ce constat, la Cour d'Appel du Québec s'est reconnu au début des années 1990 le pouvoir d'ordonner à une partie d'abandonner une procédure entamée aux Etats-Unis.<sup>1317</sup> La Cour écarta l'article 758 du Code de procédure civile, qui interdit aux tribunaux d'empêcher la poursuite de procédures judiciaires, en précisant que cette disposition ne s'appliquait pas aux procédures à l'étranger. S'inspirant de la jurisprudence des tribunaux anglais et américains, les juges québécois décidèrent que l'interdiction de procéder ne se justifiait que lorsque le for présentait le moins d'inconvénients pour la conduite de la procédure. Encore fallait-il, toujours selon la Cour, que l'injonction n'ait pas pour résultat de priver le demandeur à l'étranger des avantages légitimes qu'il entendait obtenir du for étranger.<sup>1318</sup>

310. **L'interdiction de procéder comme revers du for non approprié** - Cette première décision fit jurisprudence. La Cour Supérieure du Québec eut par la suite à deux reprises recours à l'interdiction de procéder - dans les deux cas à l'encontre d'une procédure américaine.<sup>1319</sup> Paradoxalement la Cour a trouvé appui pour ces décisions dans la consécration par le législateur québécois de la doctrine du *forum non conveniens*.<sup>1320</sup> Selon la Cour, l'injonction constitue "l'envers de la médaille" de cette doctrine.<sup>1321</sup> Or, explique-t-elle, "il serait surprenant que le législateur ait voulu permettre aux tribunaux québécois de décliner leur juridiction en faveur d'un tribunal étranger, mieux à même de trancher le litige, sans toutefois permettre à ce même tribunal d'interdire à un de ses ressortissants d'entreprendre ou de poursuivre une procédure appropriée devant un tribunal étranger".<sup>1322</sup>

Même si l'on peut avoir des doutes sur le parallèle ainsi établi entre les deux mécanismes, il reste que l'injonction est incontestablement entrée dans le paysage judiciaire

<sup>1316</sup> E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 333, n° 138, expliquent que "l'efficacité de l'injonction consiste à empêcher toute possibilité d'une telle décision étrangère. Elle évite ainsi de devoir éventuellement la reconnaître malgré des règles trop larges ou inadaptées de compétence internationale des tribunaux étrangers, et elle supprime la nécessité de devoir recourir parallèlement à cette contestation dans de multiples pays".

<sup>1317</sup> *Johns Mansville Corp. c. The Dominion of Canada General Ins. Co.*, [1991] R.D.J. 616 (C.A.).

<sup>1318</sup> *Idem*, [1991] R.D.J. 616, 623 (juge McCarthy).

<sup>1319</sup> *Droit de la famille* - 2398 [1996] R.J.Q. 1010 (C.S.) et *Opron, Inc. v. Aero System Engineering, Inc.*, [1999] Rev. jurispr. Québec 757 (C.S. 11 février 1999).

<sup>1320</sup> Art. 3135 du Code civil, v. A. NUYTS, 150-154.

<sup>1321</sup> *Opron, Inc. v. Aero System Engineering, Inc.*, [1999] Rev. jurispr. Québec 757, 778. Et la Cour d'expliquer que "L'une des modalités d'exercice de la règle du forum non conveniens, importé en droit québécois avec la réforme, est l'injonction contre les poursuites".

<sup>1322</sup> *Droit de la famille* - 2398 [1996] R.J.Q. 1010, 1015.



québécois.<sup>1323</sup> On peut au moins se réjouir que les tribunaux se soient inspirés de la jurisprudence assez restrictive de la Cour Suprême, et en particulier de l'arrêt *Amchem* (*infra*, n° 322). Cette sévérité se traduit par une judicieuse condition de *subsidiarité*, selon laquelle l'injonction ne pourra être décernée que lorsque le demandeur a échoué dans sa tentative de convaincre le for étranger de renoncer à exercer sa compétence.<sup>1324</sup>

(ii) Une injonction *anti-suit* en droit belge ou français?

**311. Une solution techniquement envisageable** - L'expérience québécoise peut-elle inspirer les juristes belges et français? A première vue, la question paraît incongrue. D'aucuns n'ont cependant pas exclu cette possibilité.<sup>1325</sup> Il est vrai que sur le plan de la technique juridique, on peut fort bien imaginer une construction qui n'aurait rien à envier à l'interdiction de procéder telle qu'on la connaît en Angleterre. Les juges belges et français ne doivent plus être convaincus de l'utilité de l'injonction 'personnelle', dont ils font une grande utilisation. Cette injonction est comparable par sa nature aux injonctions *in personam*. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer la juridiction du juge belge des référés, qui est coutumier des injonctions de faire, de donner et même de ne pas faire.<sup>1326</sup>

Cette compétence d'injonction a depuis longtemps abandonné le strict territorialisme auquel on voulait autrefois la confiner. On a déjà eu l'occasion de rappeler que les juges continentaux ne s'embarrassent pas outre mesure des frontières nationales lorsqu'ils ordonnent à une partie de mettre fin à un comportement donné (*supra*, n° 247).

On ajoutera aux exemples déjà cités celui du contentieux du régime primaire entre époux, qui peut voir un juge de paix belge prononcer des mesures portant sur des biens situés à l'étranger. Ces injonctions peuvent être prononcées sans que la localisation de la chose qui fait l'objet de l'injonction ne constitue un obstacle rédhibitoire. MM. *Rigaux* et *Fallon* donnent comme exemple l'interdiction faite à un époux d'aliéner un immeuble situé à l'étranger.<sup>1327</sup>

<sup>1323</sup> V. les commentaires approuvés de E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *ac*, 1998, 329-331, n° 138.

<sup>1324</sup> *Amchem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.*, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, *infra* n° 322. P. ex. *Opron, Inc. v Aero System Engineering Inc.*, [1999] Rev. jurispr. Québec 757, 778-779 (la Cour constate que le tribunal du Minnesota a rejeté l'exception de forum non conveniens).

<sup>1325</sup> Outre l'étude déjà citée de M. de Vareilles Sommières, v. les réflexions de M. FALLON, *lc*, *Reu Dr. U.L.B.*, 71, n° 23 (l'auteur n'exclut pas que le juge des référés puisse théoriquement "être saisi d'une demande tendant à interdire ou à obliger un plaideur à procéder à l'étranger") et du même, "L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale", *Annales de droit de Louvain*, 1994, (373), 392 (M. Fallon note que les tribunaux belges pourraient octroyer une injonction en cessation "en vue de prévenir l'aggravation d'un dommage pouvant résulter de la poursuite d'une action judiciaire à l'étranger". Il semble fonder une telle injonction sur la responsabilité délictuelle d'une partie, engagée à raison du dommage qu'entraînerait la conduite d'une action vexatoire et téméraire à l'étranger). *Adde* les commentaires de A. NUYS, 399-400 qui observe que "Contrairement à l'opinion généralement admise, la technique des injonctions *anti-suit* n'est donc pas nécessairement incompatible avec le droit des pays du continent européen". *Adde*, A. DE SCHOUTHEETE et A. NUYS, "Belgium", in *Serving Process and Obtaining Evidence Abroad*, Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1998, S. COTTER (éd.), Londres, Kluwer Law International, (55), 99.

<sup>1326</sup> V. l'aperçu que donne G. DE LEVAL, "Rapport belge", in *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. 36, 1985, (49-69), 59-65. Sur le statut des injonctions de faire et de ne pas faire en droit belge, v. le panorama d'ensemble dressé par J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (1985-1998). Droit judiciaire privé", *R.C.J.B.*, 1999, (59), 171-176, n° 377-380.

<sup>1327</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé. Droit positif belge*, 1993, Larcier, Bruxelles, 329, n° 1010. Ils ajoutent qu'en revanche, "le président du tribunal ne saurait ordonner, à propos d'un tel immeuble, une mesure de publicité foncière dont l'exécution échappe nécessairement à sa compétence". V. également MM. Fallon et van Boxstael, 572, n° 302 (qui expliquent que « le juge belge pourrait fort bien [...] autoriser une saisie-arrêt conservatoire à charge d'un tiers établi à l'étranger, sans pour autant excéder les limites posées par le droit international au pouvoir de juridiction des tribunaux belges »).

312. L'astreinte au secours d'une injonction belge ou française - Comme le rappelle M. de Leval, le pouvoir d'injonction du juge belge se caractérise par une "souplesse", qui ne "se laisse pas appréhender par des classifications".<sup>1328</sup> On enseigne ainsi que le juge des référés peut ordonner la cessation d'un comportement qui constitue une voie de fait.<sup>1329</sup> Si le besoin s'en faisait sentir, le juge pourrait faire oeuvre créatrice puisque son pouvoir n'est pas limité par des règles formelles.<sup>1330</sup> Pourquoi ne pas dès lors envisager une injonction interdisant à une partie de poursuivre ou de commencer une procédure devant un juge étranger ?

Une injonction de ce type pourrait se voir sanctionnée par une très persuasive astreinte, réponse continentale aux sanctions de la '*contempt of court*'.<sup>1331</sup> Le commandement échapperait ainsi au reproche de l'exercice extra-territorial du pouvoir de contrainte, puisque la seule sanction éventuelle se déploierait dans le for de l'injonction. La menace pécuniaire que l'astreinte fait peser sur le patrimoine du débiteur de l'injonction se limite aux biens que celui-ci possède dans le for de l'injonction. Si cette menace est mise à exécution à l'étranger, ce sera uniquement parce que le juge étranger accepte souverainement d'y donner suite.<sup>1332</sup>

Au demeurant, si l'astreinte devait s'avérer inefficace, le créancier de l'injonction pourrait encore solliciter la condamnation du débiteur au paiement de dommages et intérêts.<sup>1333</sup> On remarquera que l'astreinte semble constituer l'arme de choix des tribunaux néerlandais pour sanctionner les injonctions qu'ils prononcent dans le contentieux de la propriété intellectuelle.<sup>1334</sup>

<sup>1328</sup> G. DE LEVAL, *loc. cit.*, *Travaux de l'association H. Capitant*, t. 36, 1985, (49), 60.

<sup>1329</sup> *Idem*.

<sup>1330</sup> E. LEROY, Rapport sur les mesures conservatoires en droit belge, présenté lors d'un séminaire organisé par l'Union internationale des huissiers de justice, Paris, 1999, qui explique que le juge belge des référés "peut même faire oeuvre inventive en la matière dans la mesure où elle n'est pas réglementée en profondeur [...]". Et l'auteur d'analyser la possibilité d'introduire en droit belge une injonction du type Mareva (pp. 56-59), une injonction du type 'disclosure order', qui ordonne au débiteur de révéler au créancier la composition de son patrimoine (pp. 59-60) ainsi qu'une injonction de type 'Anton Piller' (pp. 61-63).

<sup>1331</sup> L'affaire *Yahoo* offre un exemple récent où l'astreinte a été utilisée dans une espèce où un juge français avait prononcé une injonction dont les effets n'étaient pas par hypothèse limités au territoire national, puisqu'elle portait sur des actes posés par le biais de l'internet. En l'espèce, le juge a condamné une entreprise américaine à mettre fin à certains comportements jugés litigieux ; l'injonction était assortie d'une astreinte qui pouvait être exécutée sur le territoire français où le défendeur possédait des biens. L'avocat de la demanderesse (la LICRA) reconnu dans un interview qu'il n'avait aucune intention de demander l'exécution de la décision française aux Etats-Unis, cette mesure étant inutile pour obtenir le respect de la décision. Selon le conseil, "Si nous voulons faire liquider les astreintes, nous n'avons pas besoin de le faire aux Etats-Unis. Nous pouvons les faire exécuter en France en visant les créanciers de Yahoo". Les moyens de sanctions sont donc purement nationaux. L'avocat avait fait ses remarques à l'occasion d'un litige portant aux Etats-Unis sur la reconnaissance de la décision française, le débiteur du jugement cherchant à obtenir, pour des raisons tactiques, une déclaration du juge américain constatant que le jugement français ne pouvait sortir d'effet aux Etats-Unis, dont il violait certains principes fondamentaux. L'avocat s'étonnait de cette démarche, puisque il n'avait pas l'intention d'obtenir l'exécution de la décision aux US, interview de mai 2001, disponible sur [www.legalis.net].

<sup>1332</sup> Sur la reconnaissance d'une décision prononçant une astreinte, v. art. 49 du Règlement 44/2001.

<sup>1333</sup> Sur les méthodes permettant d'assurer l'effectivité des injonctions non-pécuniaires en droit belge, v. E. LEROY, rapport inédit précité, 51-56.

<sup>1334</sup> V. p.ex. H. L. G. DIJKSTERHUIS-WIETE, "Grenzeloze onrechtmatigheid - de rol van de president in kort geding", in *Liber amicorum P. Meijerrecht. Van Nederlands naar Europees procesrecht?*, E. H. HONDIUS (éd.), Deventer, Kluwer, 2000, (65), 67 (l'auteur observe que "Wanneer een Nederlands kort geding vonnis, dat in het buitenland zijn effect moet hebben en waarin een dwangsom is opgelegd, door de gedaagde niet wordt nageleefd, kan de eiser hem immers onder druk zetten door de dwangsom in Nederland te executeren, mits gedaagde vermogensbestanddelen in Nederland heeft"). V. également X. E. KRAMER, *Het kort geding in internationaal perspectief*, Deventer, Kluwer, 2001, 29-30 et 53. Cet auteur explique cependant qu'il n'est pas habituel en droit allemand de renforcer la décision au moyen d'une astreinte (p. 73).

313. Une question de principe – La ‘construction’ d’une injonction à la belge ou à la française ne pose pas de difficultés insurmontables.<sup>1335</sup> Reste la question, essentielle, de savoir si et dans quelles situations le juge belge ou français se permettrait d’ordonner à une partie de mettre fin à une procédure étrangère. Sur la question de principe, il est permis d’être bref : nous ne pensons pas que les tribunaux franchiront d’eux-mêmes le Rubicon pour rejoindre le camp des adeptes de l’injonction *anti-suit*. Sans une (hypothétique) intervention du législateur, on peut avancer sans trop de risque que l’arme de l’injonction demeurera une simple idée sans trouver concrétisation.<sup>1336</sup>

L’introduction d’une telle arme ‘nucléaire’ de la procédure jure par trop avec la réserve qu’observent ces tribunaux. Au surplus, une telle innovation se révélerait à notre sens peu judicieuse – principalement en raison des nombreux doutes déjà exprimés sur l’efficacité de l’interdiction de procéder. Si chaque Etat prétend utiliser l’injonction, on risque vite de plonger dans le chaos judiciaire! Il est sans doute des solutions moins agressives pour répondre aux tentatives d’abus de certaines parties. L’idée d’importer sur le continent l’injonction *anti-suit* pourrait bien être celle d’apprenti sorciers du droit comparé, qui se retrouveront vite dépassés par leur création. Avant d’envisager une telle solution, il faudrait en effet éclaircir les circonstances qui justifieraient le recours à cette arme. Et même si un tel travail devait porter ses fruits, encore faudrait-il constater que l’interdiction de procéder a son avenir derrière elle. C’est ce que nous allons voir dans la section suivante.

## 2. L’INTERDICTION DE PROCEDER, UNE MESURE EN VOIE DE DISPARITION

314. Introduction - Les efforts d’une certaine doctrine visant à convaincre les tribunaux continentaux d’adopter la ‘méthode anglaise’ pour résoudre les conflits de procédures n’ont pas (encore) abouti. Eussent-ils été couronné de succès qu’il faudrait apporter un important bémol à la possibilité de recourir à l’interdiction de procéder. Il ne fait en effet pas de doute qu’il n’y a pas de place pour un tel mécanisme au sein de l’espace judiciaire européen. Que ce soit en matière civile et commerciale ou pour le contentieux du divorce, les règlements de Bruxelles I et de Bruxelles II ne peuvent s’accommoder de la revendication unilatérale du pouvoir régulateur de la compétence

<sup>1335</sup> Comme l’explique de façon générale M. Legrand, l’importation de l’injonction *anti-suit*, institution typiquement anglaise, en droit français ou belge n’ira pas sans une certaine transformation du mécanisme pour l’adapter aux réalités locales. On pense par exemple au remplacement des sanctions du contempt of court, inconnues des droits civils, par l’astreinte. Cette substitution témoigne de la nécessité d’inscrire l’injonction dans les mécanismes privilégiés de la culture juridique locale. On peut se demander si au-delà de cette acculturation de l’institution importée, l’exportation d’une figure juridique est possible. Pour le débat, v. P. LEGRAND, « The Impossibility of Legal Transplants », *Maastricht J. Eur. L.*, 1997, 111 e.s. et « European Legal Systems Are Not Converging », *I.C.L.Q.*, 1996, 52 e.s. et l’étude fondatrice de A. WATSON, *Legal Transplants : an Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, 106 p. – parue à nouveau sous le même titre : Athens, Georgia Univ. Press, 2ème éd., 1993, 121 p. Adde P. LEGRAND, “L’hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité)”, *Arch. Phil. Droit*, 2001, 37-41.

<sup>1336</sup> On ne peut cependant exclure qu’un tribunal se serve de l’astreinte pour arriver à un résultat comparable à celui visé par l’interdiction de procéder. La Cour d’Appel de Bruxelles a par exemple assorti d’une forte astreinte une décision confirmant que la garde d’un enfant revenait à son père (Bruxelles, 26 avril 1990, *R.T.D.F.*, 1990, 368). Le but inavoué était sans doute d’inciter au moins indirectement le débiteur du jugement à ne pas tenter de remettre celui-ci en question, en introduisant une nouvelle demande en France. Cette décision se comprend au vu des antécédents de la cause, les deux époux ayant croisé le fer judiciaire à de nombreuses reprises tant en Belgique qu’en France, ce qui avait donné lieu à des décisions en sens divers. Comme le souligne M. Fallon, “if the policy of daily fine were to become general, it would effectively prevent the other party from afterwards applying to a foreign court” (“Belgium”, in *Dedining Jurisdiction*, (99), 117).

internationale que constitue l'injonction *anti-suit*. Une large partie du contentieux international échappe ainsi à l'emprise de l'interdiction de procéder, dont le champ d'application se trouve confiné aux relations extra européennes.<sup>1337</sup>

C'est ce que nous vérifierons, par acquit de conscience, pour le Règlement de Bruxelles I, la conclusion étant d'emblée acceptée par une doctrine majoritaire.<sup>1338</sup> La démonstration vaut *mutatis mutandis* pour le règlement de Bruxelles II, dont l'enjeu ne nous paraît pas différent.

Dans un deuxième temps, et pour prolonger cette démonstration, nous examinerons quelques tendances récentes de la doctrine et de la jurisprudence de *common law*, qui témoignent du même souci de réduire encore l'espace disponible à l'interdiction de procéder. Considérés dans leur ensemble, ces éléments font à notre sens de l'injonction *anti-suit* une espèce en voie de disparition.

#### (A) Incompatibilité de l'interdiction de procéder avec l'espace judiciaire européen

315. Un espace judiciaire unifié réfractaire à l'interdiction de procéder - Une lecture, même rapide, du texte de la Convention de 1968, ne fait apparaître aucune allusion, même indirecte, à l'interdiction de procéder. Ceci ne doit pas étonner, puisque les six pays fondateurs de l'espace judiciaire européen ne connaissaient pas cette institution. Il n'en a pas plus été question lors de l'accession du Royaume-Uni à la Convention - du moins le rapport *Schlösser* est-il muet sur la question.

<sup>1337</sup> Cf. *infra* sur l'impact de la Convention de La Haye et sur les relations avec les pays tiers.

<sup>1338</sup> H. VAN HOUTTE, "A propos des injonctions anti-suit et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, M. - T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, (147). M. Schlösser indique que les "Anti-suit injonctions gegen Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat verstoßen daher im allgemeinen gegen den europäischen ordre public", *EuGVÜ*, München, Beck, 1996, 155 (Art. 27-29, § 5) et déjà du même, *Justizkonflikt*, 1985, 37; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1998, 299 ("unzulässig"); H. MUJR WATT, compte-rendu de l'ouvrage de M. Requejo Isedro, *Proceso en el extranjero y medidas anti-proceso*, R.C.D.I.P., 2001, (595), 596 ("On ne peut qu'adhérer à la conclusion selon laquelle le mécanisme des injonctions anti-suit s'insère difficilement dans le contentieux intra-communautaire"); E. JAYME et CH. KOLHER, "Europäisches Kollisionsrecht 1995 - Der Dialog der Quellen", *IPRax*, 1995, (343), 351 (selon qui les injonctions sont "konventionswidrig"); des mêmes, "Europäisches Kollisionsrecht 1994 : Quellenpluralismus und offene Konflikte", *IPRax*, 1994, (405), 412; S. O'MALLEY et A. LAYTON, *European Civil Procedure*, Londres, Sweet & Maxwell, 1994, § 1.51 - 1.52 (anti-suit injonctions ne sont pas admissibles); A. BELL, "Anti-suit injunctions and the Brussels Convention", *L.Q.R.*, 1994, (204), 208-209 ("it is difficult to imagine that the European Court of Justice would be sympathetic to the use of a jurisdictional weapon such as the anti-suit injunction which has the potential to overpower the allocation of jurisdiction which the Brussels Convention enshrines"); P. ROGERSON, "English Interference in Greek Affairs", *Cam L. J.*, 1994, (204), 243-244; O. LANDO, "Being First : On Uses and Abuses of the Lis Pendens under the Brussels Convention", in *Modern Issues in European Law : Nordic Perspectives. Essays in Honor of L. Palsson*, G. MELANDER (éd.), Norstedts Juridisk, 124; H.-P. MANSEL, "Grenzüberschreitende Prozeßführungsverbote (antisuit injunctions) und Zustellungsverweigerung", *ZEuW.*, 1996, (335), 337-338; H. SCHACK, "Germany", *Dedining Jurisdiction*, (189), 204; id., *IZVR*, 1996, 304, n° 773 ("ungehörig"); L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum non conveniens und International Comity", *R.I.W.*, 1993, (802), 808. W. HAU, "Zustellung ausländischer Prozeßführungsverbote...", *IPRax*, 1997, (161), 163 ("unvereinbar"); du même, *IPRax*, 1996, (44), 46; du même, 217-219 (mais l'auteur réserve la possibilité d'une injonction à l'égard de procédures dans les pays tiers); J.J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, (1), 63 ("It looks to be wrong in principle for an English court to grant an injunction restraining foreign proceedings in another western European State, when that State has been allocated jurisdiction under the Brussels and Lugano Convention"); Y. DONZALLAS, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Berne, Staempfli, II, 1997, 480, n° 3007 (l'injonction anti-suit "contrevient de manière claire aux mécanismes essentiels mis en place par le traité"); T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Klostermann, Frankfurt aM, 1995, 778-779; M. MAACK, *Englische antisuit injonctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, 2000, 163-183; A. NUYS, 401-407; W. MATHER, "Antisuit Injunctions und die Europäischen Gerichtsstandsübereinkommen : Die englische Sichtweise", *Forum Int'l*, 1996, 76-80.

La question de la compatibilité de l'injonction *anti-suit* avec la Convention ne s'est posée qu'une fois que les plaideurs eurent pris conscience des possibilités qu'offraient le régime européen en termes de forum shopping. C'est à partir des années 1990 que les tribunaux anglais furent confrontés à des procédures engagées dans d'autres Etats contractants qui appelaient à leurs yeux une sanction immédiate. Comme on l'a déjà vu, c'est la conduite d'une procédure en violation (apparente) d'une clause d'élection de for qui a révélé le problème. La Cour d'Appel a en 1994 ouvert les hostilités en ordonnant à une partie de mettre fin à une procédure dont elle avait saisi les tribunaux grecs.<sup>1339</sup>

Cette décision, et celles qui ont suivi, ne se sont guère préoccupées de la question de savoir si le recours à l'injonction *anti-suit* contrevenait aux fondements de l'espace judiciaire européen. La Cour d'Appel n'a même pas abordé la question dans l'affaire *Continental Bank*, et n'a par conséquent pas envisagé d'interroger la Cour de Justice à ce sujet. Les esprits étaient à l'époque tout entier fixés sur la question des relations entre le mécanisme de la litispendance et d'une clause d'élection de for, la solution que les tribunaux entendaient appliquer à la violation de cette dernière restant dans l'ombre. Ce n'est qu'avec la multiplication des espèces, la jurisprudence atteignant une certaine masse critique, que les premiers doutes vinrent s'installer dans l'esprit des juges anglais.

Dans le même temps, le recours à l'injonction fut étendu à d'autres situations que celles mettant en jeu la violation d'une clause d'élection de for. Dans l'affaire *Grovitt* déjà évoquée (*supra*, n° 204), il s'agissait ainsi d'un litige opposant un juriste d'entreprise à son ancien employeur à qui il reprochait de l'avoir attiré devant le juge espagnol dans le seul but de le harceler – ce que confirmait le montant extrêmement élevé des dommages et intérêts réclamés par l'employeur, qui n'avaient, comme le souligne M. *Hartley*, aucun rapport avec le préjudice prétendument subi.<sup>1340</sup>

**316. Les hésitations de la jurisprudence anglaise** - Force est de constater que le droit anglais souffre aujourd'hui d'une ambiguïté certaine et d'un manque de lisibilité. D'une part la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Continental Bank* n'a pas (encore) directement été remise en question. Et, comme nous l'avons déjà expliqué, d'autres tribunaux se sont engagés dans la même voie, en sanctionnant au moyen d'une injonction la violation d'une clause d'élection de for (*supra* n° 166). D'autre part, d'autres décisions ont mis en doute la possibilité d'avoir recours à l'injonction *anti-suit* dans le cadre de l'espace judiciaire européen – même si cette remise en question se fit souvent à demi-mot.<sup>1341</sup>

<sup>1339</sup> *Continental Bank NA v Aeolos Cia Naviera SA*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 505 (C.A.), *supra*, n° 166.

<sup>1340</sup> M. *Hartley* note que la demande formulée par l'employeur "on any view of the facts, would seem to have been intended more to overawe and frighten the defendant than to constitute a genuine estimate of the loss suffered" (*I.C.L.Q.*, 2000, (166), 167).

<sup>1341</sup> P. ex. la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Fort Dogde, Fort Dodge Animal Health, Ltd. et al. v Akzo Nobel N.V. and Intervet International B.V.*, [1998] FSR 222. Sur cette affaire, v. I. KARET, "Suit. Anti-Suit", *E.I.P.R.*, 1998, 76-81. En l'espèce, l'injonction sollicitée visait une procédure dont étaient saisi les tribunaux des Pays-Bas, qui portait sur la contrefaçon alléguée d'un brevet. Le juge Laddie refusa l'injonction dans des attendus qui ne laissent que peu de place au mécanisme lorsque le for étranger est celui d'un Etat contractant. Il expliqua notamment qu'enjoindre le défendeur reviendrait à dire que "the Dutch courts' interpretation of the Convention is wrong and that they cannot be trusted to mend their ways in the future". Il poursuivit en expliquant qu'on lui demandait de "impose an English courts' construction on foreign proceedings by removing from the jurisdiction of the Dutch courts any litigant who seeks to advance an argument which is inconsistent with the petitioners' views of what the Convention means". Le juge répéta plusieurs fois qu'il s'agissait d'une question de confiance et qu'enjoindre serait avouer que les tribunaux des Pays-Bas ne méritent pas cette confiance. Le juge résume sa pensée sur la question dans un attendu fort : "What I am being asked to do is to impose my view of the

Les rebondissements judiciaires de l'affaire *Groot* illustrent bien l'ambivalence de la jurisprudence. En première instance, le juge refusa de donner suite à la demande d'injonction de l'ex-employeur.<sup>1342</sup> Les attendus de cette décision ne laissent peser aucun doute sur l'incompatibilité entre l'interdiction de procéder et le régime conventionnel. Le juge expliqua en effet que "le principe qui est au coeur de la Convention veut que les tribunaux des autres Etats contractants doivent être présumés, par mesure de confiance, être capables de rendre des décisions justes et dont on peut espérer qu'elles seront correctes. Il serait contradictoire avec ce principe pour les tribunaux d'un Etat A de décider anticipativement si les tribunaux de l'Etat B sont compétents pour statuer sur une cause".<sup>1343</sup> Ce faisant le tribunal semble exclure tout recours au pouvoir injonctif entre Etats contractants.

En appel la Cour est cependant revenue sur cette décision et a ordonné la cessation de la procédure étrangère parce que celle-ci n'avait pour seul but que de mettre l'adversaire en difficulté.<sup>1344</sup> La Cour n'a laissé aucun doute sur sa position, en notant que "lorsqu'un tribunal d'un Etat contractant a été saisi dans le seul but de harceler une partie qui a fait appel aux tribunaux anglais, ceux-ci peuvent interdire par le biais d'une injonction, au demandeur à l'étranger, de poursuivre la procédure étrangère".<sup>1345</sup> La Cour prit certes soin d'expliquer que l'injonction "ne traduit en aucune manière un manque de respect pour les tribunaux espagnols" et "qu'il est bien sur évident qu'il n'est pas question d'obliger ces tribunaux à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose".<sup>1346</sup> Toujours est-il que le défendeur se vit interdire de poursuivre la procédure engagée devant les tribunaux espagnols, alors même que ceux-ci ne s'étaient apparemment pas encore prononcé ni sur leur compétence, ni sur l'exception de litispendance qu'ils auraient normalement dû accueillir.<sup>1347</sup> La Chambre des Lords, à qui l'affaire fut ensuite soumise, eut l'intelligence

---

construction of the Convention on the Dutch courts. I do not think that that would be an appropriate course to adopt. [...] If it were open for one national court to restrain a party from seeking relief from another on the basis that the one did not think that the other would get the law right, why could there not be a counter-counter injunction?" Remarquons que si l'argumentation du juge ne semble pas laisser de place à l'injonction dans le cadre de la Convention, il ne va pas jusqu'à en exclure absolument la possibilité. D'autant plus qu'il réserve le cas de la violation d'une clause d'élection de for, qui selon lui est soumis à d'autres considérations. En appel, la Cour fut plus prudente puisque si elle refusa l'injonction, elle se reconnut toutefois compétente en principe pour accorder une interdiction de procéder et ne renonça à exercer cette compétence que parce qu'elle reconnut que les dispositions de la Convention pouvaient faire l'objet d'interprétations divergentes et qu'il appartenait à la Cour de Justice de trancher. Les conclusions de la Cour d'Appel se lisent comme autant d'admonestations dirigées à l'encontre du tribunal néerlandais, l'enjoignant de ne rien entreprendre avant la décision de la Cour de Justice.

<sup>1342</sup> *Turner v Groot et al.*, [1999] 1 All ER (Comm) 445.

<sup>1343</sup> "the principle at the very heart of the Convention is that the Courts of foreign Convention States must be trusted to render proper, competent and therefore hopefully correct decisions. It would be inconsistent with that principle for the courts of State A to make a pre-emptive decision on whether the courts of State B have jurisdiction over a claim". Le juge expliqua également qu'enjoindre le défendeur serait "wrong in principle" et que ce principe s'applique même "if the courts of Convention State A were to consider it clear beyond serious argument that the courts of Convention State B have no jurisdiction". Le tribunal conclut que "it would be wrong for a court by injunction to prevent a claimant from proceeding in any other forum also permitted to him by the Convention". Notons cependant que le juge réserve également le cas d'une violation d'une clause d'élection de for, qui pourrait donner lieu à d'autres conclusions.

<sup>1344</sup> *Turner v Groot*, [2000] 1 QB 345, [1999] 1 All ER 616, [1999] 3 W.L.R. 794, [1999] ILPr 656 (C.A.).

<sup>1345</sup> "I entertain not the slightest doubt but that, were the English court to find that proceedings had been launched in another Brussels Convention jurisdiction for no purpose other than to harass and oppress a party who is already a litigant here, the English court possesses the power to prohibit by injunction the plaintiff in the other jurisdiction from continuing the foreign process" : [2000] 1 QB 345, 357.

<sup>1346</sup> L'injonction "entails not the slightest disrespect to the Spanish court. It is of course elementary that there is no question of our requiring that court to do or refrain from anything" : [2000] 1 QB 345, 364.

<sup>1347</sup> A la décharge de la Cour d'Appel on peut noter que la procédure espagnole avait en l'espèce tout d'une manoeuvre dilatoire visant à épuiser les ressources d'un adversaire moins fortuné. La décision de la Cour d'Appel

d'en référer à la Cour de Justice. Elle ne fit toutefois pas mystère de sa position, laissant clairement entendre qu'à ses yeux il n'y a pas incompatibilité entre l'injonction et les principes qui régissent l'espace judiciaire européen.<sup>1348</sup>

Les hésitations de la jurisprudence se reflètent également dans les écrits des auteurs anglais : alors que certains excluent d'emblée le recours au pouvoir injonctif lorsque la Convention s'applique,<sup>1349</sup> d'autres sont plus réservés et, tout en soulignant que le recours à l'injonction doit rester exceptionnel, se refusent d'exclure catégoriquement la possibilité d'exercer le pouvoir d'injonction à l'encontre d'une procédure pendante dans un autre Etat contractant.<sup>1350</sup>

---

anglaise apparaît toutefois pour le moins prématurée. Sur les lacunes de la Convention pour réprimer les tentatives d'abus de procédure, v. H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu gén. Procédures*, 1999, 760-763.

<sup>1348</sup> V. les §§ 30 et suivants du speech de Lord Hobhouse, *Turner et al. v Grouit*, [2001] UKHL.

<sup>1349</sup> P. ex. CHESHIRE et NORTH, *Private International Law*, Butterworths, Londres, 1992, 251 (ces auteurs conseillent d'exclure sans plus l'injonction lorsque la Convention de Bruxelles est applicable. Après avoir expliqué que lorsque la Convention est applicable, le juge anglais sera le plus souvent incompétent pour décerner une telle injonction, ils soulignent que même lorsqu'il est compétent pour ce faire, "the discretion should be exercised against the grant of an injunction restraining proceedings in another Contracting State where that State has jurisdiction under either of the Conventions. [...] [I]t would be contrary to the spirit of each Convention for a court in another Contracting State to that Convention to interfere, albeit indirectly, with this", cf. les nuances dans la 13<sup>ème</sup> éd., 1999, de l'ouvrage, pp. 269-272); J. HILL, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, Londres, 1994, 596 ("The grant of an antisuit injunction by the English court [...] is inconsistent with the principles on which the convention is founded"); P. STONE, *The Conflict of Laws*, Longman, NY/Londres, 1995, 157 ("It seems clear that it would be contrary to the 1968 Convention [...] for an English court in any circumstances to restrain by injunction the continuance of proceedings in another Contracting State in respect of a matter within the material scope of the Convention"); P. KAYE, *Law of the European Judgments Convention*, Chichester, Barry Rose, 1999, 2479-2480, ("[...] the idea that there is nothing in the Convention which is inconsistent with at least the exercise - if not also the existence - of the ordinary English power to restrain foreign (Contracting States) proceedings, albeit by injunction in personam against the plaintiff abroad rather than against the foreign court itself, is somewhat inaccurate. The whole system of the Convention is based upon absolute mutual respect for foreign Contracting States' proper adherence to convention jurisdiction", et plus loin : "within the Convention system it is submitted that its exercise against a foreign Contracting State's proceedings on jurisdiction grounds, in order to compel obedience to a jurisdiction clause considered valid by the chosen forum but not so in the foreign court, would be entirely repugnant to the very structure of the Convention"); C. WADLOW, *ac*, Sweet & Maxwell, 1998, 510-512 (l'auteur rappelle que l'injonction est contraire aux principes mêmes de la Convention de Bruxelles, mais souligne que cette vision des choses n'est pas partagée par les tribunaux anglais et que dès lors, "In England, the current state of the law is that anti-suit injunctions are believed to be consistent in principle with the Brussels Convention, at least in some circumstances", p. 510, n° 8-60 - il semble également reconnaître la possibilité d'une injonction lorsque le tribunal étranger assume sa compétence en violation de l'article 16, p. 511, n° 8-61); A. BRIGGS, "Restraint of Foreign Proceedings", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1987, (391), 399 ("There is no power - surely? - to order injunctions against plaintiffs proceeding in the courts of a Contracting State in a cause within the scope of the Convention"), du même, *The Conflict of Laws*, 2002, 88-89 ("In the end, it is most unlikely that this dramatic and interventionist remedy, no matter how commercially useful it is, will withstand the scrutiny of the European Court. For even if it does not actually violate Article 27, such injunctions show scant respect for the principle of mutual trust in the administration of justice in the Community[...]"), et p. 111).

<sup>1350</sup> S. MALES, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, 551-552 (*M. Males* n'exclut pas totalement les injonctions dans les relations intra-européennes lorsqu'il y a violation d'une clause d'élection de for, mais paraît les exclure dans les autres cas de figure à la note 41); P. B. CARTER pose la question de savoir si "the special relationship between Member States additionally requires that the actual exercise of jurisdiction to grant an anti-suit injunction be limited if the suit involved is a suit in a court of another Member State" sans vraiment y répondre, et sans exclure tout à fait la possibilité, mais en reconnaissant que de facto puisque les injonctions ne seront probablement pas reconnues, elles ne sont pas très utiles (*l.c.*, 1997, 17); T. C. HARTLEY, "Brussels Jurisdiction and Judgments Convention : Jurisdiction Agreements and Lis Alibi Pendens", *Eur. L.R.*, 1994, (549), 551-552; Dicey et Morris, 13<sup>ème</sup> éd., 2000, 49; L. COLLINS, *Civil Jurisdiction and Judgment*, Londres, Butterworths, 1982, 46 (injonctions sont possibles); W. KENNET, "Les injonctions anti-suit", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, M.-T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, (133), 141-144: l'auteur rappelle qu'il n'est pas fréquent qu'une injonction soit dirigée contre un juge européen, sauf dans le cas d'une violation d'une clause d'élection de for, mais ne prend pas position ferme contre l'injonction.



Ces hésitations, dont on peut espérer qu'elles ne sont que le symptôme tout provisoire de la difficile adaptation des juges anglais au système de la Convention,<sup>1351</sup> n'ont pas lieu d'être. Il ne fait en effet selon nous pas de doute que le mécanisme même de l'injonction *anti-suit* est incompatible avec les fondements de l'espace judiciaire européen, et ce même lorsqu'il s'agit de remédier à un abus flagrant de procédure comme dans l'affaire *Grovit*.

317. L'injonction viole la lettre et l'esprit de l'espace judiciaire européen - Ce sont tout d'abord les dispositions mêmes de la Convention qui s'opposent dans certains cas aux prétentions des tribunaux anglais désireux de mettre fin à une procédure étrangère.<sup>1352</sup> Lorsque celle-ci a déjà été entamée, comme c'était le cas dans l'affaire *Continental Bank*, la litispendance européenne impose aux juges anglais de s'abstenir de toute intervention. Les juridictions anglaises ont contourné l'obstacle en niant qu'il y ait identité entre une demande au fond et l'action visant à obtenir une injonction.<sup>1353</sup> On peut douter de la justesse de cette interprétation au vu de la jurisprudence de la Cour de Justice (*infra*, n° 478).

Quoi qu'il en soit de la portée exacte de l'article 21, il est permis de penser que la Convention s'oppose à l'exercice du pouvoir d'injonction même lorsque le for de l'injonction a été saisi en premier. L'économie de l'espace judiciaire européen ne saurait tolérer qu'un Etat s'arroge le droit de dicter aux tribunaux d'un autre Etat contractant la conduite qu'ils doivent suivre. Une telle intervention supposerait en effet que le for de l'injonction procède à l'examen de la compétence du for étranger, pour accorder l'injonction lorsqu'il s'avère que ce dernier a usurpé sa compétence. Or le système conventionnel a radicalement limité la possibilité pour un juge d'examiner la compétence d'un autre au regard de la Convention. Cette limitation vaut tant pour l'instance directe<sup>1354</sup> que pour l'instance indirecte,<sup>1355</sup> de sorte qu'on peut parler de *principe général* de la Convention.<sup>1356</sup>

Le moins que l'on puisse dire c'est que l'injonction *anti-suit* est en contradiction avec ce système. Si la Convention repose sur l'interdiction de contrôler la compétence du juge

<sup>1351</sup> M. HARTLEY parle à cet égard de "fundamental clash of values" (*loc. cit.*, I.C.L.Q., 2000, 166). Sur le même thème, v. H. MUIR WATT, *Reu gén. Procédures*, 1999, spéc. 754-760 et en général K. VON RÖNN, *Die Anwendung des europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens in Vereinigten Königreich*, Frankfurt aM, 1996, 156 p.

<sup>1352</sup> Nous faisons l'impasse sur la question de savoir si une demande d'injonction concerne la matière "civile et commerciale" visée à l'article premier de la Convention. Pour une réponse positive, cf. *The Eras EIL Actions*, [1995] 1 Lloyds Rep (64), 77 ainsi que, dans le cadre de la Convention de La Haye de 1965, W. HAU, "Zustellung ausländischer Prozessführungsverbote...", *IPRax*, 1997, (161), 162. Nous n'aborderons pas non plus la question de savoir si une demande d'injonction *anti-suit* peut être qualifiée de mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'article 24 de la Convention, sur ce point v. la réponse négative de Briggs et Rees, 1997, 266-267, n° 5.25 et celle de C. KESSEDIAN, Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé, Doc. Prél. N° 10, 5, note 11.

<sup>1353</sup> *Continental Bank NA v Aekos SA* [1994] 1 WLR 588; *Bank of Scotland v Banque Nationale de Paris*, [1996] I.L.Pr 668; *Toepfer International GmbH v Molino Boschi Sarl* [1996] 1 Lloyd's Rep. 510. En ce sens également C. WADLOW, *ac.*, 1998, 512, n° 8.63. *Comp.* BRIGGS et REES, 1997, 143-144, n° 2.204 (ces auteurs suggèrent que l'article 21 s'applique dans cette situation). *Adde* le § 33 du speech de Lord Hobhouse dans l'affaire *Turner et al. v Grovit*, [2001] UKHL.

<sup>1354</sup> La règle de litispendance interdit selon la Cour au juge second saisi de contrôler la compétence du juge premier saisi, sauf le cas exceptionnel d'une application de l'article 21 à une situation où le juge premier saisi n'était pas encore lié par la Convention lors de sa saisine, v. C.J.C.E., 9 oct. 1997, *von Horn c. Cimmamond*, aff. C-163/95, *Rec.*, 1997, I-5451.

<sup>1355</sup> L'article 28 [devenu l'article 35 du Règlement] énumère strictement les règles de compétence dont le juge requis peut contrôler le respect. Cette disposition précise également que le juge requis ne peut sous le couvert de l'exception d'ordre public, contrôler la compétence du juge d'origine.

<sup>1356</sup> Pour le règlement dit de Bruxelles II, v. l'article 17.



étranger, comment imaginer qu'elle puisse tolérer, sinon autoriser un tribunal à perturber le déroulement d'une procédure étrangère par le biais d'une injonction ?<sup>1357</sup> Le paradoxe veut que la violation soit d'autant plus flagrante lorsque l'injonction intervient *avant* que le juge étranger n'ait examiné sa compétence, comme dans l'affaire *Continental Bank* – alors que c'est dans ces situations que l'injonction est dite avoir atteint son véritable but, à savoir couper l'herbe sous le pied du demandeur à l'étranger avant que le défendeur n'ait dû exposer des frais pour organiser sa défense.<sup>1358</sup>

**318. L'injonction viole la confiance mutuelle et l'égalité entre tribunaux** - Il y a plus. L'affaire *Groot* a montré que l'injonction ne visait pas seulement à réprimer l'exercice illégitime d'une compétence dans le chef du tribunal étranger, comme c'est le cas lorsque le juge anglais entend protéger la compétence que lui confère une clause d'élection de for. Elle peut également s'attaquer à l'abus de procédure que constitue la saisine du juge étranger, sans qu'il soit question d'usurpation de compétence dans le chef de ce dernier.<sup>1359</sup> L'argument tiré de l'interdiction du contrôle de la compétence du juge étranger n'est alors certes plus décisif. Et il sera des cas où l'on ne peut nier l'existence de l'abus que l'injonction entend réprimer.

Même dans ces cas, l'injonction *anti-suit* encourt toutefois le grief de "subversion des mécanismes conventionnels".<sup>1360</sup> L'esprit de confiance mutuelle qui anime la Convention veut en effet que les tribunaux d'un Etat présument de façon irréfragable que les tribunaux des autres Etats contractants appliqueront correctement la Convention. Chaque juge est seul maître à bord, sauf à réserver un contrôle éventuel par la Cour de Justice.<sup>1361</sup> L'égalité absolue entre les tribunaux nationaux – la 'permutabilité' selon l'expression allemande – a permis d'alléger considérablement le contrôle des décisions étrangères et d'arriver ainsi à la libre circulation des jugements. Une fois ceci acquis, il est facile d'accepter qu'il n'y a en principe pas de place dans le système conventionnel pour une intervention d'un tribunal dans la procédure menée par un autre, fut-ce pour combattre un abus.<sup>1362</sup> Le seul recours ouvert à la partie lésée est de combattre la procédure litigieuse sur son propre terrain, en utilisant les ressources de la procédure nationale, y compris les voies de recours et éventuellement l'aide interprétative de la Cour de Justice.

<sup>1357</sup> Question que se pose C. WADLOW, *ac*, 1998, 510, n° 8.59.

<sup>1358</sup> A cela, la Chambre des Lords a répondu que l'injonction ne vise pas le tribunal étranger et ne lie pas celui-ci, mais concerne seulement le caractère abusif du comportement du défendeur (§§ 34 et suivants du speech de Lord Hobhouse, *Turner et al. v Groot*, [2001] UKHL). On retrouve la fable du caractère *in personam* de l'injonction, à laquelle s'accroche la Cour mais qui est loin de convaincre.

<sup>1359</sup> Et pour cause, le tribunal espagnol ne s'étant pas encore prononcé sur sa compétence !

<sup>1360</sup> H. MUIR WATT, *Lc*, *Reu Gén. Procédures*, 1999, 760.

<sup>1361</sup> V. en ce sens, C. WADLOW, *ac*, 1998, 510, n° 8.59 ("The underlying policy of the Brussels Convention is undoubtedly one of 'full faith and credit' between the member states : the courts of different contracting states should trust one another and if a court errs in the application of the Convention, recourse should be to a higher court in the same state and eventually to the European Court of Justice. Any other procedure risks compromising the principle of legal certainty which is at the root of the Convention"). V. également les observations du juge Laddie dans l'affaire *Fort Dodge* déjà évoquée : "Both the Dutch court and this court are seeking to implement the provisions of the Convention. Neither has a bigger say than the other as to which construction is right. The ultimate court for determining that is the European Court of Justice. It is that court, not his, which can tell the Dutch courts - and us - what is the correct construction".

<sup>1362</sup> La Chambre des Lords propose une autre vision de l'injonction, puisqu'elle explique à l'intention de la Cour de Justice que le for de l'injonction ne prétend pas apprécier la nature de la procédure engagée devant le tribunal étranger, mais seulement la qualité du comportement du défendeur et ses conséquences sur la procédure pendante en Angleterre : §§ 37 et suivants du speech de Lord Hobhouse, *Turner et al. v Groot*, [2001] UKHL.

On conçoit que cette rigidité paraisse néfaste à certains. M. *Hartley* en particulier a montré que s'il comprenait les arguments 'systémiques' invoqués pour bannir l'injonction *anti-suit* de l'espace judiciaire européen, il leur préférerait le souci de protéger les justiciables contre des situations abusives.<sup>1363</sup> Avouons que son analyse séduit, parce qu'il peut y avoir quelque chose d'injuste à forcer une partie à se défendre devant un juge dans une procédure que l'on sait être abusive. Le recours à l'injonction permettrait au contraire une intervention directe, sans être dépendant du tribunal et des aléas de la procédure étrangère. En outre on ne peut qu'admirer la réserve des tribunaux anglais, qui n'ont certainement pas abusé de l'injonction, la réservant aux cas d'abus les plus flagrants. Comme le note Mme. *Muir Watt*, l'observateur continental pourra dans la plupart des cas souscrire à l'objectif poursuivi par le for de l'injonction qui n'est ni purement chauvin, ni exclusivement protectionniste.<sup>1364</sup>

En définitive, la question ne concerne donc qu'un nombre limité de cas, et ne remettra pas en cause le bon fonctionnement de la Convention.<sup>1365</sup> Il demeure que pour toutes les raisons évoquées, le mécanisme de l'injonction *anti-suit* est en contradiction flagrante avec les règles conventionnelles. Lord Goff lui-même a donné une indication en ce sens dans l'affaire *Airbus*. Se penchant sur les conflits de compétence et de procédures, il distingue comme on l'a vu (*supra*, n° 9) l'approche européenne, qui repose sur l'existence de règles de compétence précises et une volonté d'éviter *ab initio* tout conflit en édictant des règles strictes de coordination, à l'approche des pays de *common law*, toute entière faite de mécanismes adoptés unilatéralement par les Etats. L'absence de coordination concertée explique selon le juge anglais l'inévitabilité du recours à l'injonction *anti-suit*, pour corriger certains excès. Il ajoute dans un passage décisif que, si l'approche continentale peut conduire dans certains cas à des résultats jugés malheureux, les juges anglais doivent l'accepter comme le prix à payer pour obtenir les bénéfices de la certitude et de la prévisibilité qu'engendre le système. On peut à notre sens lire dans ce passage un appel à mots couverts à remiser au placard l'injonction *anti-suit* dans le cadre de l'espace judiciaire européen.<sup>1366</sup> La condamnation de principe ne peut qu'aller de pair avec une invitation à remédier aux abus qui ont justifié aux yeux des tribunaux anglais l'octroi d'une injonction.<sup>1367</sup>

### 319. Interdiction de l'injonction *anti-suit* dans l'espace judiciaire européen - La Convention de Bruxelles ne peut tolérer qu'un juge s'approprie le pouvoir de dicter,

<sup>1363</sup> *L.c.*, *I.C.L.Q.*, 2000, 166-171, spéc. 169-171.

<sup>1364</sup> H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu Gén. Procédures*, 1999, 759-760.

<sup>1365</sup> Les deux camps peuvent tirer argument du caractère exceptionnel de l'injonction, les uns pour souligner que son utilisation limitée ne remet pas en cause les fondements de l'espace judiciaire européen, les autres pour confirmer que le prix à payer pour faire triompher l'harmonie et le respect mutuel n'est pas élevé, puisque les intérêts des justiciables ne devront s'effacer devant ceux du système que dans des espèces exceptionnelles.

<sup>1366</sup> *Airbus Industrie GIE v Patel and others* [1998] 1 A.C. 119, 131-2, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 636 ("The judges of this country [...] have to accept the fact that the practical results are from time to time unwelcome"). Cette analyse du speech de Lord Goff est partagée par la doctrine anglaise, v. p. ex. R. ASARIOTIS, "Antisuit Injunctions for Breach of a Choice of Forum Agreement: A Critical Review of the English Approach", *Yearb. Eur. L.*, 1999-2000, (447), 461 selon qui le dictum de Lord Goff "appears to suggest that within the Brussels Convention framework, there is no legitimate rationale for the issue of antisuit injunctions" et A. BRIGGS, "Decisions of British Courts During 1998: Private International Law", *British Yearb. Int'l L.*, 1998, (332), 336 (l'auteur note que Lord Goff ne s'est pas directement prononcé sur cette question, mais que "the tenor of his Lordship's speech recognises that the Convention provides a different set of rules to govern a different world. There is nothing in the speech to support the view that an anti-suit injunction may ever be granted to affect proceedings before the courts of another Contracting State, and at least by implication, ground for thinking that this [...] peice of common law finds no place within the [...] framework of the Convention").

<sup>1367</sup> V. l'appel en ce sens de H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu Gén. Procédures*, 1999, 760-763, et particulièrement pp. 762-763 sur le demande de déclaration négative.

même indirectement, sa conduite à un autre. La nécessaire égalité entre tribunaux nationaux et la confiance mutuelle qu'ils se doivent plaident contre l'utilisation de l'injonction au sein de l'espace judiciaire européen. Cette conclusion ne doit pas cacher qu'il sera nécessaire de s'interroger sur les instruments permettant de combattre les abus que la pratique a révélés. Elle ne doit pas non plus empêcher les tribunaux anglais d'avoir recours à l'injonction pour mettre fin à une procédure engagée dans un Etat tiers. Il ne semble pas en effet que la Convention s'oppose à cette utilisation du pouvoir injonctif.<sup>1368</sup> C'est ainsi que dans l'affaire *Ultisol*, les tribunaux anglais ont interdit à une partie de saisir un tribunal d'un Etat non contractant en violation d'une clause d'élection de for désignant les juges anglais.<sup>1369</sup>

Fondamentalement l'injonction *anti-suit* possède un caractère *unilatéral* irréductible à toute solution négociée. Toute convention établissant des règles de compétence partagées par plusieurs Etats suppose une relation d'égalité entre tribunaux nationaux. Celle-ci ne s'accommoderait pas de la hiérarchisation que sous-entend l'injonction, d'autant plus lorsque la majorité des Etats ne connaît pas le mécanisme, en laissant le privilège à une minorité. Au fond, l'injonction trouve sa source dans l'imperfection du contentieux international privé. C'est précisément l'absence de règles de compétence et de coordination acceptées par tous qui provoque des réactions aussi agressives que l'injonction, échappatoire de fortune dans l'attente de solutions plus perfectionnées. On doit dès lors se réjouir que les *Principes de Leuven-Londres* proposés par l'ILA excluent catégoriquement le recours à l'interdiction de procéder lorsque les deux Etats concernés sont liés par une Convention prévoyant des règles de compétence uniformes.<sup>1370</sup>

La conclusion tirée pour la Convention de Bruxelles s'impose à notre sens également pour la future Convention de La Haye – du moins lorsque le juge étranger tire sa compétence d'un for blanc. On peut regretter que le projet de Convention ne précise pas ce point de façon expresse – l'expérience de l'espace judiciaire européen a montré qu'il était dangereux de se fier aux évidences.<sup>1371</sup>

<sup>1368</sup> En ce sens p.ex. LENENBACH, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.Q.*, 1998, 317; Dicey & Morris, 2000, 401; Cheshire et North, 1999, 272; W. HAU, 216. V. par exemple *The Eras EIL Actions*, [1995] 1 Lloyd's Rep 64 (le tribunal anglais déduit de l'article 6(1) de la Convention de Bruxelles sa compétence d'enjoindre une partie domiciliée dans un Etat membre de la Convention de ne pas procéder devant les tribunaux américains).

On notera que dans cette affaire les tribunaux européens étaient compétents puisque le défendeur était domicilié en Europe. On peut se demander s'il suffit à un justiciable d'invoquer la circonstance qu'il devrait être selon les règles européennes, assigné devant les tribunaux de son domicile, pour convaincre le for de l'injonction de décerner celle-ci. Un tel fondement paraît fort mince pour justifier une mesure d'interdiction, comme l'a d'ailleurs décidé la Cour in *The Eras EIL Actions*, [1995] 1 Lloyd's Rep 64, la Cour note que la Convention de Bruxelles ne vise à régler que les relations intra-européennes et que de plus, "it is not helpful to categorize commencement of a suit in a jurisdiction other than that laid down by the Convention as the invasion of a 'right' of a defendant in the traditional sense of that term", 76).

<sup>1369</sup> *Ultisol v Bouygues* [1996] 2 Lloyd's Rep. 140 et en appel *Bouygues Offshore SA v Caspian Shipping Co (Nos. 1, 3, 4 and 5)* [1998] Lloyd's Rep. 461 (C.A.).

<sup>1370</sup> Principe 7.1 et le commentaire p. 165.

<sup>1371</sup> V. les Conclusions de la deuxième réunion de la Commission Spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Bureau Permanent, Doc. Préliminaire n° 12, août 1996, *Actes et Documents de la Dix-huitième Session*, I, Matières Diverses, SDU, La Haye, 1999, (184), 188 (qui mentionne que "les experts ont estimé que cette question, délicate en elle-même, nécessite une étude plus approfondie et qu'il ne convient donc pas, dans le cadre des travaux de la présente Commission, de se prononcer sur cette question"). Lors de la Commission diplomatique de juin 2001, il a été précisé que la disposition permettant à un juge de décliner sa compétence excluait la possibilité de faire appel au droit national sur ce point, on pourrait envisager le même type de disposition pour l'injonction anti-suit. V. aussi les remarques de C. Kessedjian, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Rapport n° 7, avril 1997, 33, n° 59 et de A. LOWENFELD, in *The The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments. Records of a Conference Held at New York University School of Law April 30-May 1, 1999*, A. F. LOWENFELD et L. J. SILBERMAN (éds.), Jurispublishing Inc., 2001, 90, qui explique que "the world envisioned in the proposed treaty cannot [...] be a

## (B) Le déclin de l'interdiction de procéder dans le contentieux international privé

320. **Introduction – deux tendances récentes** - On a vu que l'existence de règles de compétence partagées par plusieurs Etats et, plus généralement, d'un accord du type de la Convention de Bruxelles, excluait le recours à l'injonction entre Etats contractants. Il est une autre constatation qui réduit également la place accordée à cette injonction dans le contentieux international privé.<sup>1372</sup> Deux éléments appuient cette conclusion. Tout d'abord la jurisprudence, ayant pris conscience du caractère offensif du mécanisme, a développé une condition de *subsidiarité* qui en limite d'autant l'application (I). Cette condition a trouvé son point culminant dans l'affaire *Airbus*, où la Chambre des Lords a réitéré l'importance de la courtoisie internationale, dont l'injonction constitue sans nul doute une violation. Ensuite, les commentateurs se sont efforcés d'endiguer le recours à l'interdiction de procéder, en suggérant de nouvelles limites qui feraient de cette solution une véritable exception (II). Tous ces éléments convergent pour dessiner une tendance restrictive, qui pourraient bien faire de l'injonction *anti-suit* une espèce en voie de disparition...

## I. Réserves de la jurisprudence : courtoisie et subsidiarité

321. **L'affaire *Airbus*, courtoisie internationale et devoir de réserve** - Si l'on fait exception du courant jurisprudentiel américain décrit ci avant (*supra*, n° 236), il semble que l'on puisse détecter une hésitation dans certaines décisions récentes, qui pourrait prélude d'une remise en question du pouvoir d'injonction ou du moins d'une plus grande circonspection dans son utilisation.<sup>1373</sup> La Chambre des Lords s'est récemment fait le porte voix de ces hésitations dans l'affaire *Airbus*, en insistant sur la nécessité de tenir compte des exigences de la courtoisie internationale (*'comity'*). La Haute Cour a mis en avant le devoir de réserve des tribunaux anglais (*'caution'*), ce qui en soi n'est pas nouveau. Au-delà de ce principe de prudence, c'est toute la teneur de la décision des juges anglais qui traduit une évolution des mentalités.

Cette évolution se traduit par le souci des juges de mettre en avant le devoir de *courtoisie* du for de l'injonction. Cette insistance se comprend bien sûr dans le contexte de l'espèce, qui mettait en jeu une extension du pouvoir d'injonction à une situation nouvelle et exceptionnelle. Cette extension, tolérée du bout des lèvres par les juges, justifiait en elle-même les appels à la modération qui traversent le jugement. Le ton et les formules utilisées montrent que l'admonestation des juges à la prudence va au-delà du contexte particulier de l'affaire pour acquérir une portée générale. On a déjà évoqué les leçons que

---

place for the anti-suit injunction". V. toutefois les observations de H. Smit et L. Collins, pp. 109-110 du même ouvrage, d'où il ressort que le premier n'exclut pas la possibilité de recourir à l'injonction sous l'empire de la future Convention.

<sup>1372</sup> Même si paradoxalement, la jurisprudence récente semble multiplier les instances de recours à l'interdiction de procéder, comme on a pu le constater (p. ex. C. MCLACHLAN, *l.c.*, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137) 145 : « there is no sign that the use of anti-suit injunctions is on the wane »). Les raisons avancées par ce même auteur pour expliquer cette apparente multiplication montrent qu'il s'agit sans doute d'un effet d'optique, l'augmentation des cas s'expliquant surtout par l'expansion du contentieux international privé (« the continued expansion in the volume and scope of international litigation has spawned many more cases of perceived forum shopping abuse, to which the common law courts have reacted by granting injunctions »).

<sup>1373</sup> En matière de conventions de juridiction, on assiste cependant au mouvement inverse, tant il semble que l'injonction acquiert une presque-automatisme, sur cette évolution *supra*, n° 165 et BRIGGS et REES, 1997, 268-271.

l'on pouvait tirer de ce jugement pour l'espace judiciaire européen. Les conditions auxquelles la Chambre des Lords subordonne le pouvoir d'injonction, et notamment l'existence d'un intérêt suffisant dans le chef du tribunal anglais (*supra*, n° 226), sont autant d'indices de cette prise de conscience, comme si la Cour voulait se dédouaner à l'avance d'une intervention qu'elle sait être à la limite du permissible. Cette évolution demeure certes floue. Elle a toutefois déjà trouvé une première concrétisation.

**322. Condition de subsidiarité** - Au delà du devoir de réserve est apparue en effet ces dernières années une exigence supplémentaire, que l'on pourrait appeler la règle de *subsidiarité*. Dans un effort de courtoisie, d'aucuns proposent en effet de faire de l'injonction une arme de dernier ressort, un instrument qui ne serait disponible que lorsque le tribunal visé a refusé de céder la priorité. Pour obtenir une injonction, le demandeur devrait donc apporter la preuve que le juge étranger a rejeté une demande de dessaisissement fondée par exemple sur base de *forum non conveniens*. Au minimum la subsidiarité signifie que l'injonction ne peut être décernée avant que le tribunal étranger ait statué sur sa propre compétence.<sup>1374</sup>

**323. Consécration de la règle de subsidiarité dans la jurisprudence** - La règle de subsidiarité avait déjà été évoquée à demi mots par Lord Goff dans l'affaire *Aéropatiale*.<sup>1375</sup> C'est toutefois à la Cour Suprême du Canada que l'on doit la consécration la plus manifeste de la règle. Dans l'affaire *Amchem*, la Cour a en effet décidé que "afin de n'avoir recours à ce remède qu'en conformité avec les principes de la courtoisie, il est préférable de ne pas anticiper sur la décision du tribunal étranger et d'attendre dès lors que ce tribunal ait été saisi de l'affaire et que la partie qui sollicite l'injonction a tenté, en vain, d'obtenir du tribunal étranger un sursis à statuer ou une autre mesure mettant fin à la procédure".<sup>1376</sup>

A suivre cette règle, la Cour d'Appel aurait dû dans l'affaire *Turner* s'en remettre au bon jugement des tribunaux espagnols et attendre que ceux-ci se prononcent sur l'exception de litispendance soulevée au profit des tribunaux anglais. Le principe de subsidiarité, qui n'est que la traduction d'une certaine confiance faite au tribunal étranger, permet ainsi de 'dédratiser' certains litiges, et limite dès lors les occasions où le recours à l'interdiction de procéder est nécessaire.

On ne peut que se féliciter que la jurisprudence anglaise récente réserve un bon accueil à cette règle.<sup>1377</sup> On a ainsi vu une application de la subsidiarité dans l'affaire *Aeroflot* qui

<sup>1374</sup> En ce sens, A. BELL, "Anti-suit Injunctions in the Brussels Convention", *L.Q.R.*, 1994, 208 ("[S]uch relief should not be countenanced until the foreign court or tribunal has had an opportunity to examine its own jurisdiction"). Notons que cette condition est reprise par les auteurs allemands qui suggèrent l'adoption d'une injonction continentale, p. ex. M. LENENBACH, *loc. cit.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.Q.*, 1998, (257), 302; J. KURTH, *op. cit.*, 1989, 132-134; D. JASPER, *op. cit.*, 1990, 131; J. SCHRÖDER, "The Right Not To Be Sued Abroad", *loc. cit.*, 543-545.

La subsidiarité peut être comparée à la fameuse 'Bananaft proviso' à laquelle est subordonnée l'injonction Mareva. Cette condition, imposée par la Cour d'Appel (*Bananaft Int'l Co SA v Bassatine*, [1990] Ch. 13) "émascule" l'injonction en prévoyant qu'elle ne peut sortir d'effet extra-territorial que si l'injonction est reconnue par le tribunal étranger. Ici aussi on laisse donc la priorité au tribunal étranger.

<sup>1375</sup> [1987] 1 AC 871, 894.

<sup>1376</sup> *Amchem Products Inc. Workers' Compensation Board (British Columbia)* (1993) 102 D.L.R. (96), 118 (par Sopinka) : "in order to resort to this special remedy consonant with the principles of comity, it is preferable that the decision of the foreign court not be pre-empted until a proceeding has been launched in that court and the applicant for an injunction in the domestic court has sought from the foreign court a stay or other termination of the foreign proceedings and failed".

<sup>1377</sup> Pour cette analyse, A. BRIGGS et D. MCCLEAN, *Conflict of Laws*, in *Halsbury's Laws of England*, 4ème ed., Butterworths, Londres, 1996, vol. 8(1), 78, no. 1092, note 2. ainsi que A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction : a pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, (90), 97 ("[I]t has indeed been recognised that

opposait les juridictions anglaises et françaises à propos de demandes de dommages et intérêts résultant du crash d'un avion en Sibérie. Les demandeurs avaient saisi les deux juridictions, mais la compétence des tribunaux français était contestée et le juge français ne s'était pas encore prononcé sur cette question. C'est pourquoi le tribunal anglais refusa l'injonction, préférant laisser aux autorités françaises le soin de trancher cette question.<sup>1378</sup> Le principe qu'un demandeur doit démontrer que le for étranger a refusé de se dessaisir avant d'obtenir une injonction a également été reçu en Ecosse, où la *Outer House* a clairement pris position en faveur de la règle de subsidiarité dans l'affaire *Shell*.

Certains tribunaux américains se sont également montrés sensibles à ce principe que l'on pourrait rapprocher de la règle d'épuisement des voies de recours offertes par le droit étranger.<sup>1379</sup> C'est ainsi qu'un tribunal du Delaware a refusé d'accorder l'interdiction de procéder que sollicitait une entreprise atraite en violation selon elle avec l'accord des parties, devant un tribunal texan.<sup>1380</sup> La Cour prit argument du fait que la demanderesse avait à sa disposition la clause d'élection de for en faveur des tribunaux du Delaware, pour faire échouer la procédure texane.

**324. Les débuts difficiles du principe de subsidiarité** - La condition de subsidiarité n'est en réalité que la traduction en termes modernes d'un principe traditionnel de l'*Equity*, selon lequel celle-ci n'interviendra que lorsque la *common law* ne permet pas de faire justice.<sup>1381</sup> Bien qu'elle puise ses racines dans une longue tradition, cette règle ne fait pas (encore) l'unanimité.<sup>1382</sup> Pour M. Carter par exemple, une telle limitation conduit à une

---

a court will not usually entertain an application for an injunction before relief has been sought from the foreign court : a duty to exhaust local remedies may be thought to be necessary before an English court takes the jurisdictional question itself". V. également T. C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, (487), 509 (selon qui "An Antisuit injunction should not be granted on any ground on which the foreign court could on a proper showing be expected itself to stay or dismiss the proceedings before it"). Le commentaire qui accompagne les principes de l'ILA évoque "a developing principle in the existing common law jurisprudence on anti-suit injunctions [...] that ordinarily, the court to which application is made for an anti-suit injunction should defer to the court where the substantive proceedings have been filed », (*International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137), 165-166).

<sup>1378</sup> "[G]iven the fact the the French courts have to determine the jurisdictional issue [...] I do not believe it appropriate in the light of [...] comity for the court to exercise its discretion to grant an anti-suit injunction" : *Deuille v Aeroflot Russian Int'l Airlines* [1997] 2 Lloyd's Rep. (67), 74-75 (Q.B.). Dans le même sens, *Re Maxwell Communications Corp. Plc (No 2)* [1992] B.C.C. (757), 765 ("[T]he normal assumption is that the foreign judge is the best person to decide whether an action in his own court should proceed [...] et plus loin "If the only issue is whether an English or a foreign court is the more appropriate forum for the action, that question should normally be decided by the foreign court on the principle of forum non conveniens, and the English court should not seek to interfere with that decision", par L.J. Glidewell at [1992] B.C.C. (757), 773); *Sokana Industries Inc. v Freyre Co. Inc.*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 57 et *Charterers Mutual Assurance Association v British & Foreign*, [1998] I.L.Pr 838. V. également *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon*, [1987] 1 A.C. (45) 65 (C.A.) (la Cour "feel the gravest reservations about an English court granting an injunction restraining Mr. Karoon from proceeding in New York rather than allowing a court of that State, being the forum having jurisdiction where an action has already been commenced, making its own decision whether England is the more appropriate forum and whether it should in the circumstances grant a stay of proceedings"); *Airbus Industries GIE v Patel and Others*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 8, 14 (C.A.) (la Cour d'Appel indique qu'en règle générale, "international comity and considerations of general policy indicate that that decision (allow the proceedings to continue or not) is best taken by the Court in question and the English Courts should respect its competence to do so and its decision"). V. déjà aux Etats-Unis, *James v Grand Trunk Western Railroad Corp.*, 14 Ill 2d 356, 152 N.E. 2d 858, 74 ALR 2d 814 (SC Ill 1958) (la Cour est confrontée à une injonction des tribunaux du Michigan qui interdit la poursuite de sa propre procédure. S'interrogeant sur la reconnaissance potentielle de cette injonction, la Cour note d'emblée que la partie qui a obtenu l'injonction n'a même pas pris la peine d'essayer d'obtenir du tribunal de l'Illinois qu'il se déclare *forum non conveniens*, préférant directement demander une injonction).

<sup>1379</sup> Comme le fait H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu gén Procédures*, 1999, 759.

<sup>1380</sup> *El Paso Natural Gas Co. v Transamerican Natural Gas Corp.*, 669 A. 2d 36 (Del. 1995).

<sup>1381</sup> V. pour l'injonction *Mareva*, G. CUNIBERTI, *o.c.*, 2000, 69, n° 85 et A. NUYTS, 398, n° 369.

<sup>1382</sup> Même les tribunaux canadiens par exemple ne témoignent pas toujours d'une fidélité absolue au principe posé dans l'arrêt *Amchem*. Ils sont parfois tentés d'accorder une injonction alors même que le demandeur n'a pas fait

augmentation des coûts et à des retards que l'injonction vise précisément à éviter.<sup>1383</sup> Le défendeur est en effet obligé d'engager des frais pour obtenir la fin d'une procédure qui est peut être purement injuste et vexatoire, alors que l'injonction lui aurait permis d'obtenir ceci sans devoir procéder à l'étranger.

Certains tribunaux ne sont pas encore convaincus par la nécessité d'une telle limitation du pouvoir d'injonction. C'est le cas de la Haute Cour australienne, qui a refusé de faire de la subsidiarité une règle générale.<sup>1384</sup> Tout en reconnaissant qu'il pouvait être souhaitable dans certaines circonstances d'exiger du demandeur qu'il s'adresse d'abord au for étranger, la Cour prit argument de la diversité des circonstances dans lesquelles une injonction peut être sollicitée pour écarter un principe général de subsidiarité.<sup>1385</sup> D'autres tribunaux l'ont également rejeté.<sup>1386</sup>

**325. Une condition à généraliser** - Si la subsidiarité ne s'est pas encore imposée de façon générale, elle n'en constitue pas moins une piste intéressante. On peut tout d'abord y voir un aveu qu'il appartient en principe au juge étranger de statuer sur sa propre compétence et qu'il est sans doute le mieux placé pour ce faire. En filigrane le principe de subsidiarité fait apparaître que la coordination des procédures concurrentes par l'abstention (*infra*, n° 370) est jugée préférable à l'injonction, puisqu'on oblige le demandeur à essayer d'abord d'obtenir satisfaction du juge étranger lui-même. C'est dans cette optique que les Principes de Leuven-Londres ont suggéré la généralisation d'un principe de subsidiarité.<sup>1387</sup> Selon le commentaire, les tribunaux doivent, dans l'esprit des principes, d'abord examiner s'il existe d'autres méthodes de coordination avant d'envisager le recours à l'injonction.<sup>1388</sup> Enfin, c'est au nom de la courtoisie judiciaire que l'on légitime la condition de subsidiarité, ce qui constitue une reconnaissance implicite que l'injonction *arbitrariis* nuit à la paix judiciaire.

---

l'effort de demander au tribunal étranger qu'il se dessaisisse. Voyez par exemple l'affaire *Hudson v Geos Language Corp.* (1997) 3 O.R. (3d) 14 (à la décharge de la cour, on peut noter que la procédure japonaise avait été intentée après le début de la procédure en Ontario et qu'il s'agissait d'une demande de déclaration négative visant probablement à empêcher la reconnaissance d'un futur jugement canadien. La Cour a noté que la Cour Suprême n'avait pas fait de la subsidiarité une règle absolue, se contentant de poser qu'il s'agissait d'une voie 'préférable').

<sup>1383</sup> P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 13.

<sup>1384</sup> *C.S.R. v Cigna*, 146 A.L.R. (402), 438. Sur cette affaire, A. S. BELL et J. GLEESON, « The Anti-Suit Injunction », *Australian L. J.*, 1997, 955-975 et les critiques de M. J. WHINCOP et M. KEYES, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Ashgate, Aldershot, 2001, 155-156. *Adde* M. J. WHINCOP, "Forum Shopping Duty Free : the Law and Economics of Anti-Suit Injunctions After *CSR v. Cigna*", *Canberra L. Rev.*, 1998, 77-94.

<sup>1385</sup> *C.S.R. v Cigna*, 146 A.L.R. (402), 437 : "the different circumstances in which [...] injunctions may be granted in restraint of proceedings in a foreign court are such that they do not permit of a general rule [...]"

<sup>1386</sup> *The Angelic Grace*, [1995] 1 Lloyd's Rep. 87 (C.A.). La Cour décide que dès lors que le demandeur montre que le for anglais est le for naturel de la cause, il n'est plus question de laisser au for étranger le soin de se retirer de lui-même; *Amoco (U.K.) Exploration Co. et al. v British American Offshore Ltd. et al.* [1999] 2 Lloyd's Rep. 772 (demande d'injonction contre une procédure au Texas, la Cour refuse d'accepter la subsidiarité comme règle générale, défendeur avait argué que l'injonction ne pouvait certainement pas être accordée avant que le demandeur ait fait l'effort de demander le dessaisissement du juge Texan pour cause de forum non conveniens. Le juge refuse de "endorse any absolute rule to that effect, but I do think such considerations are material to the exercise of the Court's discretion", 780). *V. aussi* Dicey et Morris, 2000, p. 422.

<sup>1387</sup> Principe 7.2.

<sup>1388</sup> Rapport précité, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137), 165-166.



## II. Une doctrine plus que réservée à l'égard de l'interdiction de procéder

326. Des commentateurs qui vont encore plus loin que la seule subsidiarité - La condition de subsidiarité constitue un tempérament judicieux et efficace au pouvoir d'injonction. Son adoption progressive par les juridictions contribuerait à rendre plus exceptionnel encore le recours à l'interdiction de procéder. Ce n'est pas la doctrine qui dénoncera une telle tendance. La majorité de commentateurs plaide en effet pour une plus grande réserve dans l'utilisation de l'injonction dans les relations internationales.<sup>1389</sup> Partant généralement du constat que l'injonction anti-suit représente une interférence au moins indirecte avec la procédure étrangère, la majorité des auteurs s'accorde pour proposer une limitation plus ou moins radicale des circonstances justifiant l'injonction.

Le plus radical est sans doute M. *Lowenfeld*, qui explique que « s'il ne tenait qu'à moi, les injonctions anti-suit n'auraient plus lieu d'être dans les espèces internationales, sauf en cas de fraude ».<sup>1390</sup> MM. *Briggs* et *Rees* ne sont pas loin non plus d'exclure totalement l'injonction anti-suit : au vu de l'intrusion que représente l'injonction, et pour ne pas nuire à la *comitas*, ils expliquent que « les tribunaux ne devraient pas accorder des interdictions de procéder, sauf dans des cas particulièrement solides ».<sup>1391</sup> Leur démarche est intéressante en ce qu'ils proposent deux solutions alternatives à l'injonction, qui sont susceptibles de remplir une fonction équivalente sans en posséder le caractère offensif. Ces alternatives sont d'une part la condamnation de la partie à l'origine de la procédure litigieuse à des dommages et intérêts et d'autre part une déclaration, au besoin préventive, par laquelle le (futur) jugement étranger ne peut prétendre à aucun effet en Angleterre.<sup>1392</sup> On ne peut qu'approuver ces deux suggestions qui contribueraient à rétablir l'égalité des armes entre tribunaux de *common law* et tribunaux de droit civil.<sup>1393</sup>

Les observations de M. *Fentiman* vont dans le même sens.<sup>1394</sup> Ce qui frappe dans l'analyse de cet auteur c'est son point de départ. En effet, il part du principe que l'injonction *anti-suit*, qui vise à mettre fin à une procédure étrangère, constitue par définition un manque de respect pour la compétence étrangère.<sup>1395</sup> M. *Fentiman* en déduit que l'injonction doit être réservée aux cas véritablement exceptionnels. Il en distingue deux : dans le premier cas, l'injonction vise à défendre la procédure du for contre une manoeuvre devant un juge étranger visant à paralyser cette procédure - la pratique bien connue des 'counter

<sup>1389</sup> V. en ce sens, M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 265, note 46 (l'auteur note que "most scholars strongly support the stricter standards").

<sup>1390</sup> A. LOWENFELD, *l.c.*, *Am. J. Int'l Law*, 1997, 318 : "If I had my way, antisuit injunctions across national frontiers would be suppressed (except in cases of fraud) [...]". Et M. *Lowenfeld* d'ajouter que "In an international legal system built largely on comity, courts should proceed from a built-in reluctance to enjoin litigation initiated in foreign states", *l.c.*, *Am. J. Int'l Law*, 1998, 42.

<sup>1391</sup> *Briggs & Rees*, 1997, 280, n° 5.38 : "it is thought that the court should not, save in distinctly strong cases, grant injunctions ».

<sup>1392</sup> *Idem*, 280-281, n° 5.38.

<sup>1393</sup> M. *Briggs* a également proposé de soumettre l'injonction anti-suit à la question du droit applicable à un tel remède, en notant qu'il apparaît pour le moins difficile de faire abstraction de cette question : A. BRIGGS, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 90-102. Si cette suggestion ne vise pas avant tout à restreindre le champ d'application de l'injonction, elle participe néanmoins du même mouvement qui remet en question le bien-fondé des idées reçues en la matière. V. la réponse de J. HARRIS, "Anti-suit injunctions - a home comfort?", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 413-422.

<sup>1394</sup> V. surtout R. FENTIMAN, "Comity, Justice and Anti-Suit Injunctions", à paraître, tel que résumé par A. NUYTS, 396-398 et R. FENTIMAN, "Antisuit Injunctions", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, C. WING CHEONG et al. (eds.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, 44-71.

<sup>1395</sup> p. 23 du manuscrit tel que cité par A. NUYTS, 396, n° 368.



anti-suit injunctions'. L'interdiction de procéder serait également légitime lorsqu'il s'agit d'empêcher un juge étranger d'exercer une compétence manifestement exorbitante, parce que dénuée de toute connexion avec le litige.

**327. Les suggestions plus modestes d'autres commentateurs** - D'autres auteurs, sans aller aussi loin, proposent d'exclure l'utilisation de l'injonction *anti-suit* dans certaines circonstances. Ainsi M. *Bermann* suggère-t-il de bannir le recours à l'injonction lorsque la seule question posée est de savoir lequel des deux fors concernés est le plus approprié.<sup>1396</sup> Une autre de ses suggestions est encore plus intéressante pour notre analyse puisqu'il semble exclure lorsqu'il s'agit de mettre fin aux procédures parallèles. Il note en effet que « même si les coûts des procédures parallèles [...] sont diaboliques, ils ne sont pas aussi diaboliques que les remèdes proposés pour les soigner, à supposer même que ces remèdes soient efficaces. Ils sont certainement moins néfastes que la série de guérilla inter-juridictionnelle que le remède a le pouvoir de créer ».<sup>1397</sup>

Dans la même lignée, M. *Hartley* suggérait déjà en 1987 de confiner l'injonction *anti-suit* à un rôle strictement subsidiaire. Elle n'aurait en effet selon lui de rôle à jouer que lorsque le for étranger refuse de se dessaisir de son plein gré.<sup>1398</sup> Une fois cette condition posée, il distingue trois situations dans lesquelles l'injonction pourrait exceptionnellement conserver un rôle - à savoir lorsque le juge étranger pêche par une application extra-territoriale de sa législation, lorsqu'il s'agit de protéger une législation du for qui touche à l'ordre public et enfin lorsque l'injonction permet de préserver la compétence du for.<sup>1399</sup>

M. *Vollmer* adopte lui aussi un point de vue très restrictif, et part du principe que l'injonction doit être l'exception et non la règle.<sup>1400</sup> Il traduit cette position de principe très restrictive de façon concrète en excluant le recours à l'injonction dans une série de situations - parmi lesquelles la situation dans laquelle la procédure étrangère duplique celle du for,<sup>1401</sup> ou encore lorsqu'il s'agit simplement d'éviter la naissance de décisions contradictoires,<sup>1402</sup> - pour ne reconnaître finalement que deux situations dans lesquelles l'injonction pourrait exceptionnellement être justifiée.<sup>1403</sup> Cette approche restrictive est partagée par de nombreux autres auteurs.<sup>1404</sup> Si l'on fait abstraction d'un courant

<sup>1396</sup> G. BERMANN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 620 ("courts should not deploy the anti-suit injunction as an affirmative international forum non conveniens device").

<sup>1397</sup> *Idem*, 631 : "[a]lthough the costs of parallel proceedings [...] are evil, they are not as evil as the remedy proposed for their cure, even assuming that such a cure would be effective. They are certainly a great deal less evil than the pattern of interjurisdictional warfare that their cure has the potential to launch". L'auteur distingue trois catégories de circonstances dans lesquelles l'utilisation de l'injonction peut être légitime, à savoir lorsque la procédure étrangère a pour effet de nuire à "an important public policy of the United States", lorsqu'elle constitue une violation d'une "prior and independent obligation of a party not to bring suit in the foreign jurisdiction" et enfin lorsque la procédure étrangère est jugée "inconvenient, vexatious or oppressive". Si les deux premières catégories ne posent pas problème, il est beaucoup plus réticent à admettre l'injonction dans la dernière catégorie.

<sup>1398</sup> *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, (487), 509.

<sup>1399</sup> *Idem*, 509-511.

<sup>1400</sup> "The circumstances in which a U.S. court should issue an antisuit injunction are exceedingly rare, far rarer than even the *Laker* court contemplated" : A. N. VOLLMER, *l.c.*, in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1997, (237), 248.

<sup>1401</sup> *Idem*, 254-255.

<sup>1402</sup> *Idem*, 262-263.

<sup>1403</sup> A savoir "to protect its ability to reach a final judgments", pp. 265-266 et "when foreign proceedings would prevent or impair the U.S. Court's procedural fairness", pp. 267-272.

<sup>1404</sup> Par exemple H. NAJARIAN, "Granting Comity Its Due. A proposal to revive the Comity-Based Approach to Transnational Antisuit Injunctions", *St John's Law Review*, 1994, (961), 983 (l'auteur propose d'utiliser le Foreign

apparemment minoritaire qui plaide pour le statut quo,<sup>1405</sup> la doctrine est donc majoritairement en faveur d'une limitation importante de la compétence d'injonction.

Cette tendance globale visant à faire de l'injonction une mesure exceptionnelle a trouvé son point culminant dans les principes de Leuven Londres, adoptés par l'ILA. Fruits des réflexions de juristes issus aussi bien de la tradition civile que de la *common law*, ces principes ne réservent qu'une place subsidiaire au pouvoir d'injonction. On a déjà vu qu'ils interdisaient le recours à l'injonction en présence d'une convention internationale (*supra*, n° 318) et qu'ils réservaient bon accueil à la condition de subsidiarité (*supra*, n° 324). On ne trouvera pas dans ces principes de catalogue de circonstances qui justifieraient le recours à l'injonction. Les auteurs ont au contraire délibérément adopté une approche négative, qui consiste à exclure le recours à l'injonction dans une série de cas. Au total, la place qui revient à cette mesure est réduite à la portion congrue – les auteurs ne cachent pas qu'une mise en œuvre effective d'un principe d'abstention réduirait sinon éliminerait la nécessité d'octroyer une interdiction de procéder.<sup>1406</sup>

**328. En guise de conclusion** - Au terme de cette analyse, il nous semble possible de conclure que l'injonction *anti-suit* ne constitue pas une réponse adéquate, ni satisfaisante aux conflits de procédures. Sans nous prononcer, ni condamner de manière générale le mécanisme, son utilisation pour mettre fin aux procédures parallèles s'avère pour le moins problématique.

A son crédit, il faut reconnaître que l'interdiction de procéder séduit par son caractère *direct* : pour contrer une procédure étrangère réputée abusive, il n'est pas de plus court chemin que de l'interdire, ou du moins d'en interdire la poursuite à la partie qui en a pris l'initiative. L'injonction *anti-suit* permet à une partie d'éviter d'importants frais et désagréments, puisqu'elle ne doit plus convaincre le tribunal étranger de se dessaisir, un avantage appréciable lorsque, comme dans l'affaire *Turner*, la procédure étrangère est manifestement abusive. A côté de cette méthode qui ne s'embarrasse pas de détours, le refus de reconnaissance ou d'autres méthodes indirectes qui ont les faveurs de la tradition civile apparaissent bien timides, voire défaillantes. On comprend dès lors que

---

Sovereign Immunities Act comme guide pour apprécier l'opportunité de l'injonction et conclut que "since judicial proceedings are public in nature, and are exercises of sovereignty, they should be extended comity, just as public acts of a foreign state are granted immunity under the FSIA" (à ses yeux, une injonction n'est donc justifiée que dans les mêmes circonstances qui justifient la levée de l'immunité d'un Etat étranger); S. R. SWANSON, "The Vexatiousness of a Vexation Rule : International Comity and Antisuit Injunctions", *Georges Washington J. Int'l L. & Economics*, 1996, 1-37 (l'auteur plaide pour une généralisation de l'approche restrictive telle que suggérée par Laker); E. ROBERTSON, "Comity Be Damned : the Use of Anti-Suit Injunctions Against Courts of a Foreign Nation", *U. Pa. L. Rev.*, 1998, 409-433, spéc. p. 433; M. SCHIMEK, "Anti-Suit and Anti-Anti-Suit Injunctions : A Proposed Texas Approach", *Baylor L. Rev.*, 1993, (499), 534, (l'auteur conclut qu'il vaut mieux se passer carrément de toute injonction au vu des trop nombreux inconvénients qui en découlent). V. également l'approche restrictive adoptée par les auteurs allemands qui suggèrent l'introduction d'une injonction 'continentale' - par exemple R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt...", in *Der Justizkonflikt*, W. HABSCHIED (éd.), 1985, 54 (l'auteur reconnaît les faiblesses de l'injonction dont il suggère l'adoption aux tribunaux allemands dans le cadre du conflit les opposant aux tribunaux américains, d'une part il reconnaît que la mise en œuvre effective d'une injonction pourra s'avérer difficile, à défaut de sanctions vraiment contraignantes (52-53) et d'autre part il conclut en avouant que l'interdiction de procéder, à l'instar d'autres mesures qui visent à bloquer une procédure américaine, ne constituent pas des solutions durables, mais peuvent au contraire avoir des conséquences toutes autres, p. 54).

<sup>1405</sup> M. Carter semble ainsi prêt à s'accommoder de la jurisprudence actuelle, même s'il reconnaît qu'un travail d'harmonisation des règles de compétence internationale est souhaitable qui permettrait de réduire fortement le nombre d'instances dans lesquelles le recours à l'injonction est nécessaire, *Id.*, 1997, pp. 21-22. *Comp. J. HARRIS, l.c., Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 413-422 et du même "Recognition of Foreign Judgments at Common Law - the Anti-Suit Injunction Link", *Oxf. J. L. S.*, 1997, 477-488 (l'auteur ne semble pas vouloir restreindre outre mesure la possibilité de recourir à l'injonction). V. aussi les réflexions de M. J. WHINCOP et M. KEYES, *op. cit.*, 2001, 151-157.

<sup>1406</sup> Rapport précité, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137), 165.

certaines se soient laissé convaincre par la nécessité de faire primer l'intérêt des parties à une résolution rapide et peu onéreuse du conflit sur l'indépendance des ordres juridiques et la courtoisie internationale et aient dès lors entrepris de répandre la 'bonne parole' en prônant l'adoption dans les pays de droit civil de cette technique typiquement anglaise.

Il reste que l'injonction *anti suit* souffre de défauts qui rendent impossible son adoption comme règle générale de solution des conflits de procédures. Sans revenir sur le risque de provoquer une réaction en chaîne – du moins lorsque le for visé par l'injonction peut répliquer en nature à celle-ci –, ni sur les limites de la sanction de l'injonction, limites que l'extension de la compétence du for de l'injonction met à rude épreuve, il faut constater que la généralisation de l'interdiction de procéder suppose que l'on s'interroge dans un premier temps sur les circonstances qui justifient son utilisation. L'interdiction de procéder n'est en effet qu'une *méthode*, qui doit être mise au service d'un but à définir. Sur ce plan, toutes les options sont ouvertes : on pourrait ainsi envisager de faire de l'interdiction de procéder le garant du respect de la priorité de saisine du for, l'élevant par là même au rang de version 'offensive' de la litispendance. L'injonction pourrait au contraire être utilisée pour faire triompher la saisine du for, en toutes circonstances.

Bref, l'injonction peut être mise au service de n'importe quelle vision du conflit de procédures ou, plus généralement, du contentieux international privé. On a pu le constater lors de la discussion des tentatives d'une certaine doctrine qui plaide pour l'introduction en droit allemand d'une interdiction de procéder. Au-delà des difficultés propres à cette 'importation', la question, fondamentale, qui divisait les auteurs était bien celle des circonstances qui justifient le recours à l'injonction.<sup>1407</sup> Cette difficulté n'est pas anodine : l'examen de la jurisprudence américaine a montré que la question divise également les cours fédérales en deux camps ; de même, l'évolution de la jurisprudence anglaise témoigne d'une même interrogation sur la justification du recours à l'interdiction de procéder.<sup>1408</sup>

L'injonction *anti-suit* n'est donc pas une fin en soi. S'il fallait retenir un enseignement des jurisprudences anglaise et américaine, c'est bien que l'injonction, au vu de sa nature pour le moins agressive, doit être réservée à des situations exceptionnelles. Le droit comparé révèle que les tribunaux cherchent avant tout à sanctionner les abus les plus flagrants. Il n'est pas question, sauf pour une jurisprudence américaine minoritaire et critiquée, de faire de l'interdiction de procéder un instrument destiné à appréhender l'ensemble des conflits de procédures.<sup>1409</sup> Au contraire, seules les procédures concurrentes qui se révèlent manifestement abusives encourent la sanction. Les conflits de procédure 'ordinaires', où chaque partie saisit plus ou moins simultanément son propre juge sans autre intention que de profiter des règles de compétence concurrente, échapperont dès lors à l'interdiction de procéder. En conséquence, l'interdiction de procéder ne sera au

<sup>1407</sup> *Supra*, n° 306.

<sup>1408</sup> On ajoutera que les auteurs des Principes de Leuven-Londres de l'ILA se sont sagement abstenus de se prononcer sur les critères qui permettraient de déterminer dans quelles circonstances l'interdiction de procéder est justifiée. V. le rapport explicatif précité, in *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137), 165 : « it was not the function of the Principles to seek to specify the positive criteria on which a court should grant injunctions to restrain any party from proceeding in the court of another state. That would be outside the scope of the Principles ».

<sup>1409</sup> Et certains commentateurs ont expressément dénoncé l'utilisation de l'injonction comme remède à une 'simple' concurrence de procédures, p. ex. A. VOLLMER, *l.c.*, in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1997, (237), 254-255; G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 631.

mieux qu'une solution *lacunaire*, visant certains types de conflits de procédures présentant des circonstances 'aggravantes'.

Au total, l'interdiction de procéder semble confinée au rôle de mesure exceptionnelle visant des situations qui ne le sont pas moins. Et cette constatation s'inscrit bien dans une évolution sans doute inéluctable du contentieux international privé : de plus en plus, les Etats semblent prendre conscience de la nécessité de s'accorder, ne fut-ce que de façon minimale, sur les règles de base de ce contentieux. Il suffit d'évoquer les succès de l'intégration judiciaire au sein de l'Union européenne, et les mouvements similaires dans d'autres espaces régionaux. La future Convention de La Haye viendra couronner ces efforts. A termes, les accords régionaux ou mondiaux vont dominer une large partie du contentieux international privé.<sup>1410</sup>

Or l'injonction *anti-suit* représente l'anti-thèse de l'idéal de coopération entre tribunaux qui anime ces accords. Le tribunal qui interdit la poursuite d'une procédure étrangère s'arroge le droit de décider unilatéralement de son sort, il ôte au juge étranger le pouvoir de conduire sa propre procédure.<sup>1411</sup> Ce mécanisme s'inscrit dans une logique dans laquelle chaque ordre juridique est parfaitement indépendant des autres. On se rappellera à cet égard la description donnée par Lord Goff des relations entre juridictions de *common law*, comme d'un ensemble de systèmes indépendants qui décident chacun séparément quel poids ils accordent aux prescriptions ou décisions émanant d'autres ordres juridiques.<sup>1412</sup> Cette description avait sans doute sa justification au siècle dernier – et l'on peut comprendre que les tribunaux anglais aient eu recours à l'interdiction de procéder lorsque la suspicion et la méfiance entre juridictions l'emportaient encore sur le souci de coopérer dans l'intérêt des parties. Elle n'a plus lieu d'être dès lors que s'installe entre les différents pays un climat de confiance et de respect mutuel. On peut dès lors en déduire que l'injonction est condamnée à disparaître ou du moins à se faire plus rare, ce que confirme une doctrine dans l'ensemble plutôt favorable à une stricte limitation de son utilisation.

En dernière analyse, nous ne cacherons pas avoir un certain préjugé défavorable à l'encontre de l'injonction *anti-suit*.<sup>1413</sup> Les juristes anglais, même ceux qui veulent en

<sup>1410</sup> Sur la possibilité d'unifier les règles de compétence en Asie, v. C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 755 p.

<sup>1411</sup> C'est ce qu'a très bien remarqué la Cour d'Appel dans l'affaire *Gau Shan*, lorsqu'elle souligne que "The inappropriate use of antisuit injunctions can have unintended, widespread effects. International commerce depends in no small part on the ability of merchants to predict the likely consequences of their conducts in overseas markets. Predictability depends in turn on an atmosphere of cooperation and reciprocity between nations. The issuance of antisuit injunctions threatens predictability by making cooperation and reciprocity between courts of different nations less likely" : *Gau Shan Ca, Ltd. v Bankers Trust Co*, 956 F. 2d 1349, 1355 (6<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>1412</sup> "There is, so to speak, a jungle of separate, broadly based jurisdictions all over the world", *Aribus Industrie GIE v Patel et al.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 636.

<sup>1413</sup> Préjugé qui tient à la contradiction fondamentale qui affecte l'interdiction de procéder. La justification ultime de cette interdiction est sans doute la volonté du tribunal de conserver le contrôle de sa procédure, qui est menacé par l'introduction d'une procédure concurrente (v. les observations en ce sens de Lord Goff, in *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon* [1987] 1 A.C. 60 (C.A.) (Goff LJ) : "The golden thread running through the rare cases where an injunction has been granted appears to have been the protection of the jurisdiction; an injunction has been granted where it was considered necessary and proper for the protection of the exercise of the jurisdiction of the English court". V. également la justification avancée par le juge de première instance dans l'affaire *South Carolina* : "It [the case] involves a question of principle as to whether or not the English court should retain the control of its own procedure and the proceedings that are before it. I have no doubt that the answer to that question is that the English court should retain that control", cité dans *South Carolina Ca v Assurantie N.V.* [1987] 1 A.C. 34). Or, pour sauvegarder ce contrôle, le for de l'injonction n'hésite pas à priver le tribunal étranger du

limiter l'utilisation, y semblent pourtant très attachés.<sup>1414</sup> Il n'est pas du domaine de cette étude de plaider pour une disparition complète de cet instrument. L'on peut toutefois constater, avec la Cour Suprême du Canada,<sup>1415</sup> que si d'autres techniques de coordination des procédures concurrentes étaient plus répandues, ceci ne serait pas sans avoir un impact sur la tentation de recourir à l'interdiction de procéder.<sup>1416</sup> On pense en particulier à la coordination par la déférence, qui fera l'objet de développements ultérieurs.<sup>1417</sup>

On peut espérer qu'à l'avenir, les tribunaux s'entendent pour privilégier des méthodes de coordination plus respectueuses de leur indépendance et de leur égalité.<sup>1418</sup>

\*            \*  
\*            \*

---

contrôle sur sa propre procédure ! On peut se demander, sans doute naïvement, s'il est raisonnable d'imposer au tribunal étranger ce que l'on cherche à éviter pour soi.

- <sup>1414</sup> *Cons. A. BRIGGS, Lc., British Yearb. Int'l L.*, 1998, 336 : "essential and tremendously valuable piece of common law".
- <sup>1415</sup> *Amchem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.*, [1993] 102 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 96, 106 : le juge Sopinka observe que "In a world where comity was universally respected and the courts of countries which are potential fora for litigation, applied consistent principles with respect to the stay of proceedings, anti-suit injunctions would not be necessary". V. les observations similaires de Lord Goff in *Airbus Industrie GIE v Patel et al.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 636.
- <sup>1416</sup> On constate en effet que l'injonction intervient souvent lorsque la procédure concurrente est engagée dans un for qui ne connaît pas de techniques de coordination. On pense au Texas, où le *forum non conveniens* n'est accepté que depuis peu et de façon fort restrictive, *supra*, n° 3.
- <sup>1417</sup> Deux Cours d'appel américaines ont bien compris la supériorité de la déférence sur l'injonction. Elles l'ont exprimé en soulignant que « concerns for judicial economy are in the first instance more properly considered in a motion for forum non conveniens » : *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et al.*, 731 F. 2d 909, 928 (D.C. Cir. 1984) et *Mutual Service Casualty Insurance Co. v Frit Industries, Inc.*, 805 F. Supp. 919, 922 (M.D. Alab. 1992) (je souligne).
- <sup>1418</sup> V. les observations de A. VOLLMER, *Lc.*, 255 et 253-254 où l'auteur encourage les tribunaux américains à recourir au 'dismissal' ou au 'stay' plutôt qu'à l'injonction. G. BERMAN, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 613 ou 631. R. J. WEINTRAUB, *Commentary*, 3<sup>ème</sup> éd., 219, note 4 (l'auteur suggère que pour éviter les conflits ouverts entre juridictions auxquels mènent trop souvent l'injonction anti-suit, les tribunaux devraient opter pour le 'stay' de la procédure, lorsque l'autre tribunal est saisi du même litige).



## CHAPITRE II

### LE REGLEMENT DES CONFLITS DE PROCEDURES PAR L'EXCEPTION DE CHOSE JUGEE





329. La passivité comme ‘solution’ des conflits de procédures - Au lieu de chercher à paralyser la procédure étrangère ou au contraire de s’effacer devant celle-ci, un tribunal appelé à se prononcer sur un litige dont est également saisi une juridiction étrangère, peut décider d’ignorer l’existence de la procédure concurrente. Il prendra alors connaissance de la cause sans se préoccuper de la saisine concurrente du tribunal étranger. Le tribunal se verra conforté dans cette attitude par l’idée que le conflit de procédures se résoudra ‘de lui-même’, dès lors que la première décision rendue dans le litige pourra être invoquée au titre d’exception de chose jugée pour mettre fin à l’autre procédure. Il suffirait en quelque sorte pour résoudre la concurrence de procédures de laisser les choses suivre leur cours ‘naturel’, sans intervention intempestive dans un sens ou dans l’autre. Les règles relatives à la reconnaissance des décisions étrangères, et en particulier l’exception de chose jugée et ses nombreux avatars, se chargeraient d’apporter une solution à la dualité de procédures et d’éloigner ainsi le spectre des décisions contradictoires.

Dans ce schéma, le ‘règlement’ des conflits de procédures se fait en deux temps : dans un premier temps, le tribunal adopte une attitude essentiellement *passive*, en se préoccupant uniquement de la procédure dont il est saisi.<sup>1419</sup> Ce n’est que lorsqu’un des tribunaux s’est prononcé qu’une solution peut être apportée au conflit au moyen de l’exception de chose jugée. Cette dernière nous paraît caractéristique de ce mode de solution des conflits de procédures, ce qui explique que le présent chapitre lui empruntera son titre.

En réalité, l’indifférence à la concurrence de procédures aboutit à *retarder l’issue du conflit*, qui ne prendra fin qu’au stade de la reconnaissance<sup>1420</sup> – pour autant que le régime des jugements étrangers permette effectivement d’invoquer l’autorité de la décision étrangère pour mettre un terme à l’autre procédure. Une fois le litige tranché par un des tribunaux, le conflit change de nature : d’une opposition entre deux procédures, on passe alors à une autre difficulté, qui voit une décision entrer en conflit avec une procédure toujours pendante. Dans le meilleur des cas, le juge encore saisi s’avouera vaincu et reconnaîtra l’autorité de la décision qui vide le litige.

330. Plan – Avouons d’emblée que le recours à l’exception de chose jugée comme mode de règlement des conflits de procédures n’emporte pas notre conviction. La passivité n’est pas en effet sans entraîner de sérieux inconvénients, qui rendent impossible son adoption comme solution générale des conflits de procédures. Avant d’expliquer plus avant ces inconvénients (section 2), il y a lieu d’examiner concrètement quel rôle jouent les règles en matière de reconnaissance des jugements étrangers dans le règlement des procédures concurrentes (section 1).

<sup>1419</sup> M. Schlosser parle à cet égard de “passiven Souverainitätsdenken” : P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 7.

<sup>1420</sup> Mme. Teitz évoque à cet égard une “try now, pay latter approach” : L. E. TEITZ, “Taking Multiple Bites of the Apple : A Proposal to Resolve Conflicts of Jurisdiction and Multiple Proceedings”, *Int. Lawyer*, 1992, (21), 29.

## SECTION 1 LA CONSECRATION DE LA SOLUTION EN DROIT POSITIF

331. **Deux approches de la passivité** - Le recours à l'exception de chose jugée pour appréhender les conflits de procédures est surtout le fait d'une certaine jurisprudence américaine. Nous aurons l'occasion de voir qu'il s'agit apparemment dans le chef de ces tribunaux d'un choix *délibéré* (II). Il peut en aller tout autrement. Si d'autres juridictions font ou ont fait appel à l'autorité de la chose jugée étrangère pour mettre fin aux procédures concurrentes, ce n'est qu'à *défaut* d'autre solution (I). L'exception de chose jugée peut ainsi se présenter sous deux angles différents, qui méritent un examen séparé.

### I. L'exception de chose jugée comme solution par défaut

332. **Une solution d'appoint** - On verra que les tribunaux américains ont pleinement embrassé la passivité au point de faire de l'exception de chose jugée la solution *de principe* des conflits de procédures. Par contraste, si cette exception joue un rôle dans la résolution de ces conflits dans d'autres pays, c'est uniquement *par défaut*, à raison de l'inexistence ou de l'inapplicabilité d'une solution plus directe.

Il suffit de penser au tribunal belge, saisi d'une demande de divorce entre époux belges alors qu'un des époux a déjà porté une demande similaire à la connaissance d'un tribunal congolais où le couple vivait avant de se séparer: en l'absence de convention régissant les relations judiciaires entre les deux pays, le tribunal belge paraît bien désarmé face au conflit de procédures. Comme nous aurons l'occasion de le voir, il ne peut, selon une jurisprudence constante, faire droit à une exception de litispendance internationale et donner la préséance au tribunal étranger premier saisi.<sup>1421</sup> A fortiori lui est-il impossible de se dessaisir en alléguant que ce tribunal est mieux placé pour connaître de la cause, par exemple parce que les intéressés auraient toujours vécu conjugalement au Congo. Il ne peut enfin s'arroger le droit de dicter au défendeur de mettre fin à la procédure étrangère.

En somme, si le tribunal belge se montre indifférent à la concurrence de procédures, c'est à *défaut* d'un instrument approprié lui permettant soit de s'incliner devant la saisine étrangère, soit de tenter d'y mettre fin. L'opposition entre les deux procédures persistera dès lors jusqu'à ce qu'un des tribunaux se prononce sur le divorce,<sup>1422</sup> sa décision pouvant être invoquée devant l'autre juge.<sup>1423</sup> Le scénario est classique, il a déjà été joué à maintes reprises devant les tribunaux.<sup>1424</sup>

<sup>1421</sup> *Infra* n° 397 e.s. et également n° 404 sur le projet de code de droit international privé.

<sup>1422</sup> Il ne semble pas en effet que le droit de la République démocratique du Congo connaisse un mécanisme comparable à l'exception de litispendance internationale. Sur les conflits de juridiction en droit congolais, v. J. DE BURLET, *Précis de droit international privé congolais*, Larcier, Bruxelles, 1971, 319-326.

<sup>1423</sup> Sur les modalités exactes du jeu de l'exception de chose jugée, cf. *infra* n° 352.

<sup>1424</sup> P. exemple Civ. Bruxelles (réf.), 9 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 405; *E.J.*, 1998, 72 et les observations de I. COUWENBERG (en l'espèce le tribunal congolais avait prononcé le divorce alors qu'une procédure concurrente était encore pendante en Belgique. Le tribunal belge constata dès lors que le jugement congolais jouissait en Belgique de l'autorité de la chose jugée, ce qui vidait une partie du litige de son objet). V. également Civ. Liège, 7 janvier 1999, *Dir. A.c.*, 1999, 46 (reconnaît une décision croate qui prononce le divorce alors même qu'une demande en divorce avait été intentée antérieurement en Belgique); Civ. Bruxelles, 25 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 487; Civ. Bruxelles, 18 mars 1987, *J.T.*, 1988, 195; Civ. Nivelles, 29 juin 1995, *R.T.D.F.*, 1996, 76 (juge belge met fin à une procédure de divorce, un juge anglais ayant déjà prononcé le divorce); Civ. Bruxelles, 17 octobre 1989, *R.T.D.F.*, 1990, 391, obs. M. FALLON (action en divorce intentée au Zaïre alors qu'une demande

333. Une autre modalité de la passivité comme solution d'appoint - L'indifférence du tribunal belge s'explique par l'absence de tout mécanisme de coordination avec la procédure étrangère. Il est une autre hypothèse dans laquelle les tribunaux s'abstiendront d'intervenir : il se peut en effet que le ou les mécanismes de coordination dont ils disposent ne permettent pas de résoudre un conflit de procédures spécifique.

On pense par exemple à la situation dans laquelle un juge allemand second saisi rejette l'exception de litispendance internationale prévue par son droit commun parce qu'il apparaît que le futur jugement étranger ne pourra sortir d'effet en Allemagne à défaut de réciprocité (*infra*, n° 706). Voilà le juge allemand condamné à statuer sur l'affaire nonobstant la procédure étrangère concurrente. La même chose se produit lorsqu'un juge anglais refuse de faire droit à une exception de *forum non conveniens* parce que le for anglais constitue à ses yeux le for 'naturel' de la cause (*infra*, n° 405). La passivité des juges anglais et allemand ne résulte pas de l'absence d'instrument spécifique leur permettant d'appréhender le conflit de procédures, au contraire de celle qui affecte le juge belge. Elle est simplement la conséquence et le constat de la *finitude* de ces instruments, et des conditions posées à leur application.

Ici encore, l'exception de chose jugée – ou un autre mécanisme équivalent - interviendra pour résoudre l'opposition entre les deux procédures une fois qu'un des tribunaux s'est prononcé. A bien y réfléchir, l'exception de chose jugée a vocation à intervenir dans toutes les juridictions, quelle que soit la solution adoptée pour mettre fin aux conflits de procédures. Jamais un mécanisme de coordination ne permettra en effet d'appréhender toutes les procédures concurrentes, sans exception. C'est ainsi qu'au sein même de l'espace judiciaire européen, le mécanisme très souple de la reconnaissance des décisions étrangères permettra de pallier une éventuelle déficience de la règle de litispendance<sup>1425</sup> en permettant à un tribunal de mettre fin à la procédure dont il est saisi par le jeu de l'autorité qui s'attache à la décision du tribunal concurrent.<sup>1426</sup>

Dans les hypothèses qui viennent d'être évoquées, l'intervention de l'exception de chose jugée ne procède pas d'une politique *délibérée*. Encore qu'une distinction soit possible selon les juridictions,<sup>1427</sup> l'exception de chose jugée ne constitue qu'une solution de fortune, un expédient auquel on a recours à défaut d'autres solutions. Elle ne se laisse décrire que de façon négative en l'opposant aux autres instruments de coordination disponibles.<sup>1428</sup> Il en va tout autrement dans la pratique américaine. L'exception de chose jugée y est en effet vue comme la solution *par excellence* des conflits de procédures.

---

similaire était pendante en Belgique, le juge belge fait droit à la demande de reconnaissance de la décision zairoise).

<sup>1425</sup> On pense par exemple à la situation, sans doute exceptionnelle, dans laquelle les deux tribunaux ont été saisi le même jour.

<sup>1426</sup> Et si d'aventure l'exception de chose jugée elle-même ne mettait pas fin au litige, il faudrait alors avoir recours au motif de refus de reconnaissance visant spécifiquement l'hypothèse du conflit de décisions, à savoir l'article 27-3 de la Convention [devenu l'article 34-3 du Règlement].

<sup>1427</sup> Dans la situation du juge belge, évoquée plus haut, le refus de tout mécanisme de coordination rend inévitable le recours à l'exception de chose jugée, du moins à défaut d'une abstention dans le chef de l'autre juge. Il n'en reste pas moins que jamais la jurisprudence belge n'a proclamé son attachement à l'exception de chose jugée comme solution première des conflits de procédures, à la manière des tribunaux américains.

<sup>1428</sup> On pourrait à cet égard reprendre la formule de M. *Dworkin* qui, pour décrire le pouvoir d'appréciation du juge ('discretion'), parle du "hole in the doughnut" : R. M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, 31 ("discretion, like the hole in the doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction").

## II. L'exception de chose jugée, solution par excellence des conflits de procédures en droit américain

334. **L'indifférence, une règle générale** - Les tribunaux américains disposent d'une gamme élargie d'options pour faire face aux conflits de procédure. Le juge américain peut tout d'abord tenter de mettre fin à la procédure étrangère en interdisant au défendeur de poursuivre son action (*supra*, n° 204). Il peut également renoncer à statuer et déférer à la procédure étrangère, en invoquant une des nombreuses manifestations de l'abstention (*infra*, n° 569). Comme ses collègues étrangers, le tribunal américain peut enfin opter pour une attitude *passive* en se contentant de laisser les deux procédures se poursuivre sans intervenir.

Ce qui distingue le droit américain des autres, c'est que les tribunaux ont élevé l'indifférence au rang de solution générale des conflits de procédures.<sup>1429</sup> La doctrine a même été jusqu'à créer de toute pièce une nouvelle expression pour désigner l'attitude passive des tribunaux. On parle en effet de "*parallel proceedings rule*" lorsqu'un tribunal choisit de ne pas intervenir.<sup>1430</sup> L'importance accordée par les tribunaux américains à l'exception de chose jugée trouve incontestablement son origine dans la pratique interne des conflits de juridictions. Avant de se pencher sur cette filiation (B), nous nous attacherons à décrire la portée exacte de la règle dans la pratique américaine des conflits de procédures (A).

### A. Une règle générale à la portée réduite

335. **Une règle générale consacrée dans l'affaire *Laker*** - La consécration de l'indifférence comme règle générale, et l'intronisation de son pendant, l'exception de chose jugée, n'est somme toute qu'assez récente, puisqu'on cite généralement à l'appui de cette règle l'arrêt prononcé en 1984 par la Cour d'Appel du District de Columbia dans l'affaire *Laker Airways*.<sup>1431</sup> Les faits de cette 'cause célèbre' du contentieux international privé sont connus.<sup>1432</sup> Qu'il suffise de rappeler qu'en l'espèce les curateurs de la compagnie aérienne transatlantique lancée par le flamboyant Sir Freddy Laker tentaient d'obtenir des tribunaux américains un dédommagement substantiel pour les pertes subies

<sup>1429</sup> Sans doute le droit américain n'est-il pas le seul à faire confiance à l'exception de chose jugée pour résoudre les conflits de procédures. V. par exemple les observations de C. MCLACHLAN, "Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation", *International Law Association, Report of the London Conference 2000*, (137), 147, qui observe que « The extent to which rules of declining jurisdiction are perceived to be warranted, depends upon the policy which private international law is to promote in this area. If this is one of minimal intervention, then it may be sufficient to leave the problem of parallel litigation [...] to be resolved through the process of the recognition and enforcement of foreign judgments. That is still a strong element in the national legal systems of a number of states ». Nous privilégierons l'étude du droit américain comme emblème de cette attitude.

<sup>1430</sup> L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l. Lawyer*, 1992, 28. Un autre juriste américain, P. TROBOFF, s'exprimant lors d'une réunion d'un comité de l'IBA a utilisé une autre métaphore en évoquant la 'let the flowers grow-rule'.

<sup>1431</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909 (D.C. Cir. 1984).

<sup>1432</sup> Sur l'affaire *Laker* en général, cfr. G. B. BORN, "Recent British Responses to the Extraterritorial Application of United States Law : The Midland Bank Decision and Retaliatory Legislation Involving Unitary Taxation", *Va. J. Int'l L.*, 1985, 91-106; A. S. FRIEDMAN, "Laker Airways : The Dilemma of Concurrent Jurisdiction and Conflicting National Policies", *Brooklyn J. Int'l L.*, 1985, 181-236; D. A. LIBOW, "The Laker Antitrust Litigation : The Jurisdictional 'Rule of Reason' Applied to Transnational Injunctive Relief", *Cornell L. Rev.*, 1986, 645-667.

du fait du comportement de certains concurrents qu'ils jugeaient déloyal. Pour échapper à ces accusations, et surtout aux périls d'une procédure américaine qui s'annonçait longue et coûteuse, plusieurs compagnies aériennes rivales ainsi qu'une banque cherchèrent protection auprès des tribunaux anglais, à qui ils demandaient d'interdire la poursuite de la procédure américaine. Laker contre-attaqua et demanda aux tribunaux américains de mettre fin à la tentative d'interdiction dont les tribunaux anglais étaient saisis.

Examinant la légitimité de la demande d'interdiction de la procédure anglaise, le juge Wilkey, s'exprimant au nom de la Cour, formula dans un passage devenu célèbre la règle générale suivante:

“en règle générale, il convient de respecter le corollaire fondamental de l'existence de compétences concurrentes : les procédures parallèles portant sur la même demande *in personam* doivent se poursuivre simultanément, du moins jusqu'à ce que l'une d'elle donne lieu à une décision qui puisse être invoquée au titre de la chose jugée dans l'autre procédure”.<sup>1433</sup>

Ce dictum a depuis lors été repris et répété par une jurisprudence quasi-unanime pour acquérir au fil du temps le rang de principe général.<sup>1434</sup> La doctrine n'est pas en reste, qui

<sup>1433</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et al.*, 731 F. 2d 909, 926 ( D.C. Cir. 1984) : “the fundamental corollary to concurrent jurisdiction must ordinarily be respected : parallel proceedings on the same *in personam* claim should ordinarily be allowed to proceed simultaneously, at least until a judgment is reached in one court which can be pled as *res judicata* in the other”.

<sup>1434</sup> Parmi les décisions des tribunaux fédéraux, on peut citer : *China Trade and Development Co v M. V. Choong Yong*, 83 F.2d 33, 36 (2d Cir.); *Sea Containers Ltd. v Steena AB et al.*, 890 F. 2d 1205, 1213 (D.C. Cir. 1989°; *Gau Shan Co, Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349, 1352 (6th Cir. 1992); *American Cyanamid Company et al. v Picaso-Arstalt et al.*, 741 F. Supp. 150 (DNJ 1990) (“the first to file rule is a rule of resource conservation adopted to deal with situations involving similar lawsuits pending within the same sovereign's jurisdiction, not similar lawsuits pending in different jurisdictions, where the preferred course of action is to permit each sovereign to reach judgment and apply the findings of one to the other under the principles of *res judicata*”); *General Motors Corporation and Adam Opel AG v Jose Ignacio Lopez de Arriortua et al.*, 948 F. Supp. 656, 668 (E.D. Mich. 1996) (“Generally, federal courts exercise jurisdiction concurrently with a foreign court until a judgment is reached which may be pled as *res judicata* or collateral estoppel in the other forum”); *Cliffs-Neadrill Turnkey Int'l Oranjestad v Rich Ocean Tankers (The Rich Duke)*, 734 F. Supp. 142, 150 (DC Delaware 1990) (“When related cases are before two different sovereigns, the appropriate procedure is to permit both jurisdictions to proceed, with any decision of one becoming *res judicata* on the other”); *Nycal Corporation v Inoco Plc et al.*, 968 F. Supp. 147 (SDNY 1997) (“[...] the ordinary rule of permitting parallel litigation”); *Diego J. Herbstein v Martin E. Brietman*, 743 F. Supp. 184, 187-188 (SDNY 1990) (“The general rule of comity is that the domestic court should exercise jurisdiction concurrently with the foreign court”); *Abdullah Sayid Rajab Al-Rifai & Sons v Mc Donnell Douglas Foreign Sales Corp.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14021 (C.A. 11<sup>th</sup> Cir. 25 juin 1999) (“As a general rule, parallel proceedings on the same *in personam* claim should ordinarily be allowed to proceed simultaneously”); *Randy Scheiner et al. v Derek Wallace et al.*, 832 F. Supp. 687, 693 (SDNY 1993) (“The general rule of comity requires the domestic court to exercise jurisdiction concurrently with the foreign court”); *Biblical Archeology Society et al. v Elisha Qimron*, 1993 WL 39572 (E.D. Pa, 10 février 1993) (“When related cases are before two different sovereigns, the appropriate procedure is to permit both jurisdictions to proceed, with any decision of one becoming *res judicata* on the other, assuming the applicable criteria exist”); *Peter Conroy Robinson v Jardine Insurance Brokers Int'l, Ltd.*, 856 F. Supp. 554, 560 (N.D. Cal. 1994) (“Where judgement is sought in *personam*, two courts with concurrent jurisdiction may proceed with litigation at least until a judgment is obtained in one case which may be used as *res judicata* in the other. This principle applies even where one action is foreign”); *Robert F. Goldhammer et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d, 248, 251 (D. Mass. 1999) (“Parallel proceedings on the same *in personam* claim should ordinarily be allowed to proceed simultaneously, at least until a judgment is reached in one which can be pled as *res judicata* in the other”); *Kenneth L. Balcom v Rosenthal & Corp., et al.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 20842 (N. D. Ill. 1998) (“[...] a district court generally should exercise its jurisdiction over an action even when identical subject matter is concurrently before a foreign court”); *Farrell Lines Inc v Columbus Cello-Polby Corp. et al.*, 32 F. Supp. 2d 118, 129 (S.D.N.Y. 1997) (le tribunal cite le dictum Laker); *Madanes v Madanes*, 981 F. Supp. 241, 263 (S.D.N.Y. 1997) (“[T]he general rule of comity is that the domestic court should exercise jurisdiction concurrently with the foreign court. If a judgment is reached first in the foreign court, it may then be pled as *res judicata* in the domestic court”). Dans la jurisprudence des tribunaux des Etats, v. par exemple *Garnon v Payne*, 706 S.W. 2d 304 (Tex. 1986) (“When the sovereigns involved are not sister states but a state and a foreign nation, the policy of allowing parallel proceedings to continue simultaneously require more scrupulous adherence. [...] Ordinarily parallel actions should be allowed to proceed simultaneously”).

a reconnu la primauté de la règle de l'indifférence.<sup>1435</sup> La formule sans cesse répétée de l'arrêt *Laker* et la confiance accordée à l'exception de chose jugée a même fini par aveugler certains. Ainsi, dans une étude consacrée aux conflits opposant les procédures américaines et mexicaines, une auteur s'est-elle limitée à promouvoir la reconnaissance des jugements étrangers comme seul et unique instrument de résolution de ces conflits, sans envisager un seul instant une solution qui nécessiterait une intervention *antérieure* au prononcé du jugement.<sup>1436</sup>

La Cour Suprême ne s'est certes pas encore prononcée sur la question, et n'a donc pu ni entériner, ni désavouer le 'laissez faire, laissez aller' embrassé par les tribunaux. Il reste que l'unanimité constatée parmi les tribunaux du fond ne laisse pas de doute sur la portée générale qu'ils entendent donner à la règle. En pratique il revient dès lors aux règles en matière de reconnaissance des jugements étrangers de résoudre la contradiction entre les deux procédures.<sup>1437</sup> La Cour d'Appel a été on ne peut plus explicite à ce sujet dans l'affaire *Laker*, mettant en avant le rôle de l'exception de chose jugée. Derrière la '*parallel proceedings rule*' se cache en réalité une approche retardant l'issue de la confrontation au moment où la partie à laquelle un des juges a donné raison, invoque cette décision pour mettre fin à l'autre procédure.

Bien souvent le recours privilégié à l'exception de chose jugée est d'ailleurs présenté comme l'expression du *respect* de la souveraineté étrangère : le tribunal américain renoncerait à intervenir au nom de la courtoisie internationale, afin de laisser toute liberté au juge étranger de se prononcer.<sup>1438</sup> Une telle association entre l'attentisme et le respect s'explique si l'on sait que l'injonction *anti-suit* est perçue comme la seule modalité d'une

<sup>1435</sup> On consultera les études suivantes : G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, (589), 610 ("courts generally permit parallel proceedings on the same *in personam* claim to continue in different jurisdictions and eventually to proceed to judgment"); L. F. DEL DUCA et G. A. ZAPHIROU, "United States of America" in *Declining Jurisdiction*, (401); 424; W. HAU, 64 (règle de l'indifférence adoptée par la "Mehrzahl der US-amerikanischen Gerichte"); L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, (21), 28 ("The general approach in US courts to litigation in multiple forums is to allow parallel proceedings to continue simultaneously"); de la même, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 236; G. BORN, 1996, 460 ("A fourth approach to parallel proceedings is simply to do nothing and to allow the two (or more) actions to proceed at their own pace to judgment. [...] [T]his is the generally preferred approach in many U.S. jurisdictions"); L. W. NEWMANN et D. ZASLOWSKY, *Litigating International Commercial Disputes*, St. Paul, West Publishing Co., 1996, 136 ("In sum, parallel proceedings are typically permitted in *in personam* actions until a judgment is reached in one that can be pled as *res judicata*"); J. FELLAS, "Parallel Proceedings", in *International Commercial Litigation*, New York, Practising Law Institute, 2000, (133), 162; M. TREVINO DE COALE, "Stay, Dismiss, Enjoin or Abstain? A Survey of Foreign Parallel Litigation in the Federal Courts of the United States", *Boston Univ. Int'l. L. J.*, 1999, (79), 85 ("In theory at least, the great majority of U.S. lower federal courts recognize in the international context the domestic 'rule permitting parallel proceedings in concurrent *in personam* actions"); Y. FURUTA, "International Parallel Litigation. Disposition of Duplicative Civil Proceedings in Japan and the U.S.", *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, (1), 9; R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 4<sup>ème</sup> ed., University Textbook Series, Mineola, Foundation Press, 2001, 275-276.

<sup>1436</sup> L. DRAKE, "Stop the Madness! Procedural and Practical Defenses to Avoid Inconsistent Cross-Border Judgments Between Texas and Mexico", *J. Transnat'l. L. & Policy*, 1999, 209-262. L'auteur explique par exemple que "res judicata stands as a bulwark against harassing litigants who file identical proceedings in multiple jurisdictions" (p. 230) et "res judicata appears to be the overriding defense available to cross-border litigants to avoid inconsistent cross-border judgments" (p. 261).

<sup>1437</sup> Notons que la loi-modèle proposée par l'ABA pour appréhender les conflits de procédures, dont nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer le mécanisme (*supra*, n° 114), confirme le rôle des règles de reconnaissance dans la résolution des conflits de procédures. A la base, la loi modèle entend privilégier l'autonomie des parties en incitant celles-ci à concentrer le contentieux devant le for le plus approprié. Elle ne prévoit toutefois aucun instrument permettant aux tribunaux de coordonner des procédures concurrentes, si bien qu'elle les condamne à une attitude passive dans un premier stade, l'issue du conflit étant reportée à un stade ultérieur.

<sup>1438</sup> P. ex. *Randy Schneider et al. v Derek Wallace et al.* 832 F. Supp. 687, 693 (S.D.N.Y.1993) ("The general rule of comity requires the domestic court to exercise jurisdiction concurrently with the foreign court") et dans le même sens, *Diego J. Herstein v Martin E. Brueeman*, 743 F. Supp. 184, 187-188 (SDNY 1990) ("The general rule of comity is that the domestic court should exercise jurisdiction concurrently with the foreign court"). V. sur ce point L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, 28.

éventuelle intervention. Les tribunaux américains trouvent dès lors dans cet argument une justification supplémentaire pour le 'laisser faire, laisser aller' qu'ils adoptent.

**336. Une règle générale à nuancer** - En réalité si les tribunaux ont fait de la '*parallel proceedings rule*' un principe général guidant leur conduite, il ne faudrait pas en déduire qu'ils s'abstiennent en pratique d'intervenir dans les conflits de procédures. Force est tout d'abord de constater que jamais une des parties concernées n'invoque en tant que tel le bénéfice de la position d'attente suggérée par le juge Wilkey. L'examen de la jurisprudence révèle au contraire que le rappel par les juges de la '*parallel proceedings rule*' s'inscrit systématiquement en creux de l'analyse d'une demande d'intervention formulée par une partie, qu'elle vise la procédure étrangère ou celle du for. Si le tribunal fait alors mention de la formule 'Laker', c'est pour mieux faire ressortir le caractère exceptionnel d'une intervention.

Comme l'explique une observatrice avisée du droit américain des conflits de procédures, "la question de savoir s'il faut ou non laisser se poursuivre des procédures concurrentes, ne se pose généralement que dans le contexte d'une autre réponse à ce conflit, que ce soit lorsqu'un juge refuse une interdiction de procéder, ou lorsqu'il refuse de s'abstenir en déférence à la procédure étrangère".<sup>1439</sup> Dans les faits, on constate d'ailleurs que l'appel du juge Wilkey à une attitude passive n'empêche pas les tribunaux américains de se mêler activement des conflits de procédures, sans attendre une éventuelle décision. Une étude récente qui a porté sur plus de 80 décisions fédérales mettant en jeu conflit de procédures à dimension internationale, nous apprend ainsi que les tribunaux concernés ont imposé une interdiction de procéder dans pas moins de 18 espèces, pour s'incliner devant la saisine concurrente du juge étranger dans 30 autres affaires. Dans plus de la moitié des cas, les tribunaux n'ont dès lors pas respecté la règle générale leur prescrivant une attitude attentiste.<sup>1440</sup> L'hommage rendu classiquement au dictum du juge Wilkey n'est dès lors pas dénué d'une certaine ambiguïté.

En réalité, la '*parallel proceedings rule*' ne constitue qu'une possibilité parmi d'autres pour les tribunaux américains confrontés à un conflit de procédures. Comme on l'a fait remarquer, le recours à l'exception de chose jugée a d'ailleurs tout d'une solution *subsidaire* : même si les tribunaux américains lui paient un hommage respectueux, en pratique le tribunal ne se cantonnera dans une position d'attente que si les circonstances de la cause ne justifient pas une intervention de sa part, soit que la procédure étrangère ne soit pas suffisamment abusive pour justifier l'injonction, soit que la saisine du juge étranger ne mérite pas que le tribunal américain s'incline.<sup>1441</sup>

Le rôle de l'exception de chose jugée est ainsi ramené à de plus justes proportions : principe général certes, mais d'une application en réalité subsidiaire. On aura d'ailleurs l'occasion de voir que les tribunaux ont développé ces dernières années une véritable

<sup>1439</sup> L. E. TEITZ, "International Parallel Litigation in the United States", étude réalisée pour le comité O de l'IBA, juin 1999, p. 2 : "The issue of allowing parallel suits to proceed usually arises within the context of other responses to parallel proceedings, either in refusing to grant an antisuit injunction, or refusing to defer or grant a stay of domestic litigation".

<sup>1440</sup> Cette analyse est l'oeuvre de M. TREVINO COALE, *l.c.*, *Boston Univ Int'l L. J.*, 1999, 79-114.

<sup>1441</sup> V. les observations de M. HAU à ce sujet. Il explique ainsi que "Die *parallel proceedings rule* erklärt sich vielmehr als eine Konsequenz fehlender Handlungsalternativen der US-amerikanischen Gerichte" et M. Hau de décrire ensuite les limites inhérentes à l'injonction ainsi qu'à la possibilité pour le tribunal de s'abstenir (p. 64). Dans le même sens, L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 235 ("When a request for [an antisuit injunction] is denied, [the parallel proceedings rule] is the usual result. Thus the rules for allowing parallel proceedings and issuing antisuit injunctions are reverse images".)

doctrine de l'abstention internationale, dont l'importance va en grandissant (*infra*, n° 569). Cette évolution vient réduire d'autant la portée de la 'parallel proceedings rule'. En définitive, tout porte à croire que si l'on prête généralement aux tribunaux américains une attitude passive face aux procédures concurrentes, cela tient plus d'un raccourci du raisonnement que d'une constatation appuyée par l'expérience.

337. **Pour une relecture de l'arrêt *Laker*** - Cette remise en question du statut de la règle 'générale' peut d'ailleurs en appeler à une lecture plus attentive de la décision *Laker*, qui jette un autre éclairage sur le 'principe' posé par la Cour. Il faut en effet replacer le passage maintes fois cité dans son contexte. En l'espèce, la Cour devait répondre à la question de savoir si l'injonction *anti-suit* accordée en première instance pour bloquer la procédure anglaise était justifiée. Le passage dont question fait d'ailleurs partie d'un paragraphe intitulé '*propriety of the anti-suit injunction*'. La lecture de ce paragraphe révèle que la Cour cherchait avant tout à souligner le caractère exceptionnel de l'interdiction de procéder, ce qui s'explique en raison du contexte extrêmement délicat de l'affaire et en particulier la paralysie des procédures provoquée par les injonctions réciproques.

Si la Cour évoque à ce stade du litige le principe selon lequel les deux tribunaux saisis concurremment doivent pouvoir connaître du litige simultanément, ce n'est que pour mieux souligner que l'injonction sera rarement accordée.<sup>1442</sup> On est donc loin d'une prise de position *en faveur* de la poursuite simultanée de deux procédures, d'autant plus qu'en l'espèce la Cour d'Appel s'est écartée de la règle qu'elle venait d'évoquer pour interdire aux défendeurs la poursuite de la procédure anglaise. On peut dès lors douter qu'elle ait entendu consacrer la règle générale qu'on lui prête si volontiers. En définitive, l'heureuse fortune qu'a connue cette décision ne doit pas faire oublier que la Cour s'efforçait avant tout d'exprimer son souci de limiter aux cas les plus exceptionnels l'octroi d'une interdiction de procéder.

Par la suite, la répétition de la règle 'générale' extraite de son contexte va toutefois contribuer à donner l'impression que la Cour d'Appel a embrassé pleinement la 'parallel proceedings rule'.<sup>1443</sup> Le mode prescriptif utilisé par la Cour - qui décide que "les procédures concurrentes [...] *doivent* en règle générale se poursuivre de façon simultanée"<sup>1444</sup> - n'est sans doute pas étranger à l'interprétation extensive qui a été donnée de sa décision. On ne peut toutefois que souscrire à l'invitation de M. *Baumgartner*, qui appelle à une "lecture de la décision *Laker* non pas comme la consécration d'une règle encourageant la poursuite simultanée de procédures concurrentes, mais plutôt comme un appel à la modération dans l'utilisation de l'injonction".<sup>1445</sup>

Certains tribunaux ne s'y sont pas trompés. S'ils invoquent le dictum du juge Wilkey, ce n'est pas tant pour justifier une attitude attentiste, mais plutôt pour expliquer leur refus

<sup>1442</sup> Après avoir posé la 'parallel proceedings rule', la Cour ajoute d'ailleurs que "For this reason, injunctions restraining litigants from proceedings in courts of independent countries are rarely issued" : 731 F.2d 909, 926 (D.C. Cir. 1984). A cette première justification, la Cour en ajoute une seconde, à savoir le souci d'éviter une interférence avec la procédure étrangère ("A second reason cautioning against exercise of the power is avoiding the impedance of the foreign jurisdiction", 731 F.2d 909, 926 (D.C. Cir. 1984)).

<sup>1443</sup> La doctrine elle-même se laisse parfois attirer par de tels raccourcis, v. p. ex. L. F. DEL DUCA et G. A. ZAPHIRIOU, *l.c.*, in *Dedining Jurisdiction*, (401), 424 ("Generally federal courts in the United States favour parallel proceedings in the United States and refuse to abstain in favour of foreign proceedings, even when a balance of convenience favours the foreign proceedings", nous soulignons).

<sup>1444</sup> Nous soulignons : "parallel proceedings [...] *should* ordinarily be allowed to proceed simultaneously".

<sup>1445</sup> S. BAUMGARTNER, "Related Actions", *ZJP Int.*, 1998, (203), 222 ("[...] a reading of the *Laker* rule more as an appeal to be cautious in issuing anti-suit injunctions than as a policy in favor of parallel proceedings").



de décerner l'injonction sollicitée par le demandeur. Dans l'affaire *China Trade* par exemple, une entreprise établie aux États-Unis, tentait d'obtenir des dommages et intérêts de son cocontractant coréen, qui avait manqué à son obligation de livraison d'une grande quantité de soja après que son navire se fut échoué.<sup>1446</sup> Alors que le processus de 'discovery' suivait son cours à New York, le vendeur coréen sollicita la protection de ses propres tribunaux sous la forme d'une demande de jugement déclaratoire l'exonérant de toute responsabilité pour les dommages subis par l'acheteur. En première instance, le tribunal fit droit à la demande de l'acheteur et interdit au vendeur de poursuivre la procédure coréenne. Cette décision fut toutefois réformée en appel. Pour justifier son refus d'interdire la procédure étrangère, la Cour rappela la règle générale selon laquelle les procédures concurrentes doivent être tolérées.<sup>1447</sup> Citant le dictum *Laker*, la Cour expliqua que "Lorsque deux souverains possèdent une compétence *in personam* concurrente, un tribunal s'abstiendra généralement d'intervenir ou de tenter de mettre fin à la procédure dont est saisi l'autre".<sup>1448</sup> Voilà la 'parallel proceedings rule' ramenée à son juste rôle de frein à l'intervention du tribunal américain, et en particulier à l'octroi d'une interdiction de procéder, ce que confirment d'autres décisions.<sup>1449</sup>

**338. Limites de la 'parallel proceedings rule' : actions 'in rem' et contentieux de la faillite** - Un dernier élément vient nuancer le primat de la passivité comme règle générale dans la pratique américaine. Telle que définie dans l'arrêt *Laker*, la 'parallel proceedings rule' ne joue en effet qu'à l'égard des actions dites '*in personam*'.<sup>1450</sup> La passivité qu'elle impose au tribunal américain disparaît lorsque l'une des procédures est dite '*in rem*', c'est-à-dire une action qui vise à obtenir que le juge se prononce sur le sort d'un bien, et pour laquelle il déduit sa compétence de la présence du bien dans la juridiction.<sup>1451</sup> On sait que la distinction entre procédures *in rem* et *in personam* a perdu de sa signification depuis que la Cour Suprême a donné au test de la 'due process' un caractère général, s'appliquant quel que soit le fondement de la compétence.<sup>1452</sup> Cette distinction conserve toutefois son importance dans le cadre des conflits de procédure, puisque l'existence d'une compétence *in rem* constitue une limite à la règle générale de la passivité. Dès lors que le juge américain tire sa compétence de la présence d'un bien, il assume également le contrôle de ce bien. Ce contrôle est exclusif et ne peut être partagé. La procédure concurrente doit dès lors disparaître. C'est du moins la règle dans la

<sup>1446</sup> *China Trade & Deu Corp. v M. V. Choong Yong*, 837 F.2d 33 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987).

<sup>1447</sup> 837 F.2d 33, 36. Et la Cour d'ajouter que "Since parallel proceedings are ordinarily tolerable, the initiation before a foreign court of a suit concerning the same parties and issues as a suit already pending in a United States court does not, without more, justify enjoing a party from proceeding in the foreign forum". Et la Cour de faire ensuite référence à la "policy that allows parallel proceedings to continue and disfavors anti-suit injunctions".

<sup>1448</sup> "When two sovereigns have concurrent in personam jurisdiction, one court will ordinarily not interfere with or try to restrain proceedings before the other" : *China Trade & Deu Corp. v M. V. Choong Yong*, 837 F.2d 33, 36 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987).

<sup>1449</sup> *Sea Containers Ltd. v Steena AB*, 890 F. 2d 1205, 1212-1213; *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1352 (6<sup>th</sup> Cir. 1992) qui ne souscrit à la règle d'indifférence de *Laker* que pour conclure que "injunction restraining litigants from proceeding in courts of independent countries are rarely issued"; *Mutual Service Cas. Ins. Co. v Frit Industries*, 805 F. Supp. 919, 922, note 3 (M.D. Ala. 1992) (illustre bien les connexions entre la règle de l'indifférence et l'injonction : "The rule favoring parallel proceedings in matters subject to concurrent jurisdiction applies primarily to requests for injunctions prior to a judgment on the merits").

<sup>1450</sup> On entend par action *in personam* une action qui est dirigée contre une partie et qui a pour but de la contraindre à faire ou à ne pas faire quelque chose de spécifique. V. p. ex. la définition donnée par Dicey et Morris, 2000, 270 ainsi que les explications de Cheshire et North, 1999, 285-286.

<sup>1451</sup> Sur la conception très restrictive de l'action *in rem* en droit anglais, v. Cheshire et North, 1999, 325 e.s.

<sup>1452</sup> *Shaffer v Heitner*, 433 U.S. 196, 97 S. Ct. 2575, 53 L.Ed. 2d 692. En général, v. E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, 2000, 297-299.

pratique inter-américaine des conflits de juridiction, où l'on accepte que le tribunal premier saisi a priorité lorsqu'il est saisi *in rem*.<sup>1453</sup>

La situation particulière des actions *in rem* s'est également répercutée dans le contentieux international. L'existence d'une action 'réelle' paralyse également le jeu normal de la 'parallel proceedings rule', en imposant au juge américain second saisi de céder la priorité au juge étranger, lorsque celui-ci a pris contrôle de la chose litigieuse. C'est ainsi que dans une espèce mettant en jeu un trust, la Cour d'Appel du 3<sup>ème</sup> Circuit s'est dessaisie au profit d'un tribunal canadien antérieurement saisi.<sup>1454</sup>

La passivité est également battue en brèche en matière de *faillite*, où l'exception de chose jugée est carrément supplantée par le souci d'une intervention rapide qui prend la forme d'une coordination avec la procédure étrangère. Dans cette matière, le législateur a lui-même consacré la possibilité pour le juge américain de surseoir à statuer en déférence à une procédure étrangère, si une telle mesure semble être dans l'intérêt du failli et des créanciers.<sup>1455</sup>

**339. Conclusion : une règle générale sur un piédestal tremblant** – En somme, le recours à l'exception de chose jugée n'a dans la pratique américaine que l'apparence d'une règle générale. La décision de laisser les deux procédures se poursuivre de façon parallèle procède le plus souvent d'un choix par élimination. L'indifférence n'a pas dans la jurisprudence américaine le caractère général qu'on lui prête si volontiers.

Formellement le recours à l'exception de chose jugée conserve cependant son statut et son rang de règle générale.<sup>1456</sup> C'est ce qui permet de distinguer la position américaine de celle des nombreuses autres juridictions dans lesquelles elle ne remplit qu'une fonction *subsidaire*. Après avoir cerné le rôle joué par l'exception de chose jugée en droit positif, il faut maintenant s'attarder sur l'*origine* de cette règle.

<sup>1453</sup> L'arrêt de principe a été prononcé par la Cour Suprême dans l'affaire *Princess Lida of Thurn and Taxis v Thomson*, 305 U.S. 456, 466 (1939). Dans cette affaire qui portait sur la gestion d'un trust établi après le divorce de la demanderesse, le conflit opposait un tribunal fédéral à un tribunal d'un état. La Cour décida que "if two suits are in rem, or quasi in rem, so that the court [...] has possession or must have control of the property which is the subject of the litigation in order to proceed with the cause and grant the relief sought, the jurisdiction of the one court must yield to the other". V. également *Penn General Casualty Co. v Pennsylvania ex rel. Schnader Attorney General*, 294 U.S. 189, 195 (1934) et plus récemment *Donovan v City of Dallas*, 377 U.S. 408 (1964) et *Colorado River Water Conservation District et al. v United States*, 424 U.S. 800, 818 (1976). En général, J. P. GEORGE, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 782.

<sup>1454</sup> *Dailey v The National Hockey League*, 987 F. 2d 172, 176 (3d. Cir. 1993). La Cour observa que la règle posée par la Cour Suprême dans l'affaire *Princess Lida* "is a 'mechanical rule' which requires that the court in which the second suit is brought yield its jurisdiction if the requisite 'property' showing is made". V. également *Poseidon Schiffahrt v M/S Netuno*, 335 F. Supp. 684, 687 (S. D. Ga 1972).

<sup>1455</sup> Il s'agit du 11 USC 305, selon lequel "(a) The court [...] may dismiss a case under this title, or may suspend all proceedings [...] at any time if [...] (2) (A) there is pending a foreign proceeding; and (B) the factor specified in section 304(c) of this title warrant such dismissal or suspension [...]". V. par exemple *Conard S.S. Co. v Salem Reefers & Servs.*, 773 F.2d 452 (2d Cir. 1985); *Pravin Bankers Asscs. v Banco Popular del Peru*, 165 B.R. 379 (S.D.N.Y. 1994); *Lindner Fund Inc. v Polly Pedé Int'l plc*, 143 B.R. 807 (S.D.N.Y. 1992); *Caddle v Clairton Corp.*, 105 B.R. 366 (N.D. Tex. 1989); *Kerner Pros. Co. v Société Foncière et Financière Agache-Willot*, 532 F. Supp. 478 (S.D.N.Y. 1982).

<sup>1456</sup> Un auteur américain a récemment été particulièrement franc à ce sujet. Contrastant l'approche européenne, qu'il décrit comme reposant sur une règle de litispendance favorisant la course au for, avec l'approche américaine des conflits de procédures, il explique que celle-ci consiste à privilégier « a race to judgement » (R. A. BRAND, « Where to From Here? Prospects for a Hague Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments », *Mealey's Int'l Arbitration Report*, 2001, vol. 16/10, (38), 43).

B. La passivité des tribunaux américains, extension d'une pratique bien établie au sein de l'espace judiciaire américain

340. **Influence de la pratique interne des conflits de procédures** - La confiance qu'accordent les tribunaux américains à l'exception de chose jugée pour résoudre les conflits de procédures s'est pleinement manifestée depuis l'affaire *Laker*.<sup>1457</sup> Que ces tribunaux américains se soient tournés vers l'exception de chose jugée pour appréhender les conflits de procédures, se comprend en raison de l'importance de cette exception dans le droit interne américain. On doit y voir une nouvelle manifestation de l'influence de cette pratique interne. Le complexe échafaudage des relations entre les différents pouvoirs judiciaires américains constitue en effet une source inépuisable d'inspiration pour les tribunaux confrontés à des espèces véritablement internationales.<sup>1458</sup>

Comme le fait observer Mme Teitz, c'est d'abord la jurisprudence relative aux relations entre tribunaux des différents Etats qui a servi de modèle pour la relative tolérance dont font preuve les tribunaux américains à l'égard des conflits de procédures.<sup>1459</sup> Les règles régissant les relations entre tribunaux fédéraux d'une part des états d'autre part n'ont fait que confirmer la solution de l'indifférence.

341. **Les relations entre tribunaux fédéraux et étatiques, premier modèle de la passivité** - Les relations entre tribunaux fédéraux et ceux qui répondent aux différents Etats américains ont fourni le premier modèle pour les conflits proprement internationaux. Des conflits de cette nature sont légions aux Etats-Unis, en raison de l'absence de principe de règles attribuant une compétence exclusive à l'un ou l'autre système. Il est fréquent qu'un tribunal fédéral ait à connaître d'une action fondée sur le droit d'un Etat, par exemple dans le cadre de sa compétence dite de '*diversity*'. De même, dans la majorité des cas, les tribunaux fédéraux n'ont pas de prétention exclusive à connaître des actions déduites du droit fédéral.<sup>1460</sup> Lorsque les tribunaux des deux ordres sont saisis simultanément, les impératifs du fédéralisme expliquent qu'ils s'abstiendront le plus souvent d'intervenir dans un sens ou dans l'autre. C'est ce que rappelle M. Redish dans une étude récente, dans laquelle il explique que "[...] traditionnellement on accepte

<sup>1457</sup> Des décisions plus anciennes avaient toutefois déjà préparé le terrain, v. *I.J.A. Inc. v. Marine Holding Ltd.*, 524 F. Supp. 197, 198 (E.D. Pa. 1981) (le tribunal explique que « Principles of comity [...] currently compel the conclusion that both lawsuits proceed simultaneously »).

<sup>1458</sup> M. Burbank écrit à ce propos que "International civil litigation in the United States has involved doctrinal cross-fertilization between domestic and international cases" (S. B. BURBANK, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 213). V. aussi du même, "The World in Our Courts", compte-rendu de l'ouvrage de G. B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, *Michigan L. Rev.*, 1991, 1456.

<sup>1459</sup> L. E. TEITZ, *op. cit.*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 236 ("International litigation dispersed in multiple countries is treated as analogous to lawsuits in different States within the U.S.").

V. déjà *Compagnie des Bauxites de Guinée v. Insurance Company of North America, et al.*, 651 F. 2d 877 (3<sup>rd</sup> Cir. 1981), *cert. denied* 457 U.S. 1105 (1982) (La Cour, avant même l'arrêt *Laker*, reconnaît que la tolérance à l'égard des procédures concurrentes telle qu'elle est pratiquée pour les espèces purement internes "has often been applied in cases similar to the present case where one of the actions is in a foreign jurisdiction", et en tire argument pour refuser *in casu* l'injonction).

<sup>1460</sup> V. par exemple *Charles Dowd Box v. Courtney*, 368 U.S. 502, 514 (1962) (La Cour Suprême rappelle la "historic acceptance of concurrent state and federal jurisdiction over cases arising under federal law"). V. également *Gulf Offshore Co. v. Mobil Oil Corp.*, 453 U.S. 473 (1981).

que des procédures parallèles conduites à la fois devant un juge fédéral et un juge d'un Etat, doivent coexister".<sup>1461</sup>

Concrètement, la passivité imposée aux tribunaux se traduit d'abord par une interdiction quasi-absolue d'avoir recours à l'interdiction de procéder pour mettre fin au conflit de procédures. Une disposition législative expresse interdit ainsi aux tribunaux fédéraux d'avoir recours à l'arme de l'injonction pour paralyser une procédure pendante devant un tribunal d'un Etat.<sup>1462</sup> Soulignant la nécessité d'éviter une immixtion du pouvoir fédéral dans la conduite des affaires judiciaires d'un Etat,<sup>1463</sup> la Cour Suprême a donné une interprétation fort restrictive des trois exceptions prévues par cette législation, ne laissant subsister que peu de place pour l'injonction.<sup>1464</sup>

Dans la majorité des cas, le tribunal fédéral ne pourra dès lors avoir recours à l'interdiction de procéder pour mettre fin à la concurrence de procédures.<sup>1465</sup> Ce n'est que lorsque le demandeur apporte la preuve de circonstances particulières qui vont au-delà de la simple concurrence de procédures que l'injonction pourra éventuellement être accordée.<sup>1466</sup> La neutralisation quasi-absolue de l'injonction se conjugue à l'insistance de la Cour Suprême sur l'obligation des tribunaux d'exercer la compétence qui leur est accordée, pour faire de la coordination entre procédures concurrentes une mesure exceptionnelle. La Cour Suprême a en effet fait de la possibilité pour un tribunal fédéral de déférer à une procédure étatique concurrente une *exception*, la règle générale étant celle de l'exercice de la compétence et donc la conduite simultanée des procédures.<sup>1467</sup> Sauf

<sup>1461</sup> M. A. REDISH, "Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem", *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), 1350 : "[...] the traditional approach to the simultaneous conduct of parallel and overlapping state and federal civil litigation is that the two may readily 'coexist'".

<sup>1462</sup> Il s'agit du 28 U.S.C. § 2283, qui dispose que "a court of the United States may not grant an injunction to stay proceedings in a State court except as expressly authorized by Act of Congress, or where necessary in aid of its jurisdiction, or to protect or effectuate its judgments".

Sur cette législation, v. M. REDISH, "The Anti-Suit Injunction Statute Reconsidered", *U. Chicago L. Rev.*, 1977, 717-760 et D. P. WOOD, "Fine-Tuning Judicial Federalism : A Proposal for Reform of the Anti-Injunction Act", *B. Y. U. L. Rev.*, 1990, 289-320.

<sup>1463</sup> La Cour Suprême a observé que le but du législateur était "to forestall the inevitable friction between the state and federal courts that ensues from the injunction of state judicial proceedings by a federal court" : *Vendo Co v Lektro Vend. Corp.*, 433 U.S. 623, 630 (1977).

<sup>1464</sup> V. surtout *Vendo Co v Lektro Vend. Corp.*, 433 U.S. 623, spéc. pp. 641-642 (1977) et pour plus de détails, M. REDISH, *l.c.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1317), 1357-1360 ainsi que J.-P. GEORGES, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 875-897. Dans la jurisprudence inférieure, v. par ex. *Total Plan Serv, Inc v Texas Retailers Ass'n, Inc.*, 925 F.2d 142, 144 (5th Cir 1991) (la Cour note que "the prohibition (of the Anti Injunction Act) is not to be whittled away by judicial improvisation", et que la procédure devant le tribunal de l'Etat "should normally be allowed to continue unimpaired by intervention of the lower federal courts [...]". Enfin la Cour observe que "any doubts are to be resolved in favor of allowing the State court action to proceed").

<sup>1465</sup> Lorsqu'un tribunal possède une compétence *in rem*, il lui est toutefois loisible de chercher à la protéger au moyen d'une injonction, selon une jurisprudence constante depuis *Kline v Burke Construction Co.*, 260 U.S. 226 (1922). De même, il semble que les limitations imposées au pouvoir d'injonction des tribunaux fédéraux ne visent que les procédures concurrentes déjà pendantes, et ne s'appliquent pas lorsque l'injonction vise une procédure future, v. *Dombrowski v Pfister*, 380 U.S. 479 (1965).

<sup>1466</sup> En ce sens et pour plus de détails, M. A. REDISH, *l.c.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), 1357-1360 et 1359 ("[...] in the overwhelming majority of cases, a federal court is powerless to stop a parallel state litigation"); J.-P. GEORGES, *l.c.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 875 (qui explique que l'injonction "can be the most difficult remedy to obtain [...]"). En sens inverse, il semble qu'il soit encore plus difficile à un tribunal étatique de tenter d'interdire une action pendante devant un tribunal fédéral, v. *Dorow v City of Dallas*, 377 U.S. 408, 412 (1964) : Justice Black explique dans cette décision que "Early in the history of our country a general rule was established that state and federal courts would not interfere with or try to restrain each other's proceedings. That rule has continued substantially unchanged to this time". V. déjà *Southern Railway Co v Painter*, 314 U.S. 155 (1941) et pour plus de détails, J.-P. GEORGES, *l.c.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, 901-904.

<sup>1467</sup> *Colorado River Water Conservation District v United States*, 424 U.S. 800, 817 (1976). La Cour parle de "virtually unflagging obligation [...] to exercise the jurisdiction given [...]". Sur cette décision, *infra*, n° 571.

circonstances exceptionnelles,<sup>1468</sup> le tribunal fédéral ne pourra donc ‘renvoyer’ les parties devant la juridiction étatique.<sup>1469</sup> Les tribunaux ont d’ailleurs confirmé que le ‘*plea of abatement*’, une exception d’irrecevabilité tirée de l’existence d’une procédure antérieure, ne s’appliquait pas dans les relations entre tribunaux fédéraux et étatiques.<sup>1470</sup>

En somme la relative indifférence des tribunaux fédéraux pour la concurrence de procédures, indifférence qui n’est d’ailleurs pas absolue,<sup>1471</sup> se déduit de l’effet cumulé des restrictions posées par la Cour Suprême à l’utilisation des divers mécanismes de coordination.<sup>1472</sup> Considérées séparément, ces restrictions sont parfaitement justifiées au vu des impératifs du fédéralisme américain. Comme le note M. *Redish*, on peut regretter que la Cour Suprême n’ait pas considéré l’effet *cumulé* de sa jurisprudence, qui aboutit à laisser se poursuivre des procédures concurrentes, en repoussant toute solution au stade de la reconnaissance.<sup>1473</sup> Le moins que l’on puisse dire, c’est que la passivité des tribunaux fédéraux n’est dès lors pas tant un choix *positif* et *délibéré* pour la conduite parallèle de procédures concurrentes, qu’une tentative d’éviter les effets secondaires des mécanismes de coordination, jugés néfastes pour les relations fédérales. Il en va de même pour l’autre

---

V. déjà le dictum du juge Marshall en 1821 dans l’affaire *Coburn* : “It is most true that this court will not take jurisdiction if it should not; but it is equally true that it must take jurisdiction if it should [...]. With whatever doubts, with whatever difficulties, a case may be attended, we must decide it if it be brought to us. We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given” : *Coburn v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.), 264, 404 (1821).

<sup>1468</sup> Sur l’interprétation de cette condition, v. p. ex. *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1 (1983).

<sup>1469</sup> Pour plus de détails, S. T. KOENIG, “Federal Court Stays and Dismissals in Deference to Duplicate State Court Litigation”, *Ohio St. L. J.*, 1985, 435-456 et dans la littérature plus ancienne, “Stays of Federal Proceedings in Deference to Concurrently Pending State Court Suits”, *Columbia L. Rev.*, 1960, 684-710; “Power to Stay Federal Proceedings Pending Termination of Concurrent State Litigation”, *Yale L. J.*, 1950, 978-991; M. M. WILSON, “Federal Court Stays and Dismissals in Deference to Parallel State Courts Proceedings : The Impact of Colorado River”, *Univ. Chi. L. Rev.*, 1977, 641-680.

<sup>1470</sup> V. par exemple *Space Master Int’l. Inc. v. Porta-Kamp Manufacturing Corp. Inc.*, 794 S.W. 2d 944, 946 (C.A. Texas 1990) (“the mere pendency of an action in federal court involving the same parties and the same issues is not a reason for abating the subsequent State court proceedings”).

Comme l’explique une encyclopédie bien connue, “The federal and state courts that have concurrent jurisdiction over civil actions, generally may be considered as courts of separate jurisdictional sovereignties, and the pendency of a personal action in either state or a federal court generally does not entitle the defendant to abatement of a like action in the other” (1 Am. Jur. 2d, v° Abatement, Survival & Revival, § 18). Dans le même sens, *Standard Encyclopedia of Procedure*, v° Another Action Pending, vol. I, p. 1005; *Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème ed., vol. 9, 1993, v° Abatement and Revival, par C. M. Thompson, Rochester, Lawyers Cooperative Publishing, p. 63, n° 27-41.

<sup>1471</sup> La Cour Suprême semble par exemple se montrer plus souple et accepter plus facilement qu’un tribunal fédéral défère à une procédure concurrente devant un tribunal étatique lorsque la procédure fédérale ne vise qu’à obtenir un jugement *déclaratoire*, voyez p. ex. *Will v. Calvert Fire Insurance Co.*, 437 U.S. 655 (1978) et *Wilton v. Seven Falls Co.*, 515 U.S. 277 (1995). Par ailleurs certains Etats ont mis en place un système permettant le transfert d’une procédure dont a été saisi un de leurs tribunaux, à une juridiction fédérale, v. J.-P. GEORGES, *l.c.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 851-852 et p. ex. *Electronic Lab Supply Co. v. Cullen*, 782 F. Supp. 1016 (E.D. Pa. 1991), *aff’d*, 977 F. 2d 798 (3d Cir. 1992).

<sup>1472</sup> Notons que l’interprétation restrictive que fait la Cour Suprême de la possibilité pour un tribunal fédéral de s’abstenir, est loin d’être exempte de toute critique. P. ex. D. SONENSHEIN, “Abstention : The Crooked Course of Colorado River”, *Tulane L. Rev.*, 1985, 651-699 (offre sa propre solution pour un partage des rôles entre les tribunaux fédéraux et ceux établis par les Etats) et L. MULLENIX, “A Branch Too Far : Pruning the Abstention Doctrine”, *Georgetown L.J.*, 1986, 99-157 (qui plaide au contraire pour encore plus de restriction à la possibilité pour un tribunal de s’abstenir). V. aussi l’approche restrictive de J. C. REHNQUIST, « Taking Comity Seriously : How to Neutralize the Abstention Doctrine », *Stanford L. Rev.*, 1994, 1049-1114 et de B. FRIEDMAN, “A Revisionist Theory of Abstention”, *Michigan L. Rev.*, 1989, 530-602.

<sup>1473</sup> M. A. REDISH, *l.c.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, spéc. 1355-1360. M. *Redish* explique p. 1355 que “the [...] tolerance of such duplication flows not from any kind of conscious choice on the part of either judge or legislator. Rather, such tolerance represents the coincidental and collateral impact of two really distinct jurisdictional doctrines, one concerning the Anti Injunction Statute and the other concerning the scope of judge-made abstention”.

source d'inspiration des tribunaux américains, la concurrence de procédures devant les tribunaux d'États différents.

342. **Les relations entre tribunaux des états, deuxième source d'inspiration** - En règle générale en effet, ces procédures se poursuivront de façon parallèle, faute d'instrument permettant d'assurer leur coordination.<sup>1474</sup> Les tribunaux ont très tôt décidé que les dispositions constitutionnelles imposant le respect des jugements provenant d'autres États ne s'appliquaient pas aux procédures simplement pendantes.<sup>1475</sup> Il n'existe pas non plus de mécanisme permettant le transfert d'une procédure d'un État vers un autre.<sup>1476</sup> En outre, même si en théorie les tribunaux étatiques ont à leur disposition l'injonction *anti-suit* pour mettre fin à une procédure concurrente, on constate qu'en pratique le recours à ce mécanisme est exceptionnel – sans doute en raison de son efficacité limitée, ce type de décision ne jouissant pas du privilège de reconnaissance automatique garanti par la *Full Faith and Credit Clause*.<sup>1477</sup> Les tribunaux sont d'ailleurs unanimes à souligner la nécessité de respecter une certaine courtoisie fédérale, qui commande de n'exercer le pouvoir d'injonction qu'avec réserve.<sup>1478</sup>

Enfin la jurisprudence se montre hésitante à accorder la priorité au tribunal saisi d'une procédure concurrente, en soumettant les différentes formes de la déférence (*infra*, n° 570) à des conditions pour le moins restrictives. On peut tout d'abord observer que la saisine d'un tribunal d'un État ne constitue pas en tant que telle un obstacle à la saisine d'un tribunal situé dans un autre État. Le droit fédéral n'impose aucune règle de priorité en la matière, chaque État est libre de prévoir ce que bon lui semble.<sup>1479</sup> Très tôt les

<sup>1474</sup> En général, G. T. CONWAY, "The Consolidation of Multistate Litigation in State Courts", *Yale L. J.*, 1987, (1099), 1103-1104.

<sup>1475</sup> V. récemment *Texas Employers' Ins. Ass'n v Jackson*, 820 F.2d 1406, 1421 (5<sup>th</sup> Cir 1987). Sur l'historique et les buts assignés par les pères fondateurs américains à la clause de *Full Faith and Credit*, v. C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*, Paris, Economica, 1987, 104-121.

<sup>1476</sup> Une proposition en ce sens de la *National Association of Commissioners on Uniform State Laws* n'a pas rencontré le succès escompté, v. le *Transfer of Litigation Act, Uniform Transfer of Litigation*, § 104, 14 Uniform Law Association 194 (Suppl. 1999) et l'étude de T. D. ROWE, "Jurisdiction and Transfer Proposals for Complex Litigation", *Rev Litigation*, 1991, 325-358.

<sup>1477</sup> *Supra*. V. J. P. GEORGES, *l.c.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 840-849 et G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia Trans.*, 1990, 595-597. V. toutefois *Hoozer Realty Co v American Institute of Marketing Systems, Inc.*, 179 N.W. 2d 683 (Mich. Ct. App. 1970) (un tribunal du Michigan interdit la poursuite d'une procédure au Missouri); *Williams v Payne*, 94 P. 2d 341 (Kans. 1939) (Cour Suprême du Kansas approuve une injonction anti-suit décernée contre une action au Missouri).

<sup>1478</sup> P. ex. *Christensen v Integrity Insurance Co.*, 719 S.W. 2d 161, 163 (Tex. 1986) (la Cour Suprême du Texas casse une injonction visant une procédure pendante en Californie. Les juges notent que "No question exists that Texas courts are empowered to issue injunctions to prevent parties from going forward with litigation in a sister state. The principle of comity, however, requires, that court exercise this equitable power sparingly, and only in very special circumstances"). V. également *Golden Rule Insurance Co v Harper*, 925 S.W. 2d 649 (Tex. 1996).

<sup>1479</sup> On a fait remarquer que la clause constitutionnelle du *full faith and credit* aurait pu être interprétée comme imposant aux États le respect non seulement d'une procédure achevée mais également d'une procédure pendante (en ce sens, S. B. BURBANK, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 209, qui explique que "The capacious language of the Full Faith and Credit Clause of the Constitution could have been used to fashion a federal law of lis pendens for actions brought within the United States [...]". Cette clause évoque en effet le 'judicial proceedings' d'un autre État, et non la décision déjà rendue (p. ex. le juge Jackson in *Barber v Barber*, 323 U.S. 77, 65 S. Ct. 137, 89 L. Ed. 82 (1944), qui note que la clause aurait pu s'appliquer aux procédures pendantes) Très vite cependant les tribunaux ont décidé que cette clause ne s'appliquait qu'aux décisions finies. V. P. HAY, "On Comity, Reciprocity and Public Policy in the U.S. and German Judgments Recognition Practice", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siebr.*, J. BASEDOW et al. (éds.), The Hague, T.M.C. Asser Press, 2000, (237), 248-249, note 70 ("While the Full Faith and Credit Clause does refer to 'judicial proceedings' and not to (final) judgments, as Justice Jackson noted in his concurrence in *Barber v. Baber* [...], only final judgments are generally deemed to be covered by the constitutional command"). M. Burbank plaide pour en revenir à une interprétation littérale de la clause, qui devrait dès lors se lire comme contenant une règle de priorité en faveur du tribunal premier saisi : « It is time to implement the Full Faith and Credit Clause, the grants of

tribunaux ont décidé qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir une exception d'irrecevabilité déduite de la saisine antérieure d'un tribunal d'un autre Etat. Au départ, cela se traduisait pas un refus de conférer une portée extra-territoriale au '*plea of abatement*', une exception d'irrecevabilité, qui permettait notamment à une partie de s'opposer à l'introduction d'une procédure portant sur un litige déjà soumis à un juge du même Etat.<sup>1480</sup> Ce '*plea*', qui conférait au juge second saisi une certaine marge d'appréciation,<sup>1481</sup> ne pouvait selon la jurisprudence être invoqué que dès lors que les deux tribunaux concernés dépendaient du même souverain.

S'inspirant d'une vieille jurisprudence anglaise, un tribunal de New York a ainsi rejeté en 1812 une exception d'irrecevabilité déduite de l'existence d'une procédure concurrente engagée devant les tribunaux du Massachusetts.<sup>1482</sup> Selon la Cour, "l'existence d'une procédure devant un tribunal étranger, engagée par le même demandeur contre le même défendeur, portant sur le même litige, ne constitue pas un obstacle à l'institution d'une nouvelle procédure devant nous".<sup>1483</sup> Cette première décision fera date. Tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle et jusqu'à aujourd'hui, les tribunaux répéteront que l'*abatement* n'a vocation à être invoqué qu'à l'intérieur des frontières d'un souverain, et non pas lorsque deux Etats sont saisis simultanément.<sup>1484</sup>

---

judicial power in Article III [...] with legislation that provides federal lis pendens standards, binding in state and federal courts alike [...]. The standard should not usually permit parallel litigation and they should make it impossible ever again to suggest that normative thinking about American law supports such litigation generally » (*l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 229-230).

<sup>1480</sup> Selon Black's Law Dictionary, 'abatement of action' signifie "an entire overthrow or destruction of the suit, so that it is quashed and ended". Le *plea* pouvait être invoqué par exemple lorsqu'une des parties décédait en cours d'instance, lorsqu'une demande était formulée prématurément ou encore pour alléguer le défaut de compétence *in personam* du tribunal. Sur le *plea of abatement* en général, v. notamment W. J. HABSCHEID, "Bemerkungen zur Rechtshängigkeitsproblematik im Verhältnis der BRD und der Schweiz einerseits und den USA andererseits", in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, H. BERNSTEIN et al. (eds.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, (109), 118-123 ainsi que N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 119-120.

<sup>1481</sup> V. par exemple ce qu'en dit une encyclopédie bien connue du droit américain : "A second action based on the same cause will generally be abated where there is a prior action pending in a court of competent jurisdiction within the same state or jurisdictional territory, between the same parties, involving the same or substantially the same subject matter and cause of action and in which prior action the rights of parties may be determined and adjudged" : 1 *Am Jur.* 2d, v° Abatement, Survival and Revival, § 5. V. également *Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème éd., vol. 9, 1993, v° Abatement and Revival, 57, nos. 27-38 et les affaires *Schroeder v Todd*, 249 Iowa 139, 86 N.W. 2d 101 et *Gorman v Gorman*, 92 App. Div. 2d 709, 460 N.Y.S. 2d 629.

Exceptionnellement le dessaisissement peut s'opérer au profit du tribunal second saisi, par exemple lorsque celui-ci possède une compétence plus étendue, voyez 1 *Am Jur.* 2d, v° Abatement, Survival and Revival, no. 7.

<sup>1482</sup> *Bowne & Seymons v Joy*, 9 Johns. 221 (N.Y. 1812), le juge cite à l'appui de sa décision l'arrêt *Maule v Murray*, 101 Eng. Rep. 1081 (K.B. 1798).

<sup>1483</sup> "The pendency of a suit in a foreign court, by the same plaintiff against the same defendant, for the same cause of action, is no stay or bar to a new suit instituted here" : 9 Johns. 221 (N.Y. 1812).

<sup>1484</sup> Dans la jurisprudence du siècle passé, v. p. ex. *Lindsay v Larned*, 17 Mass. 190 (1821); *Drake v Brandler*, 8 Tex. 351 (1852) et *Lynch v Hartford Fire Ins. Co.*, 17 F. (Federal Reporter) 627, 628 (D.N.H. 1883) (en l'espèce le juge Lowell décida que "The general rule is that a plea of lis alibi pendens is not good when the litigation is in a court of foreign jurisdiction", et le juge d'ajouter que "We may regret this, but it has been repeatedly so held". Il cite toutefois des décisions plus anciennes en sens contraire, notamment *Smith v Atlantic Mut. Fire Ins. Co.*, 22 N.H. 21 (1850), en précisant que cette jurisprudence n'a plus lieu d'être depuis que la Cour Suprême a décidé que "the courts of the states are to be considered as foreign to each other", 628). V. également *Mexican Cent. Ry. Co v Charman*, 24 S.W. 958 (Tex. Civ. App. 1894) (la Cour note que la règle qui limite la portée de l'*abatement* au territoire d'un Etat est "almost an unbroken rule in the courts of the American states").



L'indépendance des tribunaux étatiques s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui.<sup>1485</sup> Elle a été consacrée dans le *Restatement of Conflicts*, dont le § 86 reprend la règle traditionnelle selon laquelle la saisine d'un tribunal ne constitue pas un obstacle rédhibitoire à la saisine d'un tribunal d'un autre Etat.<sup>1486</sup> La jurisprudence récente confirme d'ailleurs la règle traditionnelle déniait à l'existence d'une procédure tout effet prohibitif à l'égard d'une autre.<sup>1487</sup>

**343. Nuances sur les conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire américain** - Il faut toutefois nuancer le constat de l'absence de coordination entre procédures concurrentes engagées dans des états différents. Comme on le verra plus loin, une jurisprudence majoritaire accepte qu'à défaut d'"abatement", un tribunal peut accorder un '*stay*' (sursis à statuer) en déférence à une procédure parallèle pendante dans un autre Etat (*infra*, n° 573). Il s'agit toutefois d'un mécanisme discrétionnaire, dont l'application est considérée comme une exception par rapport à l'interdiction d'appliquer l'"abatement". En outre, dans certaines situations spécifiques, la jurisprudence a toléré une exception au caractère purement territorial de l'"abatement", notamment lorsque la procédure locale intentée après la saisine du juge étranger ne visait qu'à obtenir un jugement déclaratoire.<sup>1488</sup>

En définitive, l'espace judiciaire américain se caractérise donc par une possibilité *limitée* de coordonner les procédures concurrentes. Seules les procédures mues entre deux

<sup>1485</sup> P. ex. *White Light Prods., Inc. v. On The Scene Prods., Inc.*, 660 N. Y. S. 2d 568, 570 (App. Div. NY 1997) (Cour casse une décision qui avait renoncé à statuer en déférence à une action antérieurement introduite en Californie) et également *Reliance Ins. Co. v. American Elec. Power Co.*, 637 N.Y.S. 2d 710 (App. Div. 1996); *Williamson v. Tucker*, 615 S.W.2d 881 (Tex. Civ. App. - Dallas 1981) et *Badgett v. Espana*, 476 S.W.2d 381 (Tex. Civ. App. - Fort Worth 1972). V. aussi *McClellan v. Carland*, 217 U.S. 268, 282 (1910).

<sup>1486</sup> § 86, 2<sup>nd</sup> Restatement : "A State may entertain an action even though an action on the same claim is pending in another State" et dans le même sens, § 619 : "A suit can be maintained on a cause of action although a suit on the same cause of action is pending in another State". Dans le droit moderne de la procédure, le 'plea of abatement' a fait place à la 'motion to dismiss'; en droit anglais, le plea of abatement subsiste uniquement pour déterminer les conséquences du décès ou de la faillite du demandeur sur son action, v. l'Order 15-7 des Rules of the Supreme Court, qui est dorénavant annexé au Schedule 1 des *Civil Procedure Rules*. Dans la jurisprudence, *Phillips v. Hornfray* (1883) 24 Ch.D. 439 (C.A.); *Bathynary v. Walford* (1887) 36 Ch. D. 269 (C.A.) et *James v. Morgan* [1909] 1 K.B. 564. V. également la définition du 'plea of abatement' donnée par J. BURKE, *Jovitt's Dictionary of English Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1977, 5 ("These, under the old system of pleadings, were pleas which, without either admitting or denying the existence of a cause of action, alleged some fact [...] which would preclude the plaintiff from recovering upon the writ as then framed").

<sup>1487</sup> P. ex. *Space Master Int'l, Inc. v. Porta-Kamp Manufacturing Comp., Inc.*, 794 S.W. 2d 944, 94 (C.A. Texas 1990) ("the mere pendency of an action in one state will not be grounds for abating a suit in another state between the same parties and involving the same subject matter"); *John H. Sauter v. Roberta R. Sauter*, 4 Conn. App. 581, 584; 495 A. 2d 1116 (CA Conn. 1985) (deux procédures de divorce dans deux états différents, la cour décide que "the rule that the pendency of a prior action between the same parties and to the same ends is grounds for dismissal has efficacy only where the actions are pending in the same jurisdiction. The pendency of an action in one state is not a grounds for abatement of a later action in another state"); *Brooks Erection Co. v. William R. Montgomery & Associates, Inc.*, 576 S.W. 2d 273, 275 (C.A. Kentucky 1979) (deux procédures dans deux états fédérés différents, cour décide que "the pendency of an action in the courts of one state or country is not a bar to the institution of another action between the same parties and for the same cause of action in a court of another state or country [...]") et *White Light Productions, Inc. v. On The Scene Productions, Inc.*, 660 N.Y.S. 2d. 568 (App. Div. 1997). Dans les commentaires, v. *Standard Encyclopedia of Civil Procedure*, vol. I, v° Another Action Pending, p. 1004 ("It is well established that the pendency of a prior action *in personam* for the same cause between the same parties in the court of another state furnishes no ground of abatement as the states are regarded as foreign to each other"); 1 *Am Jur.* 2d, v° Abatement, Survival and Revival, § 10.

<sup>1488</sup> Un '*declaratory judgment*', v. *Space Master Intl. Inc. v. Porta-Stamp Manufacturing Co.*, 794 S.W. 2d 944, 947 (Tex. App. Houston (1<sup>st</sup> District) 1990) et également *Foreman v. Smith*, 133 So. 2d 497 (Ala. 1961) et en général J.-P. GEORGE, l.c. *Baylor L. Rev.*, 1999, 825-826. V. également *Martin v. Robbins*, 628 So 2d 614 (Ala 1993). Font également exception à la règle les actions 'in rem' qui donnent lieu pour d'évidentes raisons à un 'dismissal', v. *Interfirst Bank Houston v. Quintana Petroleum Corp.*, 699 S.W.2d 864 (Tex. App. 1985).



tribunaux fédéraux font exception à cette règle – ce qui ne doit pas étonner, puisque dans cette hypothèse, les deux tribunaux dépendent du même souverain.<sup>1489</sup>

**344. Une filiation directe, dans l'esprit et la lettre** – Au vu de ces antécédents, on comprend pourquoi les tribunaux américains se sont tout naturellement raccrochés à un 'laissez faire, laissez aller' profondément ancré dans leur tradition, lorsque s'est posée la question de l'attitude à adopter face à une concurrence de procédures internationales. Quoi de plus naturel en effet que de laisser courir les deux procédures en s'abstenant de toute intervention ? La parenté de la '*parallel proceedings rule*' avec la pratique des conflits de procédures propres à l'espace judiciaire américain est incontestable. Il y a plus. C'est la formule même de l'arrêt *Laker* que la Cour d'Appel du district de Columbia a emprunté quasiment *verbatim* à une décision de la Cour Suprême portant sur un litige dont avaient été concurrentement saisi les tribunaux fédéraux et ceux d'un Etat. Dans cette affaire, tranchée en 1939, la Cour avait fait observer que "*where the judgment sought is strictly in personam, both the state court and the federal court, having concurrent jurisdiction, may proceed with the litigation at least until judgment is obtained in one of them, which may be set up as res judicata in the other*".<sup>1490</sup>

On retrouve à quelques mots près la formule de l'arrêt *Laker*. En l'occurrence, la compétence des tribunaux était *in rem*. Ce dictum fut répété mot pour mot par la Cour 30 ans plus tard dans l'affaire *Donovan v City of Dallas*.<sup>1491</sup> Il n'y a pas de doute possible : tant la lettre que l'esprit de la '*parallel proceedings rule*' trouvent leur origine dans la pratique des conflits inter-américains.

**345. L'exception de chose jugée, une solution adaptée au contexte américain** - La tolérance des procédures concurrentes se comprend parfaitement dans le cadre particulier des relations entre tribunaux américains. Comme on l'a vu, elle s'explique dans ce contexte particulier par les impératifs du fédéralisme, qui limitent fortement les possibilités d'intervention des tribunaux dans un sens ou dans l'autre. Que ce soit en réservant l'injonction aux situations les plus exceptionnelles (*supra*, n° 340) ou en réduisant les possibilités pour un tribunal de s'incliner devant un autre (*supra*, n° 341), à chaque fois il s'agit de préserver le délicat équilibre entre les différents niveaux de pouvoir judiciaire, dont l'indépendance et la souveraineté sont jalousement gardées. La tolérance des procédures concurrentes constitue dès lors une expression de la 'courtoisie' fédérale, qui vise à éviter toute intervention qui pourrait être perçue comme une intrusion.

<sup>1489</sup> De nombreuses possibilités de coordination existent à ce niveau, et notamment une règle accordant priorité au tribunal premier saisi. Le tribunal second saisi surseoit généralement à statuer, p. ex. *Kerotest Mfg Co v C-O-Two Fire Equip. Co.*, 342 U.S. 180 (1952) (abstention d'un tribunal fédéral en faveur d'un autre). V. également *Semmes Motor Inc v Ford Motor, Co.*, 429 F. 2d 1197, 1202 (2d Cir. 1970) ("we can see no reason why the end result should be different when the party seeking to preserve the primacy of the first court moves the second court to stay its hand rather than asking the first court to enjoin prosecution of the second case. Whatever the procedure, the first suit should have priority [...]"); *Nigro v Blumberg*, 373 F. Supp. 1206, 1209 (E.D. Penn. 1974) ("It is clear that federal courts may stay actions, pending another federal court's adjudication involving the same parties and issues"); *Mattel, Inc v Louis Marx & Co.*, 353 F.2d 421 (5th Cir. 1965).

Le tribunal premier saisi peut également interdire la poursuite de la seconde procédure, p. ex. *Crosley Corp. v Hazeltine Corp.*, 122 F.2d 925, 929 (3d Cir. 1941), *cert. den.* 315 U.S. 813 (1942) ("the federal district court which first obtains jurisdiction may preserve its jurisdiction by injunction"); *Triangle Conduit & Cable Co, Inc v National Electric Products Corp.*, 125 F. 2d 1008 (3d Cir. 1942), *cert. den.*, 316 U.S. 676 (1942) ("duty of the court first obtaining jurisdiction to enjoin the prosecution of the subsequent proceedings in the other court"); *Cresta Blanca Wine Co, Inc v Eastern Wine Corp.*, 143 F. 2d 1012 (2d Cir. 1944). En général, N. SCHULTE, *ac.*, 2001, 128 e.s.

<sup>1490</sup> *Princess Lida of Thurn and Taxis et al. v Thompson et al., Trustees*, 305 U.S. 456, 466, 59 S.Ct. 275, 180 (1939).

<sup>1491</sup> 377 U.S. 408, 412 (1964).

En pratique, la relative indifférence des tribunaux américains face aux procédures concurrentes ne prête pas à grande conséquence dans l'espace judiciaire américain. Le prescrit constitutionnel de libre circulation des jugements ('Full Faith and Credit Clause') garantit en effet que le conflit opposant les deux tribunaux prendra fin dès que l'un d'eux se prononce. Dès lors que des conditions minimales d'identité des procédures sont remplies, la doctrine de la '*res judicata*'<sup>1492</sup> ou une théorie apparentée,<sup>1493</sup> permet d'invoquer la décision d'un for dans l'autre et de mettre ainsi fin à la deuxième procédure. A l'intérieur du marché américain la reconnaissance des jugements, qu'ils émanent des tribunaux fédéraux ou étatiques, ne nécessite aucune procédure spécifique.<sup>1494</sup> De plus la Cour Suprême a toujours défendu une interprétation extensive de la clause du *Full Faith and Credit*, faisant de la libre circulation des jugements un impératif du fédéralisme.<sup>1495</sup>

Il est un autre élément qui a sans doute également contribué à pallier l'absence de mécanisme de coordination directe des procédures concurrentes. Comme le note M. Burbank, la confiance placée dans l'exception de chose jugée se comprend dans la mesure où pendant longtemps les règles de compétence ne laissaient que peu de place pour les procédures concurrentes.<sup>1496</sup> Il a fallu attendre l'arrêt *International Shoe* en 1945 pour que la Cour Suprême se débarrasse de la vision strictement territoriale de la compétence judiciaire, qui empêchait les plaideurs de s'adonner librement aux joies du 'tourisme judiciaire' (*supra*, n° 51). Comme l'explique M. Nyts dans une synthèse inspirée de l'histoire de la compétence juridictionnelle aux Etats-Unis,<sup>1497</sup> jusqu'à cette décision, "les limites territoriales strictes imposées par la décision *Pennoyer v Neff* ne permettaient pas le développement de règles de compétence étatiques visant des personnes situées en dehors du territoire du for".<sup>1498</sup>

A cette relative rigidité des règles de compétence se conjuguaient une très forte *homogénéité juridique* entre les Etats. La culture juridique commune enlevait au 'forum shopping' une grande partie de sa signification. Ce n'est qu'après la 'révolution' d'*International Shoe* que s'est créé un véritable "marché de la procédure".<sup>1499</sup> Ce n'est sans doute pas un hasard si la consécration par la Cour Suprême de la doctrine du *forum non conveniens*, instrument par excellence de correction du *forum shopping*, ait suivi de peu l'assouplissement des règles de compétence.

**346. Les limites de la solution américaine : le contentieux international** – Ces quelques éléments permettent de mieux comprendre l'étonnante tolérance des tribunaux américains pour les procédures concurrentes. Sans doute les impératifs du fédéralisme

<sup>1492</sup> Dont l'appellation moderne est celle de 'claim preclusion', v. *Restatement (Second) of Judgments*, § 17-23.

<sup>1493</sup> A côté de la chose jugée proprement dite, le droit américain connaît également la doctrine de l'*issue preclusion*, ou du 'collateral estoppel'. V. le *Restatement (Second) of Judgments*, § 27 à 29 et la présentation qui est faite de la théorie (très large) de la *res judicata* en droit américain par C. KESSEDJIAN, *op. cit.*, Paris, Economica, 1987, 333-345.

<sup>1494</sup> P. ex. E. SCOLES, P. HAY, P. BORCHERS, S. SYMEONIDES, 2000, 1160-1163. Pour les jugements étrangers, v. C. KESSEDJIAN, *op. cit.*, 1987, 377-388.

<sup>1495</sup> Ce que MM. *Scoles et Hay* appellent la "policy of preclusion" : E. SCOLES, P. HAY, P. BORCHERS, S. SYMEONIDES, 2000, 1140 e.s.

<sup>1496</sup> S. B. BURBANCK, *loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 208.

<sup>1497</sup> L'*exception de forum non conveniens*... , 42-55, n° 32 e.s.

<sup>1498</sup> N° 33, p. 43 et les nuances apportées dans les paragraphes suivant.

<sup>1499</sup> Selon l'expression de S. B. BURBANCK, *loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 210, qui évoque le "market for litigation" : cet auteur explique que "the absence of a federal lis pendens obligation and the incentives created by a system of full faith and credit to domestic interjurisdictional judgments did not become seriously inconvenient until the needs of the society prompted changes in the federal law constraining state jurisdictional freedom".

suffisent-ils à justifier aux yeux des tribunaux l'inévitable gaspillage qu'entraîne cette tolérance.<sup>1500</sup> Si le recours à l'exception de chose jugée donne satisfaction au sein de l'espace judiciaire américain, cette solution n'en est pas pour autant susceptible de généralisation dans le contentieux international privé. On aperçoit en effet aisément qu'une transposition pure et simple de la tolérance des conflits de procédures au contentieux international soulève d'importantes difficultés. Le contexte est en effet singulièrement différent. Il n'existe pas (encore) d'équivalent au niveau mondial à la *Full Faith and Credit Clause*, ce qui laisse intact le problème des décisions contradictoires. Il suffit d'évoquer le statut des jugements étrangers en droit américain : exclus du bénéfice de la clause de reconnaissance automatique, ils sont soumis à un régime plus strict, même si en définitive relativement libéral. De même les considérations liées au fédéralisme judiciaire perdent toute leur importance dès lors que le conflit met en jeu un for véritablement étranger. Bref, le maintien de la '*parallel proceedings rule*' pour les espèces internationales nécessite une interrogation sur ses justifications propres. On va voir que de nombreux arguments plaident pour le rejet de cette solution.

<sup>1500</sup> D'aucuns considèrent toutefois que le prix à payer est trop important et nullement justifié par la nécessité de préserver la paix judiciaire. M. Redish s'est par exemple récemment élevé contre la tolérance des procédures concurrentes (*Notre Dame L. Rev.*, 2000, 1347-1376). Il dénonce la jurisprudence de la Cour Suprême qu'il qualifie de "myope" (p. 1348) et propose un modèle alternatif, qu'il qualifie de "zero tolerance model", fondé sur le principe que la concurrence de procédures doit être considérée comme "inacceptable" (p. 1361). Visant principalement les relations entre tribunaux fédéraux et étatiques, ce modèle obligerait le tribunal fédéral qui refuse d'interdire la procédure concurrente à surseoir à statuer et inversement (spéc. pp. 1361-1369). Le modèle proposé vise à exclure totalement la poursuite parallèle de deux procédures; M. Redish note que "under the terms of the zero tolerance model, a federal court would not have available the option of allowing parallel litigation; one or the other of the two cases would have to be terminated", p. 1369-1370.

V. également S.B. BURBANK, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 229 (M. Burbank est également for critique de la tolérance actuelle des procédures concurrentes entre les tribunaux américains. Il décrit cette situation comme une "example of the phenomenon of something that under current conceptions must be tolerated because of the perceived requirements of federalism being transmogrified into a normative good", 230, note 129. Il laisse ainsi entendre que la justification traditionnelle avancée pour la tolérance n'est pas convaincante. Il s'écarte toutefois de la solution proposée par M. Redish, notamment en suggérant de réduire autant que faire se peut le recours aux injonctions au sein de l'espace judiciaire américain. Le modèle qu'il envisage s'inspire fortement de la litispendance européenne, qu'il conçoit toutefois sur un mode moins strict, puisque la priorité dont jouirait le for premier saisi ne constituerait qu'une présomption réfragable.

## SECTION 2 L'EXCEPTION DE CHOSE JUGÉE, UNE SOLUTION A REJETTER

347. **Généralités** - La passivité qui va de pair avec le rôle dévolu à l'exception de chose jugée dans la résolution des conflits de procédures n'emporte pas l'adhésion. L'attitude du 'laisser faire, laisser aller' va en effet directement à l'encontre du constat de 'nocivité' des conflits de procédures qui fonde cette étude. Les objections à ce modèle de solution rejoignent dès lors en grande partie les arguments déjà exposés pour justifier le point de départ de notre réflexion (*supra*, n° 11e.s.). Il faudra cependant nuancer le jugement selon que l'indifférence au conflit de procédures constitue une solution *subsidaire* ou procède au contraire d'un choix *délibéré*.

Les juridictions qui ont adopté la 'parallel proceedings rule' la justifient entre autre par le souci de laisser entière liberté au juge étranger de mener sa barque comme bon lui semble (*supra*, n° 334). Elles font également observer que l'attitude passive que cette règle dicte n'aboutit au fond qu'à *retarder* l'issue du conflit et que l'exception de chose jugée permettrait d'éviter le désastre judiciaire de décisions contradictoires. Dès lors qu'une des procédures donne lieu à un jugement, celui-ci pourrait en effet être invoqué dans l'autre for au titre de l'exception de chose jugée et mettre ainsi fin à la seconde procédure. Ce scénario optimiste ne correspond cependant pas nécessairement à la réalité des conflits de procédures. Rien ne garantit en effet que le premier jugement pourra valablement prétendre à la chose jugée dans l'autre juridiction et mettre ainsi fin au conflit de procédures (III). De plus, ce raisonnement fait abstraction des autres inconvénients liés aux procédures parallèles : à côté du risque de décisions contradictoires, les conflits de procédure conduisent également à un regrettable gaspillage de ressources.<sup>1501</sup> En outre, loin de constituer une solution aux procédures concurrentes, la position d'attente encourage au contraire les parties à multiplier les procédures (II). Enfin, puisqu'une des procédures est susceptible de l'emporter sur l'autre, on peut craindre que les parties ne mettent tout en oeuvre pour que la procédure qui a leur faveur ne l'emporte (I). Ces critiques seront examinées successivement.

### I. Le problème de la course au jugement

348. On l'a déjà dit, miser sur les règles de reconnaissance pour vider le conflit en retarde d'autant la solution. La contradiction entre les deux procédures ne pourra se résorber que lorsque l'un des tribunaux se prononce sur le fond du litige. Sa décision pourra alors être invoquée devant l'autre juge pour vider le litige, au titre de l'exception de chose jugée, d'*estoppel* ou de tout autre mécanisme similaire.

<sup>1501</sup> Comme l'on constaté de nombreux commentateurs, p. ex. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 486-487 ("It is submitted that the U.S. solution of allowing two parallel proceedings to continue until a final decision is reached in one court, [...] is an extremely costly and wasteful solution"). M. HAU parle à cet égard de "unökonomische Aufwand" (W. HAU, 224); J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction*, 41 ("[the use of the doctrine of res judicata] does nothing to stop the expense and inconvenience to the parties of parallel proceedings in the period leading up to the grant of the judgment necessary for res judicata"). Nous ne reviendrons plus sur cette question, qui a déjà été abordée dans l'introduction de cette étude, *supra*, n° 16.

En faisant du premier jugement l'instrument de résolution du conflit, on risque cependant d'inciter les parties à une véritable *course au jugement*.<sup>1502</sup> Celles-ci pourront être tentées de faire avancer la procédure dont elles espèrent obtenir satisfaction et inversement de retarder l'issue de l'autre procédure. C'est sans doute la deuxième tactique qui est la plus répandue – il est sans doute plus facile pour une partie de retarder l'issue d'un litige que d'en précipiter la fin. La porte est ainsi grande ouverte à l'imagination, voire à la mauvaise foi des plaideurs. On ne s'étonnera pas que les tribunaux américains aient depuis longtemps dénoncé le risque de manipulation inhérent à la passivité, dont on a expliqué l'importance dans la résolution des conflits qui opposent ces tribunaux (*supra*, n° 333 e.s.). Dans une espèce qui mettait aux prises deux tribunaux d'états différents à propos de la séparation d'un même couple, la Cour d'Appel du Connecticut a ainsi souligné le risque de voir les parties s'efforcer d'accélérer la procédure dont ils espèrent le plus, pour justifier un sursis à statuer qui n'avait rien d'obligatoire.<sup>1503</sup>

Récemment la Cour d'Appel de la province de la Colombie Britannique a également eu l'occasion de dénoncer le risque que fait peser l'indifférence sur la sérénité indispensable à la justice. En l'espèce, une entreprise canadienne, Westec, avait accordé une licence d'exploitation d'un programme informatique à une entreprise établie au Kansas, Raytheon. Westec soupçonnait son cocontractant d'avoir conservé une copie du programme à l'expiration de la licence. Alors que l'entreprise canadienne avait à plusieurs reprises tenté d'engager des négociations, Raytheon saisit les tribunaux du Kansas d'une demande visant à obtenir un jugement l'exonérant de toute responsabilité. Westec chercha à porter la bataille devant les tribunaux canadiens. Ceux-ci accueillirent toutefois l'exception de *forum non conveniens* invoquée par le défendeur, balayant les objections de Westec qui se plaignait du manque de neutralité des tribunaux du Kansas.<sup>1504</sup>

Dans son évaluation du caractère approprié des fors en présence, la Cour a été sensible au danger de course au jugement auquel conduirait un éventuel refus du sursis. Elle évoque ce danger de la manière suivante :

“Une règle qui tolérerait les procédures concurrentes permettrait d'éviter la course au for, mais à sa place apparaîtrait une course au jugement tout aussi néfaste. S'il n'est mis fin à aucune des procédures, c'est la partie qui obtient en premier un jugement en sa faveur qui possède l'avantage, parce qu'en règle générale l'autre tribunal accordera un certain crédit à cette décision. Laisser les deux procédures se poursuivre encouragerait les parties à tenter

<sup>1502</sup> Danger dénoncé par de nombreux commentateurs, p. ex. W. HAU, 65 (“Er fördere ein ‘race to judgment’ et plus loin la règle de l'indifférence führt [...] zu einem höchst unerwünschten race to judgment”); C. KESSEDIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, 85, n° 149; A. BURCKHARDT, *Internationale Rechtshängigkeit und Verfahrensstruktur bei Eheauflösungen*, Thèse Heidelberg, s.n., s.l., 1997, 45. Comme l'écrit M. Herzog, “if the rendering of a judgment in one place affects the enforceability of a later judgment, each party will attempt to expedite the litigation pending in the forum most favorable to it, and to stall the litigation pending in the forum most favorable to its opponent” (P. HERZOG, “Brussels and Lugano. Should You Race to the Courthouse or Race for a Judgment?”, *Am J. Comp. L.*, 1995, 379).

<sup>1503</sup> *Sauter v Sauter*, 4 Conn. App. 581, 584, 495 A.2d 116 (CA Conn). La Cour a en l'espèce accordé un sursis, en observant que “It makes little sense, however, for two actions for the same relief to be litigated in parallel, with the plaintiff in each seeking to rush to judgment”.

Dans le même sens, *J. G. Nielsen v S. E. Nielsen*, 3 Conn. App. 679, 684, 491 A.2d 1112 (C.A. Conn. 1985) (alors que deux procédures de divorce sont pendantes devant deux juridictions d'états différents, le juge note que “it makes little sense for these two actions to be litigated in parallel, the plaintiff in each seeking to rush to judgment”). V. également E. CHEMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, Boston, Little Brown & Co., 1994, 759 (qui observe que l'indifférence “gives parties an incentive to attempt to manipulate the timing of the decisions”).

<sup>1504</sup> Sur le *forum non conveniens* au Canada, v. *infra* n° 565.

de faire progresser la procédure qu'elle a engagée, tout en retardant autant que faire se peut l'autre procédure en introduisant de multiples exceptions ou par le biais d'autres manoeuvres dilatoires. En d'autres termes, l'indifférence à la concurrence de procédures, si elle ne permet pas d'éviter entièrement le problème de la course au for, retarde simplement le problème à un stade ultérieur de la procédure".<sup>1505</sup>

**349. La course au jugement sur le vieux continent** - Les tribunaux de tradition civile, qui ne se sont que récemment ouverts à la coordination des procédures concurrentes (*infra*, n° 372), sont tout aussi familiers du phénomène de la course au jugement. Il suffit de se rappeler l'exemple évoqué antérieurement du divorce dont sont saisis les tribunaux belges et congolais (*supra*, n° 331). On peut s'attendre à ce que chaque époux fasse diligence pour obtenir avant son conjoint la dissolution du mariage du tribunal qu'il a saisi. Le choix d'une juridiction connue pour la rapidité de sa justice constitue le premier élément de cette stratégie.<sup>1506</sup> En matière de divorce, il suffira pour orienter son choix de comparer les délais obligatoires de conciliation souvent prévus par la législation. Certaines juridictions sont ainsi réputées pour la rapidité de leurs services.<sup>1507</sup>

Au sein de l'espace judiciaire européen, la généralité et l'automatisme de l'exception de litispendance couperont en principe court à toute course au jugement. La 'guillotine' mise en place par l'article 21 de cette Convention [article 27 du Règlement] ne laisse en effet que peu de place aux procédures concurrentes. On peut toutefois imaginer le scénario dans lequel le juge second saisi refuse de lâcher prise parce qu'il tire sa compétence d'une clause d'élection de for que le juge premier saisi a choisi d'ignorer pour une raison ou une autre.<sup>1508</sup> En l'absence de directive de la Cour de Justice quant aux relations entre la litispendance et l'autonomie de la volonté des parties, il n'est pas exclu que le juge second saisi refuse de donner suite à l'exception de litispendance – et adopte ainsi l'interprétation avancée par les tribunaux anglais, *supra* n° 173. Dans ce cas, des procédures concurrentes pourraient se poursuivre simultanément, ouvrant la voie à une course au jugement.<sup>1509</sup>

<sup>1505</sup> *Westec Aerospace Inc v Raytheon Aircraft Co*, 173 D.L.R. 4th 498, 514 (B.C. Ct. App. 1999) : "[A] rule which permitted parallel proceedings would avoid a 'race to file' but in its place would be an equally troubling 'race to judgment'. If neither action is stayed, the advantage goes to the first party to obtain judgment in its favor because the other jurisdiction would be expected to respect that judgment. Permitting parallel proceedings would encourage a litigation strategy in which each side would attempt to expedite its own action while prolonging in any way possible the other party's action through endless motions or other delaying tactics. In other words, allowing parallel proceedings to continue would not avoid entirely the problem of a 'race to the courthouse' but would simply push the problem back a stage in the proceedings". V. les commentaires de L. E. TEITZ sur cette affaire, "International Litigation. Parallel Proceedings and the Guiding Hand of Comity", *Int'l. Lawyer*, 2000, (545), 551-553.

En l'espèce, Westec préféra éviter les aléas d'une procédure devant un jury américain, et concéda le défaut : *Raytheon Aircraft Co v Westec Aerospace, Inc*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 18760 (D. Kan. 1999). V. également la dénonciation par Lord Brandon de la course au jugement, qu'il décrit comme « an ugly rush to get one action decided ahead of the other, in order to create a situation of res judicata or issue estoppel in the other » (*The A bidin Daver*, [1984] A.C. 398, 423 (H.L.) et l'expression utilisée par le juge Wilkey qui évoquait dans l'affaire *Laker* "an embarrassing race to judgment" (*Laker Airways v Sabena Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909, 929 (C.A.)).

<sup>1506</sup> Et l'inverse de cette autre stratégie procédurale qui consiste à sélectionner un for réputé lent pour paralyser toute résolution du litige, *cfr. infra*.

<sup>1507</sup> Pendant longtemps les tribunaux du Nevada ont eu la fâcheuse réputation d'être des véritables 'paradis du divorce' (v. p.ex. Cass., 4 octobre 1956 (*Closset*) *Arr. Cass.*, 1957, 55 et *Pas.*, 1957, I, 88. L'arrêt *Closset* est le prototype même d'une dualité de procédures, d'un côté les époux obtenant le divorce au Nevada, de l'autre l'épouse continuant une procédure en séparation de corps intentée en Belgique avant la procédure américaine). Il semble que les tribunaux haïtiens aient à une époque donnée joui de la même réputation, v. W. HIAU, 33.

<sup>1508</sup> Scénario à la base de l'affaire *Continental Bank* déjà évoquée, *supra*, n° 139.

<sup>1509</sup> A charge des parties de solliciter l'aide interprétative de la Cour de Justice, pour autant que celle-ci soit accessible, v. les restrictions apportées par le Traité d'Amsterdam au mécanisme de la question préjudicielle (art. 68 du Traité CE).

Celle-ci prendra fin avec la première décision au fond, qui est réputée vider le litige non seulement pour le juge qui la prononce, mais aussi, grâce au principe de la reconnaissance de plein droit, pour les juges des autres Etats membres. Il suffira alors à la partie qui a triomphé devant le juge de son choix de plaider la chose jugée.<sup>1510</sup>

**350. Un phénomène peu compatible avec une bonne administration de la justice** - Le scénario de la course au jugement n'est pas l'apanage d'une juridiction particulière.<sup>1511</sup> Il n'en échappe pas moins à la critique. Il n'est en effet pas besoin de montrer qu'une course au jugement peut être tout aussi néfaste qu'une course au for. C'est l'idée même de justice qui s'accommode mal d'une quelconque manipulation par les parties de la conduite d'une procédure. Sans doute la course au jugement tient-elle en partie de l'épouvantail. En pratique les tribunaux disposent en effet de nombreuses armes pour sanctionner les manoeuvres dilatoires les plus abusives.<sup>1512</sup> On peut comprendre en ce sens l'observation des tribunaux américains selon qui "*there is little, if any, evidence that courts sacrifice procedural or substantive justice in a 'race' to judgment*".<sup>1513</sup> On peut compter sur les tribunaux pour reconnaître et déjouer d'éventuelles manoeuvres dilatoires des plaideurs. En outre, les obligations déontologiques qui pèsent sur les conseils des parties peuvent contribuer à prévenir les abus les plus manifestes. Enfin il ne faut pas oublier les risques qu'entraîne la course au jugement : il est en effet difficile de prévoir si le litige dont on cherche à accélérer l'issue s'avérera ou non favorable à la cause qu'on représente. Au mieux la course est elle dès lors une forme de *pari*.

Il y a donc certainement une part de mythe dans le danger de la course au jugement. Il reste que la poursuite simultanée de procédures concurrentes fait peser un certain risque sur la sérénité des débats judiciaires, en n'excluant pas la possibilité de provoquer une course entre parties. Ce danger contribue en tant que tel à disqualifier la 'parallel proceedings rule'. On va voir qu'à la course au jugement se conjuguent d'autres effets indésirables.

<sup>1510</sup> Sous réserve d'un éventuel refus de reconnaissance. Dans l'exemple évoqué, la violation de la clause d'élection de for ne pourra pas mettre un terme aux ambitions extra-territoriales de la décision du juge premier saisi, la méconnaissance de l'article 17 [article 22 du Règlement] ne constituant pas un obstacle à la libre circulation dans l'espace judiciaire européen.

<sup>1511</sup> M. Herzog fait observer que, sous l'empire des Conventions de Bruxelles et de Lugano, la course au jugement cédera bien souvent la place à une course à l'exécution du jugement (*l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1994, 394-397), puisque la Convention n'accorde aucune priorité automatique au jugement premier rendu. L'article 27-3 n'exige pas en effet que le jugement du for ait été rendu en premier pour bloquer la reconnaissance d'un jugement 'inconciliable'. Au jugement premier rendu s'attache toutefois une valeur incontestable, puisque la chose jugée peut être invoquée pour paralyser l'autre procédure. Le scénario envisagé par M. Herzog suppose dès lors qu'une fois le premier jugement rendu, la partie qui en bénéficie, reste coite et ne l'invoque pas...

<sup>1512</sup> Le droit comparé révèle ainsi ces dernières années une tendance lourde en matière de procédure judiciaire, qui voit s'accroître le rôle du juge et sa maîtrise sur le déroulement de la procédure, v. par exemple la récente réforme du droit anglais de la procédure, sur laquelle N. ANDREWS, "A New Civil Procedural Code for England: Party-Control 'Going, Going, Gone'", *Civil Justice Quarterly*, 2000, 19 e.s.; P. SOBICH, "Die Civil Procedure Rules 1999 – Zivilprozessrecht in England", *J.Z.*, 1999, 775-780, ainsi que le nouveau droit néerlandais de la procédure civile, qui fait une plus large place au rôle actif du juge, dans le but de prévenir les retards et délais, p. ex. W. D. H. ASSER et J. B. M. VRANKEN, "Verantwoordelijk procederen", *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht* 1999, Boom Juridische Uitgevers; R. J. B. BOONEKAMP et C. J. J. VAN MAANEN, "Het procesmodel van het ontwerp", *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2000, 1-5; H. M. TEN HAAFT, "De actieve rolrechter en de lijdelijke advocaat", *T.C.R.*, 2001, 8-10 et les considérations de H. W. WIERSMA, "Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht. De hercodificatie van wetsvoorstel 26 855 c.a. per 1 januari 2002", *N.J.B.*, 2002, 6 e.s.

<sup>1513</sup> *Laker Airways*, précitée, 731 F.2d 909, 929 (D.C. Cir. 1984). Dans le même sens, *Mutual Service Casualty Insurance Co. v. Frit Industries, Inc.*, 805 F. Supp. 919, 922 (M.D. Alab. 1992).

## II. Le danger du 'tourisme judiciaire'

351. Un encouragement à multiplier les procédures - L'indifférence à la concurrence de procédures n'est pas non plus sans encourager une certaine forme de *forum shopping* dans le chef des justiciables : puisqu'une procédure peut être intentée alors même qu'un tribunal a déjà été saisi, une partie peut saisir sans entrave un second tribunal, par exemple lorsqu'elle craint de ne pas obtenir satisfaction ou veut épuiser les ressources de son adversaire.<sup>1514</sup> Il est vrai que l'on ne peut reprocher aux justiciables de profiter des possibilités qui leur sont offertes du fait de la multiplication des chefs de compétence. On ne saurait toutefois établir une règle qui, en faisant fi de toute coordination immédiate, les encourage directement à comparer et multiplier les procédures.<sup>1515</sup>

Ce qui choque dans le libéralisme apparent de l'indifférence, ce n'est pas tant l'incitation au tourisme judiciaire que l'encouragement, au moins implicite, à multiplier les procédures. Quand un Etat retarde la solution du conflit au stade de la reconnaissance, il signale ainsi aux plaideurs que les portes de ses tribunaux restent ouvertes même en cas de saisine antérieure d'un for étranger. En ce sens, l'indifférence, loin d'être une solution aux conflits de procédures, constitue sans nul doute une *incitation* à la multiplication de ces conflits.

On certes pourrait formuler le même reproche à chaque fois que, selon le droit d'un pays donné, l'existence d'une procédure concurrente ne constitue pas un empêchement absolu à la saisine des tribunaux. Mais ce serait exiger l'impossible. L'automatisme et le rejet de toutes les procédures concurrentes ne sont possibles que dans des contextes particuliers. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, on peut au moins exiger une volonté minimale de coordination qui ne laisse à l'indifférence qu'une place subsidiaire. Dans certains cas il faudra bien s'accommoder de l'existence d'une marge de tolérance des Etats. Autre chose cependant est de faire de cette tolérance la première règle de conduite d'un Etat dans le traitement des conflits de procédures. Accueillir tous les plaideurs, même ceux qui ont déjà frappé à la porte d'autres tribunaux ne fait que contribuer à l'apparition des conflits de procédures - le triste record des tribunaux américains qui sont impliqués dans un nombre plus qu'élevé de conflits, vient confirmer ce constat. En d'autres termes, l'indifférence ne peut être tolérée que comme solution *subsidiaire* ; elle ne peut devenir une solution privilégiée. C'est ce que confirme le troisième et dernier danger que fait naître la tolérance des procédures concurrentes.

## III. Risque de décisions contradictoires

352. Le péril des jugements contradictoires - La course au jugement et le gaspillage de ressources ne sont pas les seuls inconvénients du recours à l'exception de chose jugée comme mode de solution des conflits de procédures. Cette approche laisse également subsister la possibilité de voir apparaître des décisions contradictoires. Nous avons déjà

<sup>1514</sup> Risque dénoncé par L. E. TEITZ, *loc. cit.*, *Int'l. Lawyer*, 1992, 29 (qui parle de "a forum shopper's delight") et C. ONG, *op. cit.* 1997, 486, note 49 ("It is submitted that this is a bad encouragement on the part of the court to parties to forum shop and obtain conflicting judgments").

<sup>1515</sup> M. HAU semble d'autant plus hostile à l'indifférence lorsque c'est la même partie qui est à l'origine des deux procédures (W. HAU, 225). Il note que dans ce cas, le demandeur vise bien souvent à épuiser les ressources de l'adversaire et à le forcer à négocier. Il est toutefois difficile de présumer de telles intentions. Il se peut que le demandeur hésite tout simplement sur ses chances de succès.



eu l'occasion d'expliquer le danger de la contrariété de décisions, tout en nuancant l'impératif 'idéalist' de l'harmonie des décisions – *supra*, n° 15 e.s. Comme il a été précisé à cette occasion, le véritable problème de la contrariété de décisions n'est pas le risque de collision directe entre deux jugements, mais bien l'*incertitude juridique* qu'entraîne la coexistence de jugements contradictoires.<sup>1516</sup>

Bien sûr, lorsqu'un tribunal choisit d'ignorer l'existence d'une procédure concurrente dont un for étranger est saisi, le conflit ne débouchera pas nécessairement sur des décisions contradictoires. Tout dépendra de la réaction du for concurrent. Celui-ci peut en déférer au tribunal concurrent, auquel cas le conflit sera résorbé. Ce n'est que lorsque les deux tribunaux partagent la même attitude *passive* face au conflit de procédures qu'il y a lieu de craindre que celui-ci ne débouche sur un conflit de décisions. Prenons l'exemple d'un tribunal suisse saisi par une partie alors que son adversaire a déjà porté la même affaire à la connaissance des tribunaux américains. Si ceux-ci refusent de donner suite à une exception de for non approprié soulevée par le défendeur, tout en rejetant, au nom de la courtoisie internationale, une demande d'injonction visant à mettre fin à la procédure suisse, les procédures ne se poursuivront que si le tribunal suisse rejette à son tour l'exception de litispendance internationale que le défendeur ne manquera pas d'invoquer.<sup>1517</sup>

Tout est donc affaire de circonstances. Il faudra dans chaque espèce examiner comment se combinent les décisions des deux tribunaux. S'agissant de dégager une solution susceptible d'être appliquée de façon générale, on conviendra toutefois aisément que la position d'attente à laquelle conduit le recours à l'exception de chose jugée n'est pas propice à un règlement rapide du conflit.

**353. L'exception de chose jugée comme solution** – Certes, la contrariété de décisions n'est pas une fatalité. Comme l'a noté la Cour d'Appel dans l'affaire *Laker*, cette issue malheureuse du conflit peut être évitée à partir du moment où un des juges saisis se prononce et que sa décision est invoquée devant l'autre tribunal peut être évitée dès lors que l'on invoque, devant un tribunal, la décision de l'autre.<sup>1518</sup> Il ne faudrait donc pas se soucier outre mesure du danger de contradiction, l'exception de chose jugée ou d'autres mécanismes équivalents, permettant de résoudre le conflit avant que ne naissent des décisions contradictoires. La nuance est importante, les règles relatives à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers peuvent en effet offrir une aide précieuse pour éviter que le conflit de procédure ne se transforme en conflit de décisions malgré la passivité d'un des tribunaux.

<sup>1516</sup> On doit ajouter que l'inconciliabilité entre deux décisions doit s'apprécier *in concreto* au vu des circonstances de la cause. Il n'est pas exclu que lorsque deux juges se prononcent, le conflit de décisions puisse être évité et ce même si les décisions ne sont pas identiques. Ainsi une décision prononçant le divorce aux torts de l'un des époux n'entre pas directement en opposition avec une décision étrangère prononçant le divorce aux torts de l'autre : dans les deux cas, le juge a mis fin au lien conjugal. Si les conséquences qui sont déduites de cet état juridique sont différentes, il n'y a pas nécessairement opposition. En matière de secours alimentaire par exemple, on sait que les décisions ne sont rendues qu'en considération de faits précis. Une décision étrangère qui accorde une pension alimentaire différente de celle attribuée par le juge du for, pourrait ainsi en appeler à une modification des circonstances de l'espèce. Il n'y aurait pas alors contradiction entre les deux décisions, mais variation de la somme accordée en fonction des circonstances, v. sur cette question G. CUNIBERTI, note sous Cass. Fr., 24 novembre 1998, *R.C.D.I.P.*, 1999, (527), 530-531.

<sup>1517</sup> Art. 9 LFDIP, *infra*, n° 403.

<sup>1518</sup> *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909, 926-927 ( D.C. Cir. 1984): Selon la Cour, la passivité doit être la règle "[...] until a judgment is reached in one court which can be pled as res judicata in the other [...]".

Dans de nombreux cas, le conflit entre une décision et une procédure encore pendante pourra dès lors se résoudre. Ainsi on reconnaît en droit belge qu'une décision étrangère peut être invoquée pour fonder une exception de chose jugée alors même que la procédure du for est déjà en cours. L'exception peut être invoquée même lorsque la procédure belge avait été engagée antérieurement à la procédure étrangère et que le juge belge s'est en quelque sorte fait 'dépasser' en cours de procédure.<sup>1519</sup> Pour les questions d'état il ne sera même pas besoin de passer par la procédure d'exequatur pour obtenir la reconnaissance de la chose jugée à l'étranger. Une jurisprudence bien établie admet en effet que les décisions étrangères doivent être reconnues *de plein droit*.<sup>1520</sup> Le juge du fond, saisi d'un litige, peut dès lors se prononcer directement sur l'autorité de la décision étrangère, sans devoir attendre un quelconque *fiat* du juge de l'exequatur.<sup>1521</sup> Il en va de même en droit français, du moins pour les jugements constitutifs.<sup>1522</sup>

<sup>1519</sup> Sur l'absence en droit belge de motif de refus de reconnaissance tiré de la saisine antérieure du juge belge, v. I. COUWENBERG, note sous Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *E.J.*, 1998, 72 ; S. FRANCO et S. SAROLEA, "Le divorce international", *Reu Dr. Etrangers*, 1997, (731), 738 ; G. FIERNAUX, *Divorce et séparation de corps. Chronique de jurisprudence 1989-1999*, Bruxelles, Larcier, 2001, 91, n° 92.

Ainsi dans une affaire de divorce qui mettait aux prises deux époux croates, le tribunal de Liège a-t-il pu constater que, bien que premier saisi de la demande de divorce, il avait été pris de vitesse par un tribunal croate saisi entretemps, qui avait prononcé le divorce. Le tribunal ne put que constater que le jugement croate répondait aux conditions posées à sa reconnaissance et qu'il y avait dès lors lieu d'en tenir compte « même si on pouvait regretter que l'épouse n'ait dit mot au juge croate de la procédure introduite préalablement en Belgique » (Civ. Liège, 7 janvier 1999, *Divorce*, 1999, (46), 47). L'antériorité de la saisine du juge belge ne changeait rien à l'efficacité du jugement étranger selon le tribunal, qui constata que « de toute façon, il n'est pas certain que le juge croate se soit désisté en faveur du juge belge préalablement saisi de l'action de l'épouse, l'exception de litispendance sur le plan international n'étant pas accueillie majoritairement à défaut de convention ». V. toutefois l'article 25 (6) du projet de Code de droit international privé.

<sup>1520</sup> V. surtout les arrêts *De Pellaert* (Cass., 16 janv. 1953, *Arr. Cass.*, 1953, 304 et *Pas.*, 1953, I, 335) et *Defontaine* (Cass., 29 mars 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 763, *Pas.*, 1973, I, 725 et *R.W.*, 1973-74, 29). La Cour a confirmé sa jurisprudence en 1995 à l'occasion d'une affaire portant sur une répudiation, Cass., 11 déc. 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 1101 et *R.W.*, 1995-96, 1339. Le projet de Code de droit international privé fait de la reconnaissance de plein droit la règle générale, dont bénéficient en principe toutes les décisions (art. 22, § 1). Comme on l'a fait remarquer, l'expression reconnaissance de 'plein droit' est pour le moins ambiguë (C. KESSEDJIAN, *Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 9, juillet 1998, 26, § 53). Elle semble en effet suggérer qu'une décision étrangère pourra librement, sans aucun contrôle, déployer ses effets dans le for de la reconnaissance. Or telle n'est pas la portée de la règle dans les pays qui la connaissent. Accepter la reconnaissance de plano signifie simplement qu'il n'est pas besoin de faire constater l'autorité de chose jugée de la décision étrangère dans une procédure spécialement destinée à cet effet. Toute autorité du for peut procéder à une telle vérification, ce qui facilite grandement la perméabilité des ordres juridiques (V. les explications de P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments. The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 264-269. Le plus souvent, la vérification sera le fait d'un juge saisi d'une nouvelle demande au fond. C'est le scénario habituel des procédures concurrentes : la décision étrangère sera invoquée pour mettre fin à une procédure concurrente dont le for est saisi. Toute la question est alors de savoir si le juge du for peut, sur sa lancée, se pencher sur l'exception de chose jugée ou doit renvoyer les parties vers une procédure particulière.

<sup>1521</sup> Contrôle dit 'incident' de la décision étrangère.

Le cas échéant, le tribunal statuant en référé pourrait également se prononcer sur la reconnaissance *de plano* de la décision étrangère, par exemple lorsque le président du tribunal de première instance est saisi d'une demande de mesures provisoires dans le cadre d'une demande en divorce qui a également été soumise à un tribunal étranger. On ne peut ainsi accepter la décision du président du tribunal de Nivelles, qui a refusé de se prononcer sur la reconnaissance d'une décision de divorce prononcée en Angleterre, prétextant des compétences limitées du juge des référés, Civ. Nivelles (réf.), 17 février 1995, *R.T.D.F.*, 1996, 71. On ne peut se débarrasser ainsi d'une encombrante décision étrangère qui a pour objet de vider le litige de tout objet!

<sup>1522</sup> La Cour de Cassation a en effet décidé que "les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes", (Jurisprudence *Hainaud*, Cass. Req., 30 mars 1930, *S.*, 1930, 1, 377 et les obs. de NIBOYET; *J.D.I.*, 1930, 981; *R.C.D.I.P.*, 1931, 329, note NIBOYET; v. B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2000, 407-411). On parle alors ici aussi de contrôle 'incident', sur le contrôle par voie incidente en droit français, v. B. AUDIT, dans le même ouvrage, 415-416.

Le droit allemand réserve également un accueil chaleureux aux décisions étrangères : en principe, celles-ci peuvent être invoquées devant le juge allemand sans autre forme de procès.<sup>1523</sup> Les auteurs anglais n'évoquent guère la reconnaissance de plein droit ou la possibilité de faire reconnaître une décision étrangère de façon incidente.<sup>1524</sup> MM. *North* et *Fawcett* expliquent toutefois que les motifs de refus de reconnaissance prévus en droit commun peuvent être invoqués tant par le défendeur, lorsque l'action vise à obtenir la reconnaissance, que par le demandeur lorsque c'est son adversaire qui invoque une décision étrangère pour s'opposer à une demande au fond.<sup>1525</sup> On peut en déduire que, tout comme dans les pays déjà évoqués, l'exception de chose jugée déduite d'une décision étrangère peut être invoquée de façon *incidente* et ainsi permettre à la partie qui a triomphé à l'étranger de paralyser une nouvelle procédure anglaise.

**354. L'exception de chose jugée comme solution (suite)** - L'exception de chose jugée peut prévenir la contradiction de décisions en l'absence d'une mesure de coordination préventive. Le droit comparé apprend en effet que la plupart des pays acceptent de reconnaître une certaine mesure, fut-elle limitée, d'autorité de la chose jugée aux décisions étrangères.<sup>1526</sup> La suite réservée à la chose jugée étrangère ne pourra certes pas aller au-delà de ce qui faisait l'objet de la procédure étrangère, laissant parfois subsister un 'résidu' de la demande, sur lequel le juge du for devra se prononcer.<sup>1527</sup> Certes encore les limites de la chose jugée accordée aux jugements étrangers varient de pays à pays,<sup>1528</sup> de même que la forme et les conditions auxquelles le jeu de l'exception est

<sup>1523</sup> *Infra*, n° 706 sur l'historique de cette grande perméabilité du droit allemand. La règle s'accompagne toutefois de quelques nuances importantes, par exemple en ce qui concerne les jugements d'état (*infra*, n° 357). De plus le jugement étranger premier rendu ne pourra être invoqué que si le juge étranger était également premier saisi. On verra que dans le cas contraire, la reconnaissance sera refusée, *infra*, n° 358.

<sup>1524</sup> Il faut dire que les règles anglaises en matière de reconnaissance et d'exécution sont particulièrement complexes. A côté du régime de la common law et des Conventions de Bruxelles et de Lugano, coexistent également deux législations particulières fondées sur l'idée de réciprocité, v. l'aperçu synthétique que donne P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments. The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 24-25.

<sup>1525</sup> CHESHIRE et NORTH, 1999, 441, note 6 et les décisions citées. V. également BRIGGS et REES, 1997, 333, n° 7.29 : "Once the foreign court has given a judgment which is entitled to recognition under English law, no proceedings may be brought on the underlying cause of action : the foreign judgment itself now constitutes the sole basis of the claim in the English court". *Adde* la section 34 du 1982 Jurisdiction Act ainsi que *The Indian Grace* [1993] AC 410 et *The Indian Grace (No 2)* [1996] 2 Lloyd's Rep. 12.

<sup>1526</sup> Selon M. *Juenger* il est même "universel" (F. K. JUENGER, "The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters", *Am J. Comp. L.*, 1988, (1), 3). V. aussi la décision de la Cour Internationale de Justice citée par P. BARNETT, *ac*, 2001, 8, dans l'affaire *South West Africa Case (Rec, 1966, vol. 4, 240)* dans laquelle le juge Korotky évoque à propos de l'autorité de chose jugée « a clear example of a general principle of law recognised by civilised nations ».

<sup>1527</sup> Il se peut ainsi que le juge étranger ne se soit prononcé que sur la dissolution du lien conjugal, laissant entière la question des conséquences patrimoniales du divorce, p. ex. Mons, 30 novembre 1993, *R.R.D.*, 1995, 173 et Civ. Liège, 7 janvier 1999, *Div Aα*, 1999, 46 (dans cette affaire déjà évoquée, *supra*, n° 352, un tribunal belge saisi d'une demande de divorce s'était vu pris de vitesse par un tribunal croate concurremment saisi. Le tribunal belge s'inclina devant l'autorité de chose jugée de la décision croate prononçant la dissolution du lien matrimonial. Il constata toutefois qu'il restait saisi d'une autre question non encore résolue, à savoir celle de la sanction des torts respectifs des époux et de leur influence sur une éventuelle pension alimentaire. Cette décision montre également que la comparaison des objets des deux demandes n'est pas chose aisée, en l'espèce il subsistait des doutes sur la portée exacte de la décision croate. La mesure exacte de l'autorité de la chose jugée devient un véritable défi lorsque l'on se préoccupe aussi de la loi applicable à cette question, v. les réflexions de P. BARNETT, *ac*, 2001, 6-7, 38-39 et 250). V. aussi *infra*, n° 458 sur la question de l'identité des demandes.

<sup>1528</sup> On pense par exemple à la distinction qui est faite en droit américain entre la 'claim preclusion' et l'issue preclusion, (par exemple C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*, Paris, Economica, 1987, 333-345), distinction qui est inconnue de la tradition romane et qui, appliquée aux jugements étrangers, leur permet de recevoir une portée plus importante que celle qui leur serait reconnue en droit français ou belge. Le droit anglais distingue quant à lui pas moins de 4 exceptions distinctes qui peuvent

subordonnée. Malgré ces différences, l'exception de chose jugée se révèle être un instrument efficace pour mettre fin, même tardivement, aux conflits entre tribunaux. On constate ainsi qu'aux Etats-Unis, la prophétie de la Cour *Laker* se réalise souvent, le juge américain acceptant de mettre fin à la procédure dont il est saisi au vu de la décision étrangère.<sup>1529</sup>

**355. Limites de l'exception de la chose jugée** – L'exception de chose jugée peut Il demeure que si le conflit de décisions est évité, la prise en compte de la décision étrangère ne permet pas de rencontrer l'impératif d'économie de procédure (*supra*, n° 16). De plus, le jeu de l'exception de chose jugée n'est pas sans faille : il ne sera pas toujours possible d'oblitérer le risque de décisions contradictoires par le biais de la reconnaissance de la décision étrangère.<sup>1530</sup> Si on peut dès lors s'attendre à ce que dans un grand nombre de cas, l'exception permette d'éviter la contradiction de décisions, il n'en sera pas toujours ainsi.

La libéralisation progressive du régime des décisions étrangères n'a en effet pas fait sauter tous les obstacles à la libre circulation des décisions judiciaires.<sup>1531</sup> Rien ne permet dès lors d'affirmer qu'il suffira, le moment venu, d'invoquer l'autorité de la décision étrangère pour mettre un terme au conflit. Les motifs de refus de reconnaissance sont nombreux.<sup>1532</sup> Et nous verrons qu'il en est un qui peut poser un problème particulier pour les procédures concurrentes. Au-delà de l'existence de motifs de refus de reconnaissance, qui font peser une hypothèque sur les chances de succès de l'exception de chose jugée, il faut également évoquer le régime des jugements étrangers en général, pour apercevoir quelle peut être la faillite de l'exception de chose jugée. Comme le rappellent très justement deux auteurs suisse, la libre circulation des décisions de justice n'est en effet pas seulement fonction du nombre ou de l'importance des motifs de refus,

---

être invoquées pour donner effet à un jugement anglais ou étranger, v. P. BARNETT, *ac*, 2001, spéc. pp. 9-11 pour une présentation générale. Puisque les effets accordés aux décisions judiciaires, et en particulier l'étendue de la chose jugée, varient selon les droits nationaux, il importe de déterminer s'il appartient à l'Etat requis ou au contraire à l'Etat d'origine de se prononcer sur les effets des jugements, v. sur cette question C. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, 91-92, n° 169 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, in *Traité de droit international privé*, 1995-96 et de la même, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986. En général, W. J. Habscheid, « Quelques questions fondamentales concernant l'autorité de la chose jugée en droit comparé », in *Liber amicorum A. F. Schnitzer offert à l'occasion de son 90<sup>ème</sup> anniversaire*, Genève, Georg, 1979, 179-196 ainsi que F. RITTER, « Die Bestimmung der objektiven Rechtskraftsgrenzen in rechtsvergleichender Sicht », *Z.Z.P.*, 1974, 138-199.

<sup>1529</sup> P. ex. *Success Motivation Inst. of Japan, Ltd. v Success Motivation Inst.*, 966 F.2d 1007 (5<sup>th</sup> Cir. 1992) (procédures concurrentes au Japon et aux Etats-Unis, suite à la rupture d'un contrat de franchise, le tribunal texan met fin à la procédure américaine en reconnaissant le jugement japonais premier rendu); *Alfadda v Fern*, 966 F. Supp. 1317 (S.D.N.Y. 1997) (conflit opposant les tribunaux français et américains à propos d'un investissement dans une entreprise néerlandaise. Le tribunal américain met fin à la procédure dont il est saisi en acceptant l'autorité de chose jugée du jugement français); *Phillip USA, Inc v Allflex USA Inc*, 77 F.3d 354, 360 (10<sup>th</sup> Cir 1996) (tribunaux australiens et du Kansas, la Cour note que "the law does not favor a multiplicity of suits, and, where all the matters in controversy between parties may be fairly included in one action, the law requires that it should be done" et met fin à sa procédure); *Panama Processes v Citius Service Co.*, 796 P.2d 276 (Okla 1990) (Oklahoma et Brésil).

<sup>1530</sup> En ce sens, W. HAU, 65 (*M. HAU* reconnaît d'abord que la 'parallel proceedings rule' évite l'inconvénient majeur des procédures parallèles, à savoir les décisions contradictoires, mais admet ensuite qu'en pratique, le jugement étranger ne sera pas toujours reconnu et donc qu'on peut quand même aboutir à des décisions contradictoires).

<sup>1531</sup> MM. *Walter et Baumgartner* relèvent à juste titre que "there is a considerable number of states in which recognition is still very limited or where courts yield substantial power in deciding whether a foreign judgment that otherwise meets recognition requirements will be given any effect" : G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, "General Report", in *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 17.

<sup>1532</sup> Pour une étude d'ensemble, v. le rapport général de G. WALTER et S. BAUMGARTNER précité, pp. 1 e.s.

elle est également tributaire, pour une grande part, du statut procédural des jugements étrangers.<sup>1533</sup>

**356. Les limites de l'exception de chose jugée : le statut procédural des jugements étrangers** – On a vu que l'exception de chose jugée pouvait dans de nombreux cas apporter une solution à la question de la contradiction de décisions. Il en est particulièrement ainsi lorsque l'autorité du jugement étranger est reconnue sans autre forme de procès. La reconnaissance '*de plano*' permet alors au juge du for, saisi lui aussi du litige déjà tranché par le juge étranger, de prendre en compte 'en cours de route' la décision étrangère. La très grande perméabilité du for aux jugements étrangers donne alors à l'exception de chose jugée sa pleine efficacité comme mécanisme de résolution des conflits de procédure.<sup>1534</sup>

Dans d'autres matières et dans d'autres pays, le plaideur qui l'a emporté à l'étranger sera obligé de solliciter la 'nationalisation' de la décision étrangère au moyen de la procédure appropriée. La nécessité de recourir à une procédure intermédiaire diminue d'autant l'utilité de l'exception de chose jugée comme solution aux procédures concurrentes. Quelques exemples tirés du droit comparé illustreront cette influence du statut procédural des jugements étrangers sur l'efficacité de l'exception. Le premier est tiré de la délicate position des jugements patrimoniaux déclaratifs en droit français. Il règne sur le statut de ces jugements une grande incertitude, la jurisprudence n'ayant pas eu l'occasion d'en éclaircir tous les recoins.<sup>1535</sup>

On a souvent affirmé que tant qu'ils n'ont pas été examinés par le juge de l'exequatur, ces jugements ne peuvent être invoqués devant les tribunaux français pour fonder une exception de chose jugée.<sup>1536</sup> Il s'en suivrait qu'en cas de conflit entre une décision étrangère de cette nature et une procédure française, le créancier du jugement devrait d'abord obtenir l'exequatur du jugement avant de pouvoir en invoquer l'autorité pour mettre fin à la procédure française. Et l'on constate effectivement que certaines décisions ont déduit de l'existence en France d'une procédure au fond une cause de forclusion de la demande d'exequatur de la décision étrangère, jugée tardive.<sup>1537</sup> Si elle se confirme, cette jurisprudence serait proprement *désastreuse* pour la résolution des conflits de procédures : au plaideur qui invoque l'autorité d'un jugement étranger prononçant la nullité d'un contrat, le juge français saisi du fond du litige pourrait opposer l'absence de la formalité préalable que constitue l'exequatur. En outre, une éventuelle demande

<sup>1533</sup> G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, "General Report", précité, 2000, (1), 19 rappellent très justement que le traitement des jugements étrangers dépend non seulement des motifs de refus, mais également de l'interaction avec d'autres règles comme celles de procédure.

<sup>1534</sup> Un problème peut toutefois surgir lorsque selon les règles de procédure du for, le juge apprécie sa compétence et la recevabilité de l'action à la date de sa saisine. La partie qui a entre temps obtenu gain de cause du juge étranger, pourra-t-elle encore se prévaloir de la décision étrangère ? Il serait par trop formaliste de refuser de tenir compte de celle-ci pour la simple raison qu'elle a été rendue *après* la saisine du juge du for. En ce sens, S. FRANCOQ et S. SAROLEA, *l.c.*, *Reu Dr. Étrangers*, 1997-98, 738-739.

<sup>1535</sup> Il est symptomatique que la plupart des décisions habituellement citées par la doctrine pour expliquer ce statut remontent au 19<sup>ème</sup> siècle, v. par exemple H. MUIR WATT, *Juris Classeur Droit international*, Fasc. 584-6, n° 88-104, v. aussi l'aperçu de la jurisprudence que donne P. MAYER, 1998, 262-263, n° 399-401. On peut penser que les avancées fulgurantes du droit conventionnel, et en particulier l'intégration judiciaire européenne, ont enlevé une grande partie de son actualité à la question des effets en France de ces jugements, et dans le même temps rendu plus difficile, faute de 'matière première', le développement d'une jurisprudence moderne sur cette question.

<sup>1536</sup> V. les décisions citées par H. MUIR WATT, *l.c.*, n° 88, p. 21

<sup>1537</sup> V. surtout l'arrêt *Negrotto* de la Cour de Cassation du 10 mars 1914, *Reu Dr. Int. Privé*, 1914, 449 ; *D.*, 191, 1, 13, note Valéry ainsi que Cass., 5 avril 1960, *R.C.D.I.P.*, 1961, 389, note M. Weser ; *J.D.I.*, 1960, 1070, note Sialelli.

d'exequatur se verrait rejetée lorsqu'elle est engagée après la saisine au fond du juge français.<sup>1538</sup>

Il y a pire : on enseigne également, sur le pied d'une décision certes isolée de la Cour d'Appel de Lyon,<sup>1539</sup> qu'il y a lieu de *suspendre* l'instance en exequatur lorsqu'une partie agit au fond en France après l'assignation en exequatur – et ce jusqu'à ce qu'il n'y ait plus lieu de redouter de contrariété avec le jugement à intervenir du tribunal français.<sup>1540</sup> Une telle attitude témoigne de bien peu de respect envers la procédure étrangère achevée. La saisine au fond du juge français devient une véritable arme pouvant paralyser tout effet de la décision étrangère en France,<sup>1541</sup> le débiteur du jugement pouvant à sa guise saboter toute tentative d'exécution de la décision étrangère en France en ouvrant une nouvelle instance au fond.<sup>1542</sup>

**357. Les limites de l'exception de chose jugée : le statut procédural des jugements étrangers, l'exemple des décisions patrimoniales déclaratives en droit français (suite)** – Il est difficile de dire si cette position extrême, toute entière fondée sur la primauté de la justice du for, reflète encore l'état actuel du droit positif français.<sup>1543</sup> D'une part la jurisprudence n'a pas exclu la possibilité d'obtenir un exequatur de façon incidente, ce qui permettrait au créancier du jugement étranger de faire valoir ses droits directement dans l'instance au fond engagée par son adversaire.<sup>1544</sup> D'autre part il faut se garder de généraliser, les solutions extrêmes posées dans certains arrêts n'ayant pas trouvé écho dans la jurisprudence. Du reste, une doctrine unanime plaide pour la généralisation de la reconnaissance de plein droit de l'autorité de chose jugée à toutes les décisions étrangères,<sup>1545</sup> qu'elles soient patrimoniales ou extra-patrimoniales.<sup>1546</sup> Elle peut

<sup>1538</sup> Le sort d'une demande d'exequatur préalable à la saisine au fond du juge français est incertain.

<sup>1539</sup> Lyon, 15 octobre 1920, *Reu. Dr. Int. Privé*, 1921, 522.

<sup>1540</sup> Cet enseignement est à vrai dire celui d'ouvrages plus vieux, v. par exemple Batiffol et Lagarde, t. II, 1971, 442, n° 2, qui expliquaient que « le juge de l'exequatur devra surseoir à statuer jusqu'à la décision du tribunal du fond pour éviter toute contrariété de décisions ». Il n'est plus repris dans les ouvrages plus récents, v. P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 2001, 297-298, n° 449, qui expliquent que lorsque la demande d'exequatur a été formée la première, elle doit être examinée la première. Toutefois, dans le cas inverse où la demande au fond est la première engagée, ces mêmes auteurs écrivent que la demande en exequatur doit être rejetée ou du moins faire l'objet d'une décision de sursis à statuer en attendant la décision au fond ! V. aussi dans le même sens, M.-L. NIBOYET-HOEGY, 81.

<sup>1541</sup> Comme l'explique H. MUIR WATT, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 584-6, n° 93, « l'action devant le juge français devient finalement une action contre les procédures et décisions étrangères, action ouverte [...] à toute personne mécontente de l'issue d'une procédure étrangère ou la craignant ».

<sup>1542</sup> Et ce n'est pas un défaut de compétence qui l'arrêtera, cf. les articles 14 et 15 du Code civil.

<sup>1543</sup> Les décisions citées, pour la plupart assez anciennes, précèdent toutes la disparition de la révision au fond par la Cour de Cassation. L'existence du pouvoir de révision explique sans doute en grande partie l'accueil fort peu chaleureux réservé aux jugements patrimoniaux déclaratifs (en ce sens, P. MAYER, 1998, 263, n° 400). En effet, le juge français saisi d'une demande au fond, aurait dû, pour recevoir l'exception de chose jugée déduite de la décision étrangère, procéder d'abord à une révision au fond. Il était sans doute plus facile de statuer directement sur le fond, en opposant à l'exception l'absence d'exequatur.

<sup>1544</sup> H. MUIR WATT, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 584-6, n° 95, observe ainsi que la jurisprudence « n'a jamais nettement exclu la possibilité pour un plaideur d'obtenir en matière patrimoniale, au cours d'une procédure française, le contrôle incident d'une décision étrangère déclarative ».

<sup>1545</sup> Et ce d'autant plus que la distinction entre jugements constitutifs et jugements déclaratifs n'est pas toujours chose aisée, v. B. AUDIT, 1997, 402, n° 473.

<sup>1546</sup> D. ALEXANDRE, « Les effets des jugements étrangers indépendants de l'exequatur », *Travaux comité français DIP*, 1975-77, (60), 77 ; H. MUIR WATT, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 584-6, n° 98-104 et B. AUDIT, 1997, 402-403, n° 473. C'est très justement que M. Mayer critique la distinction opérée selon la *nature* du jugement, et plaide pour une généralisation de la reconnaissance de plein droit de l'autorité de chose jugée, réservant la formalité de l'exequatur au cas où l'exécution matérielle sur les biens est recherchée (P. MAYER, 1998, 263-264). On n'aperçoit pas en effet pourquoi les jugements en matière d'état devraient bénéficier d'un traitement privilégié. A dire vrai,

d'ailleurs en appeler à des évolutions récentes de la jurisprudence française<sup>1547</sup> qui sont en parfaite contradiction avec l'affirmation que l'autorité de chose jugée des décisions étrangères patrimoniales est subordonnée à l'exequatur.<sup>1548</sup>

Toujours est-il qu'en l'état actuel du droit positif français, rien n'interdit à une plaideur qui s'est vu condamné à l'étranger de paralyser, au moins temporairement, l'exécution de la décision étrangère en saisissant le juge français au fond.<sup>1549</sup> Si cette saisine est préalable à l'introduction d'une demande d'exequatur, il est probable, et fort regrettable, qu'il pourra obtenir du juge du fond qu'il poursuive l'examen de la demande au fond malgré l'existence d'une décision étrangère, de sorte que pourra voir le jour en France une décision potentiellement contradictoire avec la décision étrangère. Et il ne faut pas attendre grand chose de la fin de non recevoir tirée de l'effet constitutif du jugement étranger pour pallier les défaillances, toute provisoire, du régime des jugements étrangers patrimoniaux. On sait qu'en matière d'état cette fin de non-recevoir joue le rôle de *substitut* à l'exception de chose jugée. Un plaideur peut ainsi opposer l'effet constitutif d'une décision étrangère prononçant le divorce pour s'opposer à une nouvelle demande de divorce, sans que les conditions de l'exception de chose jugée n'aient à être remplies.<sup>1550</sup> S'agissant toutefois de décisions patrimoniales déclaratives, on ne saurait déduire de ces décisions un quelconque effet constitutif.

Bref la perméabilité limitée de l'ordre juridique français aux décisions étrangères vient contredire la vocation de l'exception de chose jugée à résoudre les conflits de procédure.

**358. Les limites de l'exception de chose jugée : le statut procédural des jugements étrangers (suite)** – Le même problème se pose en droit allemand, mais cette fois-ci non plus pour les jugements patrimoniaux, mais bien pour le contentieux conjugal. En règle générale, point n'est besoin d'une procédure spécifique pour obtenir en droit allemand la reconnaissance d'une décision étrangère.<sup>1551</sup> Il en va toutefois autrement pour les décisions prononçant le divorce et autre séparation de corps ou nullité. Prétendant du besoin de sécurité juridique et de certitude qui seraient impérieux en matière d'état des personnes – arguments invoqués en droits belge et français pour justifier la

---

la seule distinction qui s'impose est celle qui se fonde non pas sur la nature du jugement mais bien sur la nature de l'effet recherché par celui-ci dans le for.

<sup>1547</sup> Et notamment l'accueil de l'exception de litispendance internationale en matière patrimoniale, *infra*, n° 391, et aussi la disparition de la révision au fond.

<sup>1548</sup> Mme. *Muir Watt* fait très justement remarquer que la jurisprudence limitant le jeu immédiat de l'exception de chose jugée aux décisions d'état et aux jugements constitutifs, se situe en retrait des solutions admises au 19<sup>ème</sup> siècle, où l'artifice du *contrat judiciaire* (*infra*, n° 397) permettait d'invoquer une décision étrangère non revêtue de l'exequatur, quelle que soit la matière, pour empêcher le réexamen devant les juges français de la contestation déjà tranchée par le juge étranger : H. MUIR WATT, « Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur », *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, (302), 313, n° 14.

<sup>1549</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *ac.*, 2001, 297, n° 449 évoquent une « jurisprudence qui paraît encore dominante » selon laquelle l'exception de chose jugée à l'étranger ne peut en matière patrimoniale être invoquée « qu'après que l'exequatur ait été accordé à la décision étrangère ». V. en droit belge Bruxelles, 20 juin 2000, *J.T.*, 2001, 678 (procédures concurrentes en Pologne et en Belgique au sujet de la garde d'un enfant ; le juge belge écarte en première instance l'exception de litispendance faute de traité ; en appel la Cour constate que le tribunal polonais a rendu une décision mais n'en tient pas compte parce qu'elle n'a pas fait l'objet d'un exequatur).

<sup>1550</sup> A la différence de l'exception déduite de l'autorité de chose jugée d'une décision étrangère, la fin de non-recevoir suppose que le jugement étranger soit passé dans son pays d'origine en force de chose jugée, v. D. ALEXANDRE, « Sur la possibilité d'obtenir le divorce en France lorsqu'un jugement a déjà été rendu à l'étranger à propos du divorce », *R.C.D.I.P.*, 1983, (597), 614-614.

<sup>1551</sup> V. les développements de H. SCHACK, 1996, 341-343 et de D. MARTINY, « Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht », *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984, 686-687.



reconnaissance *de plano*... - le législateur allemand a dès 1941 instauré une procédure spéciale visant à assurer une certaine uniformité dans le traitement des jugements étrangers de divorce.<sup>1552</sup> Concrètement, le monopole de la reconnaissance de ces jugements est attribué aux ministères de la justice des Länder, qui seuls sont habilités à se prononcer sur l'effet à reconnaître aux décisions étrangères.<sup>1553</sup> En cas de concurrence entre une procédure engagée devant un juge allemand et une décision étrangère ayant statué sur une demande de divorce, il faudra dès lors passer par le *Landesjustizverwaltung* pour obtenir que cette décision puisse sortir ses effets en Allemagne.<sup>1554</sup> La Cour fédérale allemande a d'ailleurs décidé qu'avant la décision du ministère compétent, la décision étrangère ne pouvait sortir aucun effet en Allemagne.<sup>1555</sup>

Concrètement, l'époux qui a obtenu raison du juge étranger, ne pourra pas sur cette seule base s'opposer à la poursuite de la procédure allemande. Il devra d'abord obtenir l'assentiment de l'autorité administrative avant de pouvoir invoquer la décision étrangère. Fort heureusement les tribunaux allemands ont semble-t-il pour politique de surseoir à statuer lorsqu'ils sont saisis d'une demande au fond alors qu'une décision étrangère est en passe d'être reconnue par le ministère compétent.<sup>1556</sup> On évite de la sorte la catastrophe judiciaire des décisions contradictoires.

Ces deux exemples montrent comment le statut procédural des jugements étrangers peut mettre à mal l'efficacité de l'exception de chose jugée comme mécanisme apportant une résolution différée des conflits de procédure. Il est un autre problème qui vient diminuer encore cette efficacité, il est lié à un motif de refus spécifique.

**359. Les limites de l'exception de chose jugée : la saisine antérieure du for comme obstacle à l'exception de chose jugée** – Le statut procédural des jugements étrangers vient déjà fortement nuancer l'affirmation selon laquelle il suffira, le moment venu, d'invoquer l'autorité de la décision étrangère pour mettre un terme au conflit. Le régime procédural des décisions étrangères n'est pas le seul obstacle à l'invocation de l'autorité de chose jugée étrangère. Celle-ci peut également buter sur les diverses conditions posées par le for pour l'efficacité internationale des décisions étrangères. Ces

<sup>1552</sup> Loi du 25 octobre 1941, modifiée en 1961 par la *Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften* du 11 août 1961 (Art. 7 § 1), modifiée depuis en 1976, communément appelée la *Familienrechtsänderungsgesetz* (FamRÄndG). V. sur la reconnaissance des jugements étrangers de divorce en Allemagne, J. BASEDOW, *Die Anerkennung von Auslandsurteilen : Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung n° 103, Frankfurt aM, Metzner, 1980, 266 p.; J. HAECKER, *Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen*, 2ème éd., Frankfurt am Main, Verl. für Standesamtswesen, 2000, 114 p. et dans la littérature plus ancienne K. KLEINRAHM, *Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen*, Göttingen, Schwartz, 1970, 231 p. Pour la situation en droit autrichien, v. H. HOYER, *Die Anerkennung ausländischer Ehescheidungen in Österreich*, Vienne, Manz, 1972, 168 p.

<sup>1553</sup> Sur la procédure, H. SCHACK, 1996, 344-348. En général, D. MARTINY, *o.c.*, 1984, 761-769.

<sup>1554</sup> M. Schütze en a d'ailleurs tiré argument pour contester la possibilité d'accorder un quelconque effet à une procédure étrangère de divorce simplement pendante. Il explique qu'il serait "unsinnig" "wolle man vor der Rechtskraft des Urteils die Einrede der Rechtshängigkeit zulassen, wenn nach rechtskräftiger Entscheidung die Parteien erneut im Inland klagen können, solange keine Anerkennung ausgesprochen ist" : R. SCHÜTZE, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RebelsZ.*, 1967, 247. V. la réponse de A. BURCKHARDT, *Internationale Rechtshängigkeit und Verfahrensstruktur bei Eheauflösungen : Untersuchungen zum Eintritt der Rechtshängigkeit und der Identität des Streitgegenstandes bei konkurrierenden Verfahren zur Eheauflösungen*, Thèse Heidelberg, s.n., s.l., 1997, 27-28.

<sup>1555</sup> BGH, 5 février 1975, *BGHZ*, 64, 19, 22; *N.J.W.*, 1975, 1072; *IPRSpr.*, 1975, n° 98. Le BGH décide que "die ausländische Entscheidung vor der positiven Entscheidung der Landesjustizverwaltung über die Anerkennungsfähigkeit im Inland keine Wirksamkeit entfaltet".

<sup>1556</sup> BGH, 6 octobre 1982, *IPRax*, 1983, 292; *N.J.W.*, 1983, 514; *IPRSpr.*, 1982, n° 170. V. les observations de M. Burckhardt sur cette jurisprudence, et en particulier sur la technique juridique permettant le sursis ("Verfahrenshindernis" ou "Rechtsschutzbedürfnis") : *o.c.*, 1997, 29-30.



conditions joueront quel que soit le degré de perméabilité du for.<sup>1557</sup> Parmi les motifs de refus de reconnaissance, il en est un qui, dans le contexte particulier des conflits de procédures, est de nature à enlever à l'exception de chose jugée la vocation que lui prêtent certains à servir de mécanisme de solution des conflits de procédures. Il s'agit du motif tiré de la violation de la saisine antérieure du for.

Il n'est pas rare en effet qu'un ordre juridique tente de protéger la saisine première de ses tribunaux en déniautout effet aux décisions étrangères qui portent sur le même objet qu'une procédure dont le for a été saisi *avant* l'introduction de la procédure étrangère.<sup>1558</sup> Les droits d'inspiration germanique ont ainsi élevé la violation de la litispendance de leurs tribunaux au rang de motif de refus de reconnaissance.<sup>1559</sup> On retrouve ainsi ce motif de refus en Autriche,<sup>1560</sup> en droit allemand<sup>1561</sup> et en droit suisse.<sup>1562</sup> La très grande déférence dont ces droits font preuve à l'égard de procédures étrangères antérieures<sup>1563</sup> explique sans doute pourquoi les juristes de ces pays estiment justifié d'exiger des tribunaux étrangers une reconnaissance réciproque de l'antériorité de la saisine de leurs tribunaux, faute de quoi la déférence fait place à un refus de participer à l'efficacité internationale des décisions émanant de tribunaux jugés indéliçats. Il est plus regrettable de voir que les rédacteurs de la future Convention de La Haye envisagent également d'inclure une règle à cet effet dans la Convention.<sup>1564</sup> Le motif de refus déduit de la violation de la

<sup>1557</sup> On sait en effet que la reconnaissance de plano ne signifie pas reconnaissance inconditionnelle. Chaque autorité confrontée à une décision étrangère devra s'en référer aux exigences minimales posées par le for.

<sup>1558</sup> G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, "General Report", in *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 33-34.

<sup>1559</sup> Le droit hongrois connaît un motif de refus similaire, v. le § 73 (d) du code de droit international privé de 1979 et les observations de M. KENGYEL, "Die Anerkennung und Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen außerhalb des Geltungsbereiches des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens in Ungarn", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *op. cit.*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (323), 335.

<sup>1560</sup> W. H. RECHBERGER et U. FRAUENBERGER-PFEILER, "Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel ausserhalb des Anwendungsbereiches des Brüsseler und Luganer Übereinkommens : Österreich", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *op. cit.*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (47), 61 : "Wird im Inland ein Verfahren früher eingeleitet, steht dem die Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Entscheidung entgegen".

<sup>1561</sup> Motif qui figure au § 328 I (3) *in fine* ZPO. Sur ce motif, v. H. SCHACK, 1996, 332, n° 857 et surtout D. MARTINY, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht", in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984, 509-510 et la jurisprudence citée.

<sup>1562</sup> Article 27(2)(c) IPRG suisse, v. les commentaires de F. M. R. WALTHER, "Die Anerkennung und Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen ausserhalb des Geltungsbereiches des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens in der Schweiz", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, "General Report", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *op. cit.*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (541), 555 et A. BUCHER, 1998, 232, n° 754 (cet auteur précise que l'élément d'antériorité dans le temps vise non pas la date du jugement, mais bien celle de l'introduction de l'action; il explique également que le motif de refus fondé sur la litispendance d'une action d'abord intentée en Suisse doit être retenu d'office par le juge, même s'il n'est pas allégué ou établi par une partie (217, n° 696).

<sup>1563</sup> Déférence dont on verra qu'elle participe d'une politique générale de respect du fait judiciaire étranger, *infra*, n° 706.

<sup>1564</sup> Article 27 bis (1)(a) du projet de Convention de La Haye. V. POCAR-NYGH, 108. Ce motif de refus de reconnaissance n'est pas nouveau en droit conventionnel, v. déjà les articles 2, 4° *in fine* de la Convention du 15 avril 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires, 5-3(a) de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, conclue le 1er février 1971, l'article 5-3° de la Convention du 2 octobre 1973 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires ainsi que l'article 15(f) de la convention franco-tunisienne du 28 juin 1972, qui sanctionnent également la violation de la litispendance du for par un refus de reconnaissance. On évoquera également l'article 999 (3) du Code des personnes et de la famille du Burkina Faso, qui dispose que « La reconnaissance ou la force exécutoire doit être refusée [...] (3) si un litige entre les mêmes parties et ayant le même objet est pendant devant une juridiction burkinabe antérieurement saisie [...] », d'où on peut déduire que la saisine antérieure du juge burkinabé constitue un motif de refus de reconnaissance. *Adde* l'article 7(c)(ii) du projet de Convention anglo-américain de 1976, qui prévoyait que la reconnaissance pouvait être refusée lorsque « proceedings based on the same transaction or occurrence [...] are pending before a court or authority of the Contracting State of the court addressed, were the first to be instituted and may result in such an irreconcilable judgment [...] ».

litispendance du for a également séduit les législateurs québécois<sup>1565</sup> et italien<sup>1566</sup> et pourrait bien faire à l'avenir partie du droit belge.<sup>1567</sup>

D'autres droits se montrent plus réticents encore à accepter qu'une décision étrangère puisse interrompre une procédure en cours dans le for : ainsi il semble qu'en droit espagnol<sup>1568</sup> et dans l'ancien droit italien,<sup>1569</sup> la simple existence d'une procédure locale suffisait à neutraliser l'exception de chose jugée étrangère, même si celle-ci s'attache à une décision prononcée antérieurement à la saisine du for. Un italien assigné à l'étranger, qui craignait de succomber aux prétentions de son adversaire, pouvait donc jusqu'il y a peu intenter à son tour une nouvelle action en Italie<sup>1570</sup> et paralyser ainsi la reconnaissance ultérieure du jugement étranger.<sup>1571</sup>

On comprend bien ce qui justifie aux yeux des législateurs et des juges cet accroc porté à la libre circulation des jugements : en refusant tout effet au jugement étranger lorsque le juge étranger a été saisi en dépit de l'existence d'une procédure dans le for, on encourage au moins indirectement l'ordre juridique étranger à corriger la manoeuvre et à instaurer un mécanisme de coordination.<sup>1572</sup> En outre, il s'agit aussi de décourager les justiciables d'aller chercher justice à l'étranger après avoir été assignés devant un tribunal, dans l'espoir que la procédure qu'ils ont engagée, se terminera plus vite.<sup>1573</sup>

Il reste qu'on peut regretter l'automatisme du motif de refus de reconnaissance ainsi créé : en faisant dépendre l'effet du jugement étranger de la priorité de saisine, la 'punition' semble sévère. Elle obligera le juge du for à poursuivre l'étude du dossier à laquelle son collègue étranger a déjà procédé, alors même que le jugement étranger pourrait satisfaire en tout point les exigences du for. Et que dire des conséquences pour les parties, obligées de remettre le travail sur l'ouvrage pour la simple raison que le for est froissé d'avoir été dépassé en route...<sup>1574</sup> Il nous semble dès lors que le refus de reconnaissance déduit de la

<sup>1565</sup> Art. 3155(4) du Code civil, qui dispose que la reconnaissance peut être refusée si « un litige entre les mêmes parties, fondés sur les mêmes faits et ayant le même objet [...] est pendant devant un autorité québécoise première saisie [...] ».

<sup>1566</sup> Art. 64(f) de la loi n° 218 de 1995.

<sup>1567</sup> V. l'article 25(6) du projet de Code belge de droit international privé.

<sup>1568</sup> En ce sens, J. A. PÉREZ BEVIÁ, "Reconnaissance et exécution des décisions étrangères en marge de l'application des conventions de Bruxelles et de Lugano : rapport sur le droit espagnol", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *oc*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (499), 515, qui explique que lorsqu'une décision étrangère est opposée à une procédure pendante en Espagne, celle-ci reçoit systématiquement la préférence même si la procédure étrangère est antérieure à la procédure espagnole. Et l'auteur de remarquer que dans certaines conventions signées par l'Espagne la préférence pour la procédure du for est quelque peu nuancée, puisqu'elle ne vaut que lorsque cette procédure a été initiée *avant* la procédure étrangère.

<sup>1569</sup> Article 797(1)6) du Code de procédure civile du 28 octobre 1940, qui disposait que la reconnaissance était exclue lorsqu'une procédure portant sur le même objet et la même cause était pendante en Italie. V. G. BROGGINI, "Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze civili straniere nel ius commune italiano", *R.D.I.P.P.*, 1993, (833), 849-850.

<sup>1570</sup> Le code de procédure civile neutralisait jusqu'en 1996 la litispendance internationale, *v. infra*.

<sup>1571</sup> V. J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 42.

<sup>1572</sup> Selon M. MARTINY, puisque les tribunaux allemands s'effacent devant la saisine antérieure des tribunaux étrangers, il serait "équitable" d'attendre le même geste de la part d'un tribunal étranger, ("billig", *oc*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984, 509-510, n° 1146).

<sup>1573</sup> Justification invoquée par D. MARTINY, *oc*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984, 509, n° 1145.

<sup>1574</sup> Comme on l'a vu, le droit commun belge s'incline devant les décisions étrangères, que le juge belge ait été saisi avant ou après le juge étranger. Le projet de Code de droit international privé revient sur cette attitude généreuse puisque son article 25(6) prévoit que la priorité de saisine du juge belge empêche la reconnaissance de la décision étrangère. *Comp.* avec l'opinion de M. FALLON, note sous *Civ. Bruxelles*, 17 octobre 1989, *R.T.D.F.*, 1990, 397, qui plaiderait contre le motif de refus de reconnaissance tiré de la violation de la litispendance du for : « on ne voit guère non plus de raison à une éventuelle priorité accordée à la procédure du for pour la cas où celle-ci aurait été

saisine antérieure du for ne se justifie pas, du moins lorsqu'il se présente comme un obstacle dirimant à l'effet de la décision étrangère. Les considérations tirées de l'ordre de saisine des fors n'ont pas leur place dans l'évaluation des effets à accorder à une décision étrangère.

La volonté de faire respecter un certain ordre dans le contentieux international privé et de décourager la multiplication des procédures sont certes respectables. Il reste qu'une fois que le juge étranger s'est prononcé sur le fond du litige, sa décision mérite d'être prise en compte. La priver de tout effet sans permettre au juge premier saisi d'évaluer la légitimité de la saisine de son collègue étranger, constitue une démarche par trop mécanique. L'expérience montre en effet qu'il ne faut pas toujours jeter la pierre à la partie qui ouvre un second front ; la priorité de saisine du for peut elle aussi se révéler abusive. Si cette priorité de saisine doit être érigée en obstacle à la reconnaissance du jugement étranger, nous eussions préféré que ce ne fût pas de manière automatique, mais seulement après un examen par le juge requis de la chronologie des faits.<sup>1575</sup> On se réjouira à cet égard que le droit européen ne prévoit pas un tel motif de refus de reconnaissance.<sup>1576</sup> Si ceci peut paraître paradoxal lorsque l'on connaît l'importance de la litispendance dans le règlement européen des conflits de juridiction, on peut voir dans cette situation l'heureuse influence de l'impératif de libre circulation des jugements.<sup>1577</sup>

**360. Illustration des défaillances de l'exception de chose jugée** - Quoi qu'il en soit de la pertinence de la priorité de saisine comme motif de refus, son existence montre que la majeure de la 'parallel proceedings rule' - à savoir que le conflit se résoudra 'naturellement', une fois la première procédure achevée - peut s'avérer fautive. L'affaire *Banque Libanaise* illustre parfaitement les dangers de retarder l'issue du litige jusqu'à ce

---

ouverte avant la procédure étrangère », « en l'absence au moins de toute exception de litispendance internationale qui s'imposerait bilatéralement aux tribunaux de chacun des Etats intéressés ». L'auteur laissait donc la porte ouverte à un tel motif lorsque les deux Etats font honneur à l'exception de litispendance.

- <sup>1575</sup> On notera que le droit anglais est, comme on pouvait s'y attendre, d'une logique imparable à ce sujet : tout comme il reste indifférent à la chronologie de saisine des deux fors lorsqu'il s'agit de décider à quelle procédure revient la priorité (*infra*, les nuances en ce qui concerne le *forum non conveniens*, n° 559), il semble que la date de saisine respective des fors n'entre pas automatiquement en ligne quand il s'agit de reconnaître une décision étrangère. Ainsi un tribunal anglais pourra fort bien reconnaître effet à une décision étrangère alors même qu'il a été saisi avant que l'affaire ne soit portée devant le juge étranger : Selon M. Collier, "it does not seem that a foreign judgment rendered before an English judgment, though the English action was begun before the foreign action or judgment, would be refused recognition, since the English judgment would not be *res judicata* at the time of the foreign judgment" : J. G. COLLIER, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments : England", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *op. cit.*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (131), 145. Il demeure que si le tribunal anglais est convaincu que la saisine ultérieure du tribunal étranger n'était qu'une manœuvre destinée à court-circuiter la procédure en cours en Angleterre, il pourra faire appel à l'exception d'ordre public ou à la violation de la 'natural justice' (sur ce motif de refus, v. MM. *Cheshire et North*, 1999, 450-453) pour faire prévaloir la procédure anglaise.
- <sup>1576</sup> Comme l'ont constaté par exemple MM. Gothot et Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 : compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, Jupiter, 1985, 157, n° 275 ainsi que G. DROZ, 1972, n° 518. V. aussi Cass. fr., 14 mai 1996, *Brasserie du Pêcheur c. Kreissparke Main-Spessart* [1997] *Bull. civ.*, 1996, I, n° 210 ; [1997] I.L.Pr 173 (la Cour de Cassation constate que la violation par le juge étranger de la règle de litispendance européenne n'autorise pas le juge requis à refuser la reconnaissance de la décision étrangère).
- <sup>1577</sup> D'aucuns regrettent toutefois que le législateur européen ne se soit pas montré plus cohérent. Mme. *Balkanyi-Nordmann* (« The Perils of Parallel Proceedings », *Dispute Resolution Journal*, 2000-01, (20-28), 25) juge ainsi "peu satisfaisante" l'absence parmi les motifs de refus de reconnaissance, d'un pendant à l'exception de litispendance. Elle suggère même de faire appel à l'exception d'ordre public prévue par le Règlement 44/2001 pour refuser tout effet à un jugement lorsqu'une procédure sur le même litige est toujours pendante (p. 26). Singulièrement, elle ne vise que la confrontation entre un jugement prononcé par un tribunal européen et une procédure pendante en dehors de l'Union européenne. L'auteur envisage d'autre part la possibilité pour le for saisi d'une demande de reconnaissance d'un jugement étranger, d'interdire la poursuite d'une instance engagée postérieurement dans un Etat tiers (p. 26). On peut regretter qu'elle ne précise pas dans quelle hypothèse l'injonction doit être préférée au refus de reconnaissance.

qu'un des juges se prononce.<sup>1578</sup> En l'espèce, le litige opposait une banque française et sa succursale établie à Abu Dhabi à un citoyen américain qui avait longtemps vécu dans cet émirat. La banque avait saisi les tribunaux du Texas, réclamant le remboursement d'une somme d'argent prêtée au défendeur. Un an plus tard celui-ci attaqua la banque devant les tribunaux d'Abu Dhabi, réclamant des dommages et intérêts pour inexécution contractuelle. Selon l'emprunteur, le soi-disant prêt était en vérité simulé et faisait partie d'un arrangement avec la banque visant à l'aider à récupérer une importante somme dont il avait été privé lors de son expulsion de l'émirat.<sup>1579</sup>

Après avoir ouvert ce second front, l'emprunteur tenta d'obtenir du tribunal texan qu'il se dessaisisse. Pour ce faire il invoquait la doctrine du *forum non conveniens*, les tribunaux d'Abu Dhabi étant selon lui mieux placés pour statuer et insistait sur la circonstance que la procédure texane ne constituait qu'un doublon de celle déjà pendante dans l'émirat.<sup>1580</sup> Le tribunal texan refusa de donner suite à l'exception de for plus approprié, laissant subsister le conflit de procédures. Contrairement aux prévisions de la Cour d'Appel dans l'affaire *Laker*, le conflit ne se résorba cependant pas pour autant une fois la première procédure achevée. Lorsque la banque tenta d'obtenir la reconnaissance au Texas de la décision d'Abu Dhabi qui lui donnait raison, l'emprunteur s'opposa à cette reconnaissance, alors même qu'il avait pris l'initiative de saisir les tribunaux d'Abu Dhabi!

En l'espèce, la reconnaissance fut refusée pour défaut de réciprocité.<sup>1581</sup> Cet obstacle levé, le jury texan décida en faveur de l'emprunteur. Le refus des deux tribunaux de céder la priorité à l'autre conduit dès lors à une collision que les règles en matière de reconnaissance n'ont pu éviter.<sup>1582</sup>

## CONCLUSION : REJET DU MODELE DE LA TOLERANCE

361. L'affaire *Banque Libanaise* illustre les dangers de l'indifférence. Ces dangers ne sont certainement pas confinés aux affaires les plus spectaculaires comme celles de *Laker Airways*. Un banal litige commercial peut aussi bien conduire à des décisions

<sup>1578</sup> *Banque Libanaise pour le Commerce v Khreich*, 915 F. 2d 1000 (5<sup>th</sup> Cir. 1990). Sur cette affaire, v. les commentaires de L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, (21), 29-31.

<sup>1579</sup> L'opération impliquait une tierce personne, débiteur commun de la banque et de l'emprunteur, à qui l'argent devait être confié pour lui permettre de mener à bien une transaction et de rembourser ainsi les deux parties.

<sup>1580</sup> 915 F. 2d 1000, 1003. L'emprunteur souligne que "a case involving the same parties and the same facts was currently pending in the Abu Dhabi courts".

<sup>1581</sup> V. le § 36.005(b)(7) du Tex. Civ. Proc. & Rem. Code Ann., qui constitue la version texane de l'*Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act*. Selon cette disposition, la reconnaissance peut être refusée si "it is established that the foreign country in which the judgment was rendered does not recognize judgments rendered in this State [...]".

<sup>1582</sup> Le tribunal texan s'est contenté de rejeter la reconnaissance du jugement étranger, sans examiner la question de l'estoppel. V. les critiques de L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, 30-31. *Cons.* également *Southeast Livestock & Trading Co Inc v Ramon*, 169 F.3d 317 (5<sup>th</sup> Cir 1999) (les règles relatives à la reconnaissance d'un jugement étranger ne peuvent empêcher un conflit de procédures opposant les tribunaux texans et mexicains de déboucher sur un conflit de décisions, le tribunal texan refusant de reconnaître le jugement mexicain premier rendu pour violation de l'ordre public texan, v. les commentaires (pour le moins confus) de L. DRAKE, "Stop the Madness! Procedural and Practical Defenses to Avoid Inconsistent Cross-Border Judgments Between Texas and Mexico", *J. Transnat'l. L. & Policy*, 1999, 209-262); *Alasayi Beverage Corp. v Canada Dry Corp.*, 947 F. Supp. 658 (S.D.N.Y. 1996) *aff'd*, 12 F.3d 1055 (2d Cir. 1997) (un litige entre un fabricant de boisson gazeuse et son distributeur saoudien avait conduit à des procédures concurrentes aux Etats-Unis et en Arabie Saoudite. Le fabricant triompha dans la seconde procédure, mais ne put faire valoir le jugement aux Etats-Unis. Si le jugement était en principe susceptible d'être reconnu, le juge américain refusa toutefois d'en tenir compte en prétextant la différence entre les droits américain et saoudien en matière de charge de la preuve).

contradictoires. Le conflit de décisions auquel a donné lieu l'affaire Banque Libanaise, laisse les parties dans une situation embarrassante. A l'incertitude qui en découle s'ajoute le gaspillage énorme de ressources. Le tribunal texan a ainsi dû se prononcer dans un premier temps sur l'exception de *forum non conveniens* et les effets du jugement d'Abu Dhabi avant de pouvoir s'attaquer au fond du litige.

On conçoit à la lumière de ces inconvénients que la passivité que commande l'indifférence n'emporte pas notre conviction. A choisir, le recours à l'exception de chose jugée est sans doute à préférer par rapport au règlement des conflits par la contrainte, cette dernière faisant peser une trop lourde hypothèque sur une coopération sereine entre tribunaux. Il reste que les inconvénients d'une position d'attente sont trop importants pour qu'on puisse en privilégier l'adoption. Si cette solution fonctionne sans trop de heurts au sein de l'espace judiciaire américain, c'est en raison des caractéristiques particulières de ce système judiciaire, et au premier plan du prescrit constitutionnel de libre circulation des jugements (*supra*, n° 344). Au sein de la communauté internationale, ces justifications disparaissent.

Il devient dès lors difficile de justifier le gaspillage et la course au jugement qu'entraîne la poursuite des procédures concurrentes, sans parler du risque d'encourager les saisines multiples. Même si l'argument est quelque peu circulaire, on peut également ajouter au passif de l'exception de chose jugée le risque qu'elle décourage les Etats de tenter de remédier activement aux conflits de procédure. Pourquoi en effet s'efforcer de coordonner les activités de ses propres tribunaux avec celle des tribunaux étrangers alors que l'autre for s'entête à privilégier sa propre procédure ? <sup>1583</sup> Il ne faudrait pas en conclure que l'indifférence n'a aucun rôle à jouer dans la résolution des conflits de procédures. Malgré les nombreux inconvénients qu'elle entraîne, elle reste incontournable lorsque les autres mécanismes restent en défaut. C'est là le seul rôle qu'on peut réserver à l'exception de chose jugée, mécanisme de seconde ligne qui ne doit intervenir qu'à défaut de solution plus directe.

\*            \*  
\*            \*

<sup>1583</sup> L'argument est invoqué par W. HAU, 224 (avec la parallel proceedings rule "wird aber auch im konkurrierenden ausländischen Forum die Motivation sinken, eine Bewältigung des Kompetenz konfliktes durch des Verzicht auf eine eigene Sachenentscheidung zu erwägen. Die parallele proceedings rule ist daher nicht internationalisierungsfähig; vielmehr provoziert sie eine ähnlich unkoperative haltung anderer Staaten").





## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

362. Nous avons dans ce titre examiné deux réponses possibles au problème de la concurrence de procédures, pour les rejeter. La première, manifestation singulière du pouvoir d'injonction, s'est révélée contre-productive. On ne peut l'envisager comme solution 'normale' des conflits de procédures, sous peine de voir le contentieux international privé dégénérer en une véritable 'guérilla' judiciaire. La seconde, mélange d'un refus d'intervenir et d'une confiance, parfois trop grande, dans les vertus de l'exception de chose jugée, fait manifestement fi du souci de l'économie de procédures. Si on peut la tolérer comme *solution d'appoint*, lorsqu'une meilleure alternative fait défaut, elle ne saurait être élevée au rang de règle générale.

L'interdiction de procéder et l'exception de chose jugée n'apportent pas de réponse appropriée aux conflits de procédures. Elles n'empêcheront pas nécessairement que les tribunaux concurrentement saisis se prononcent simultanément sur le fond du litige. Le conflit de procédures se mue alors pour prendre la forme d'un *conflit de décisions*. Il ne peut dans cette hypothèse plus être question de résolution, ni a fortiori de prévention du conflit de procédures. Les parties en sont réduites à se battre pour faire triompher la décision qu'elles privilégient, sans que la contradiction entre les deux décisions puisse être jamais résolue. Il n'est en effet pas d'instance supérieure qui soit en mesure de faire triompher une décision au détriment d'une autre. En outre, on aperçoit difficilement comment un Etat pourrait accepter de réformer la décision prononcée par ses tribunaux en raison de l'existence d'un jugement étranger qui la contredit.<sup>1584</sup>

Si les parties prétendent à l'exécution simultanée des deux décisions dans le même pays, il appartiendra à celui-ci d'établir des règles de priorité. Les règles applicables en la matière diffèrent selon que le conflit implique ou non une décision du for. Nous les examinerons brièvement dans les paragraphes suivant tout en étant conscient que l'exposé de ces solutions dépasse le cadre d'une simple conclusion.<sup>1585</sup>

\*        \*  
\*        \*

363. **Conflit entre une décision du for et une décision étrangère** - Le droit comparé apprend que lorsqu'une décision du for est en jeu, le conflit de décisions est systématiquement tranché en faveur du prononcé du for. C'est la solution que la Chambre des Lords a retenu à l'occasion d'une rocambolesque affaire impliquant les

<sup>1584</sup> Les droits internes prévoient certes des mécanismes permettant de trancher le conflit opposant deux décisions rendues au nom du même souverain, on pense par exemple à la requête civile prévue par l'article 1133 - 3 du Code Judiciaire belge. Cette disposition autorise la juridiction qui a rendu une décision à lui ôter l'autorité de chose jugée lorsqu'il apparaît qu'elle contredit une autre décision rendue entre les mêmes parties, agissant en même qualité et portant sur le même objet et la même cause. Il n'est toutefois pas certain que l'on puisse invoquer ce mécanisme lorsque la contradiction procède de la comparaison entre une décision belge et une décision étrangère.

<sup>1585</sup> Pour plus de détails, on lira à profit M. KOCH, *Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung*, Europäische Hochschulschriften, Série 2, n° 1366, Frankfurt a.M., Lang, 1993, 192 p. ; M. LENENBACH, *Die Behandlung von Unvereinbarkeiten zwischen rechtskräftigen Zivilurteilen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, 220 p. ; A. HELLER, « Die Anerkennung einander widersprechender ausländischer Entscheidungen », *ZfRVlg*, 1982, 162-168 ; H. SCHACK, « Anerkennung eines ausländischen Entscheidung trotz widersprechenden deutschen Unterhaltsurteils », *IPRax*, 1986, 218-221 et G. M. ÜBERTAZZI, « Delibrazione di sentenza straniera contraria ad altra italiana », *R.D.I.P.P.*, 1972, 417-432.



tribunaux belges et anglais.<sup>1586</sup> En l'espèce, une citoyenne belge s'était mariée en 1954 avec un citoyen anglais dans le seul but d'éviter la déportation. L'union n'avait jamais été consommée. La femme convola quelques 20 ans plus tard en noces avec un Italien, qui décéda le jour du mariage. Désirant venir à la succession de celui qui, pour n'avoir été que si brièvement son mari, n'en possédait pas moins une fortune personnelle considérable, la femme cherchait à obtenir l'annulation du mariage précédemment contracté, en arguant l'absence de consentement. Les tribunaux anglais rejetèrent cette demande.<sup>1587</sup> L'épouse se tourna alors vers les tribunaux belges qui, plus compatissant, déclarèrent le mariage nul. Confortée par cette décision, la jeune veuve sollicita de nouveau les tribunaux anglais, cette fois pour faire constater que la décision belge était digne d'être reconnue, et que dès lors le mariage second contracté devait l'être tout autant. La Chambre des Lords ne montra pas beaucoup de patience envers l'épouse bigame : elle n'était plus en droit d'invoquer une quelconque décision belge, puisque existait un jugement anglais en bonne et due forme qui tranchait la question.<sup>1588</sup>

Voilà qui constitue une règle générale : on accepte en effet majoritairement que l'existence d'une décision du for rend impossible toute reconnaissance d'une décision étrangère qui viendrait contredire celle-ci. Cette priorité accordée à la justice locale, qui est consacrée tant en droit commun<sup>1589</sup> qu'en droit conventionnel<sup>1590</sup> - se comprend aisément : il s'agit de préserver la *cohérence* de l'ordre juridique interne, que ne saurait venir troubler une décision étrangère. La reconnaissance doit certes être la règle, et le refus

<sup>1586</sup> *Veruoke v Smith*, [1983] 1 AC 145. V. les commentaires de P. B. CARTER, *B.Y.B.I.L.*, 1982, 302 ; JAFFEY, *I.C.L.Q.*, 1983, 500 et SMART, *L.Q.R.*, 1983, 24. V. aussi BRIGGS et REES, 1997, 350 e.s.

<sup>1587</sup> *Messina v Smith*, [1971] P. 322.

<sup>1588</sup> Techniquement les hauts magistrats anglais firent également appel à l'exception d'ordre public pour repousser la décision belge. La décision se justifiait principalement en raison de l'existence d'une 'cause of action estoppel' : puisque les tribunaux anglais avaient débouté l'épouse de sa demande visant à faire constater la nullité du mariage, cette décision ne pouvait être contournée en cherchant justice à l'étranger (v. Lord Hailsham, 1 A.C. 145, 156-157 et Lord Diplock, 1 A.C. 145, 158-160). La solution a été confirmée par la Cour d'Appel dans l'affaire *Man (Sugar) Ltd v Haryanto (No 2)*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 429, 436 (C.A.) (dans une non moins rocambolesque vente de sucre entre une entreprise anglaise et un citoyen indonésien, les parties ayant multiplié les procédures et les contre manœuvres, aussi bien en Angleterre qu'en Indonésie que devant un tribunal arbitral. La Cour d'Appel décida que « a English court will not recognise a foreign judgment, even if otherwise unimpeachable, if it is inconsistent with a previous decision of a competent English court »). V. aussi *Macaulay v Macaulay*, [1991] All ER 865, [1991] 1 W.L.R. 179 (contradiction entre une décision anglaise et une décision irlandaise).

<sup>1589</sup> P. ex. en droit grec, K. D. KERAMEUS, "Enforcement in the International Context", *Recueil des Cours*, 1997, t. 264, (179), 366. En droit allemand, H. SCHACK, 1996, n° 854 et R. GEMER, *Internationals Zivilprozessrechts*, 2001, 868-869 et W. HAU, 101 ; en droit autrichien, G. MUSGER, « Zur 'Abänderung' von Unterhaltstiteln in Sachverhalten mit Auslandsberührung », *IPRax*, 1992, (108-117), 109 ; pour le droit belge, v. art. 25(5) du projet de Code de droit international privé ; pour le droit français, v. Cass. civ., 15 mai 1963, *R.C.D.I.P.*, 1964, 532, note P. Lagarde ; *J.D.I.*, 1963, 1016, note Ph. Malaurie et Paris, 23 juillet 1979, *R.C.D.I.P.*, 1981, 687 ; en droit suisse, A. BUCHER, 1998, 232, n° 755 ; au Québec, art. 3155(4) du Code civil et E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 394-395, n° 164. V. aussi les observations de P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, 1999, t. 276, (9), 26, qui explique qu'il « existe une forte tendance en faveur d'une priorité en tout cas du jugement prononcé dans le for ».

<sup>1590</sup> Ce motif de refus est également présent en droit conventionnel, v. l'article 5(3)(b) de la Convention de La Haye de 1971, qui prévoit que la reconnaissance d'une décision étrangère peut être refusée lorsqu'un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet "a donné lieu à une décision rendue dans l'Etat requis [...]"] et parmi les conventions bilatérales l'article 1(5) de la Convention franco-italienne du 3 juin 1930 ainsi que l'article 3(c)(1) de la Convention franco-britannique du 18 janvier 1934. Il faut bien sur évoquer l'article 27(3) de la Convention de Bruxelles, devenu l'article 34(3) du Règlement, qui accorde priorité absolue aux décisions du for. Sur cette disposition, v. G. COSCIA, « Conflitti e contrasti di giudicati nella convenzione di Bruxelles del 2 settembre 1968 », *R.D.I.P.P.*, 1995, 265-286 ; J. MAURO, "L'inconciliabilità des décisions judiciaires rendues entre les mêmes parties au sens de la Convention de Bruxelles diffère-t-elle de la contrariété de jugements au sens de l'article 60 du Nouveau Code de Procédure Civile ? », *Gaz. Pal.*, 1980, doctrine, 1, 144 e.s. ; A. DI BLASE, « Convenzione di Bruxelles e rapporti fra sentenze incompatibili », *R.D.I.P.P.*, 1989, 331-342.

l'exception. Il demeure que lorsque l'autorité de la justice du for est en jeu, la perméabilité d'un ordre juridique doit s'effacer. Il ne s'agit nullement d'une manifestation d'une quelconque 'souveraineté' ou d'une jalousie nationale. On a expliqué la primauté du jugement du for par une application de l'autorité de la chose jugée dans sa fonction positive.<sup>1591</sup> Plus prosaïquement, on peut en appeler au respect des attentes des justiciables<sup>1592</sup> et généralement aux difficultés d'intégrer à l'ordre juridique du for une décision étrangère qui remet en question un jugement local.<sup>1593</sup> Cette difficulté explique sans doute pourquoi en l'absence de motif de refus spécifique, on a eu recours à l'exception d'ordre public pour refuser tout effet à un jugement étranger qui contredisait une décision locale. Ceci montre bien qu'on touche ici à la cohérence du for.<sup>1594</sup>

**364. Conflit entre une décision du for et une décision étrangère (suite) – quid en cas de décision étrangère antérieure ?** - Si la priorité donnée à la décision du for semble s'imposer, elle soulève toutefois une difficulté particulière lorsque le juge étranger s'est prononcé *avant* celui du for. L'hypothèse d'un conflit de décisions sera certes rare dans cette situation, puisqu'on a vu que nombres de juridictions acceptent de reconnaître effet à une décision étrangère alors même qu'une procédure concurrente est pendante devant un tribunal du for (*supra*, n° 352). Admettons que la décision étrangère n'ait pas été invoquée pour mettre fin à la procédure du for, par exemple parce que le créancier du jugement en attendait encore une traduction certifiée. La priorité généralement reconnue aux décisions du for est-elle encore justifiée dans cette situation particulière ?<sup>1595</sup>

<sup>1591</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, 84.

<sup>1592</sup> Qui à l'égard du for se sont cristallisées dans le jugement prononcé. *M. Mayer* en appelle dans ce contexte au respect des droits acquis, P. MAYER, 1998, 450, n° 289 (pour qui lorsque la décision du for a été rendue la première, « le respect des droits acquis s'oppose à l'efficacité de la décision étrangère »).

<sup>1593</sup> On a proposé d'appliquer par analogie les règles internes visant le conflit de décisions (p. ex. M.-L. NIBOYET-HOEGY, 84-85). Ainsi, il appartiendrait à la Cour de cassation française de résoudre la difficulté selon l'article 618 NCP, c'est-à-dire soit d'annuler le jugement français, soit de déclarer inopposable, à défaut de pouvoir l'annuler, le jugement étranger.

<sup>1594</sup> Ainsi la convention franco-belge ne prévoit pas de motif de refus visant spécifiquement le conflit de décisions. Les tribunaux ont dès lors eu recours à l'ordre public pour trancher la question, v. Cass. fr., 23 mars 1936, *R.C.D.I.P.*, 1937, 198 ; Trib. Civ. Seine, 6 mai 1904, *J.D.I.*, 1904, 691 ; Trib. Civ. Lille, 14 février 1951, *R.C.D.I.P.*, 1952, 341 ; Bruxelles, 24 février 1926, *Pas.*, 1926, II, 10 ; Liège, 8 août 1948, *Jur. Liège*, 1948-49, 26 et pour plus de détails, N. WATTE, « La Convention franco-belge », *Juris-classeur droit international*, Fasc. 591, p. 24, n° 135. *Adde* les commentaires de M. WESER, note sous Amiens, 18 février 1958, *R.C.D.I.P.*, 1959, 129 (qui se demande s'il est nécessaire de mettre en cause l'ordre public pour refuser l'autorité à la décision invoquée, et suggère d'avoir plutôt recours à l'exception de chose jugée) (sur la même décision, v. les observations de F. RIGAUX, *J.T.*, 1958, 418). MM. *Rigaux* et *Fallon* confirment qu'en droit commun belge (art. 570 C. Jud.), le juge requis peut avoir recours à la clause d'ordre public pour en déduire un motif de refus de reconnaissance lié à l'inconciliabilité des décisions, ce motif n'étant pas inscrit dans la loi mais devant être considéré comme « étant inhérent à l'exception d'ordre public » (DIP, 1993, n° 855). Le droit japonais a lui aussi recours à l'exception d'ordre public pour faire triompher les jugements du for sur les décisions étrangères qui leur sont inconciliables (v. la décision du tribunal de Osaka du 22 décembre 1977 citée par T. KOJIMA, « Cooperation in international Procedural Conflicts : Prospects and Benefits », *Law & Contemporary Problems*, 1994, (59-75), 63-64 ainsi que les commentaires de T. SAWAKI, « Battle of Lawsuits. Lis Pendens in International Relations », *Japanese Annual of International Law*, 1979-1980, 17-19.

Pour ce qui est de la Convention de Bruxelles, la Cour de Justice a précisé que le recours à la clause d'ordre public est exclu lorsque le problème posé est celui de la compatibilité d'une décision étrangère avec celle du for, en raison de l'existence d'une disposition particulière visant ce problème (C.J.C.E., 4 février 1988, *Hoffmann c. Krieg*, af. 145/86, *Rec.*, 1988, 645, point 21).

<sup>1595</sup> Comme on l'a fait remarquer, la question de l'efficacité d'une décision étrangère prononcée antérieurement à une décision du for ne se pose pas lorsque cette efficacité est subordonnée à un exequatur du for (v. M. FALLON, note sous Civ. Bruxelles, 17 octobre 1989, *R.T.D.F.*, 1990, (394), 395). Dans ce cas, la décision étrangère n'est en effet réputée acquiescer dans le for qu'au jour du prononcé de l'exequatur, qui n'a pas d'effet rétroactif. Il reviendra alors au juge de l'exequatur de constater, au jour où il se prononce, que les effets recherchés par la décision étrangère sont inconciliables avec ceux d'une décision belge intervenue entretemps, ce qui justifiera le rejet de l'exequatur. La situation n'est pas différente lorsque la décision du for survient après la mise en route de

Le droit comparé nous apprend que la majorité des droits nationaux ne s'embarassent pas de savoir si la décision étrangère a été prononcée avant ou après celle du for. Dans les deux cas, le jugement foral triomphe. La préférence conférée à la décision locale vaut en réalité la plupart du temps de façon générale, c'est-à-dire sans avoir égard à la chronologie procédurale. Ainsi la décision étrangère devra s'effacer devant le prononcé local alors même que le tribunal étranger s'est montré plus rapide que le juge du for et que son jugement précède celui qu'on lui oppose.<sup>1596</sup> C'est la solution qui a été retenue par la Cour de Cassation belge dans une affaire tranchée en 1909.<sup>1597</sup> En l'espèce deux citoyens belges avaient été condamnés par un tribunal français au paiement d'une traite. Le créancier du jugement obtint ensuite l'exequatur de cette décision en vertu de la toute récente Convention franco-belge. Les débiteurs contestèrent l'exequatur devant la Cour d'Appel de Bruxelles. Avant que celle-ci ne se prononce, la Cour d'Appel de Liège décida que les signatures de la traite étaient fausses. Ceci n'empêcha pas la Cour d'Appel de Bruxelles de confirmer l'exequatur, rejetant le grief déduit de la contrariété à l'ordre public.<sup>1598</sup> Le procureur général Janssens se pourvu en cassation dans l'intérêt de la loi contre cette décision. La Cour de Cassation lui donna raison, s'appuyant pour ce faire, comme le recommandait le ministère public, sur la contrariété à l'ordre public.<sup>1599</sup>

On a pu hésiter sur la solution de cette question au sein de l'espace judiciaire européen : l'article 34(3) du Règlement 44/2001, qui reproduit le texte de l'article 27-3 des Conventions, ne contient aucune précision sur la question. Si cette disposition ne subordonne pas le motif de refus déduit de l'existence d'une décision du for à une condition d'antériorité de celle-ci, cette condition aurait pu être déduite de l'économie de la Convention et en particulier de la préférence accordée à la chronologie des procédures pour résoudre les conflits de procédures.<sup>1600</sup> Il semble toutefois qu'il faille déduire de l'arrêt *Hoffmann* de la Cour de Justice que le for peut faire triompher sa décision quelle

---

la procédure d'exequatur. La contradiction entre décisions relevant de l'ordre public, le juge de l'exequatur pourra en relever l'existence même si au jour où la requête d'exequatur a été introduite, il n'y avait pas contradiction.

<sup>1596</sup> V. l'article 27(2)(c) de la loi fédérale suisse qui prévoit que la reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée lorsque « un litige entre les mêmes parties et sur le même objet a déjà été introduit en Suisse ou y a déjà été jugé [...] » ; article 25 (5) du projet belge de Code de dip ; art. 3155(4) du Code civil québécois ; art. 64(e) de la loi italienne. En droit espagnol, la décision locale a priorité absolue (J. A. PÉREZ BEVIÁ, "Reconnaissance et exécution des décisions étrangères en marge de l'application des convention de Bruxelles et de Lugano : rapport sur le droit espagnol", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *ac*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (499), 515). En droit allemand il a fallu l'intervention du législateur en 1986 pour que soit consacrée la primauté du jugement allemand rendu après le jugement étranger, le législateur s'étant inspiré de la solution retenue dans la Convention de Bruxelles, v. W. HAU, 101. Pour la solution dans l'ancien droit v. D. MARTINY, *ac*, 1984, n° 1132 e.s. En droit anglais, la jurisprudence ne s'est pas expressément penchée sur la question, pas même dans l'affaire *Veruete* déjà évoquée. Les commentateurs estiment cependant que la solution retenue dans cette affaire doit également s'imposer lorsque la décision étrangère est première rendue (p. ex. CHESHIRE et NORTH, 1999, 454. *Comp.* toutefois avec J. COLLIER, "England", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (eds.), *ac*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 145, qui estime que la décision étrangère première rendue triomphera.

<sup>1597</sup> Cass., 4 novembre 1909, *Pas.*, 1909, I, 429.

<sup>1598</sup> Décision de la Cour d'Appel de Bruxelles du 7 décembre 1908, *Pas.*, 1909, II, 347.

<sup>1599</sup> En l'espèce la décision étrangère n'a pas pu profiter de la reconnaissance de plein droit, qui était à l'époque le privilège des seules décisions d'état. Ceci ne modifie pas à notre sens les conclusions que l'on peut déduire de la décision de la Cour de Cassation.

<sup>1600</sup> V. les différentes opinions citées par H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 270-271, n° 373, et en particulier celle de MM. Gothot et Holleaux (*ac*, Paris, Jupiter, 1985, 159-160, n° 280), qui estimaient que, dans la mesure où la Convention prévoit la reconnaissance de plein droit des décisions, une décision ultérieure du for ne pouvait remettre en question cette reconnaissance. Dans le même sens, J.-P. BERAUDO, *Juris-classeur droit international*, Fasc. 633, 15, n° 46. Mme. *Gaudemet-Tallon* penche par contre pour l'absence d'une condition d'antériorité.

que soit l'ordre chronologique.<sup>1601</sup> Une lecture combinée des articles 34(3) et 34(4) du Règlement fait d'ailleurs apparaître que seule la seconde des deux dispositions pose une condition d'antériorité.<sup>1602</sup> L'absence de condition d'antériorité se comprend en réalité dans un souci de protection des décisions du for, qui se manifeste d'ailleurs indirectement par l'absence de condition d'identité d'objet et de cause : le Règlement permet de rejeter toute décision inconciliable, alors que le motif de refus portant sur la contrariété entre deux décisions étrangères ne vise quant à lui que les seules décisions portant sur le même objet et la même cause.<sup>1603</sup>

**365. Conflit entre une décision du for et une décision étrangère (suite) – Appréciation de la priorité de la décision locale en cas de décision étrangère antérieure** - On a pu écrire que la priorité absolue accordée aux décisions du for n'était pas justifiée.<sup>1604</sup> Il est vrai qu'il peut sembler choquant de privilégier la décision du for alors même que le jugement étranger a été rendu en premier. Ce refus semble en contradiction avec l'idée de chronologie temporelle : si le for réclame la priorité pour ses tribunaux lorsque ceux-ci sont premiers saisis, il doit aller au bout de sa logique et accepter qu'une décision rendue par ses tribunaux s'efface lorsque le juge étranger s'est prononcé antérieurement.<sup>1605</sup> Et l'on observe d'ailleurs qu'exceptionnellement, la priorité est concédée au jugement étranger lorsque celui-ci précède la décision du for. Cette solution est par exemple retenue en Pologne et au Portugal.<sup>1606</sup>

<sup>1601</sup> En l'espèce la question se posait de savoir si le tribunal néerlandais pouvait refuser la reconnaissance d'une décision allemande ayant accordé un secours alimentaire à un époux. La décision allemande avait été prononcée avant que le juge néerlandais ne statue sur le divorce. Ceci n'a pas empêché la Cour de Justice d'admettre que ce dernier juge refuse de faire droit à une demande d'exequatur

<sup>1602</sup> On peut faire la même observation à propos du Règlement 1347/2000 : si l'article 15(1)(d) pose une condition d'antériorité (bien compréhensible, puisqu'à défaut d'une telle condition, on ne pourrait résoudre le conflit), l'article 15(1)(c) qui vise le conflit entre une décision du for et une décision étrangère, fait triompher la première sans avoir égard à la date du prononcé.

<sup>1603</sup> La Cour de Justice a eu l'occasion de se prononcer sur le concept d'inconciliabilité dans ce contexte, v. C.J.C.E., 4 février 1988, *Hoffmann c. Krieg* aff. 145/86, *Rec.*, 1988, 645, point 22. Selon la Cour, sont inconciliables les décisions qui « entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement ». Ainsi, le for pourra refuser tout effet à une décision condamnant un débiteur à des dommages et intérêts pour exécution fautive du contrat lorsqu'il a lui-même déclaré ce même contrat nul. Dans l'affaire *Hoffmann*, la Cour a jugé qu'une décision étrangère accordant à un époux des aliments au titre de ses obligations d'entretien résultant du mariage était nécessairement inconciliable avec une décision du for prononçant le divorce, parce que la première présupposait l'existence d'un lien conjugal alors que ce lien avait été dissous par la décision du for. On ne s'explique d'ailleurs pas pourquoi le texte européen exige l'identité de parties tout en faisant abstraction de l'identité d'objet et de cause. Des décisions peuvent se révéler contradictoires, même si elles n'ont pas été rendues entre les mêmes parties (v. en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, 1996 269, n° 372 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *ac.*, 1985, n° 279 ; A. BUCHER, 1998, 234, n° 763)

<sup>1604</sup> R. GEIMER, "Germany" in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *ac.*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (219), 242. M. Geimer écrit que "Diese Bevorzugung inländischer Urteile ist nicht gerechtfertigt", opinion qu'il reprend dans la quatrième édition de son ouvrage, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2001, 868, n° 2891. M. Geimer propose d'accorder effet à la décision étrangère pour ensuite trancher le conflit entre les deux décisions sur base de la règle interne du Code de procédure civile, à savoir le § 580(7) ZPO. V. également les critiques de W. HAU, 105-106, qui plaide pour une égalité absolue entre jugement étranger et jugement du for, le conflit devant être tranché en privilégiant la décision du juge premier saisi. *Cors.* également les doutes de H. MUIR WATT, note sous *Cass.*, 9 janvier 1996, *R.C.D.I.P.*, 1996, (721), 725 sur la justification de ce qu'elle appelle l'« infériorité congénitale » dont serait affectée la décision étrangère du fait même de son extranéité.

<sup>1605</sup> K. D. KERAMEUS, *ac.*, *Recueil des cours*, 1997, t. 264, 369, s'élève contre la priorité accordée aux jugements du for ; il explique que cette priorité remet en question la règle de litispendance : on peut en effet se demander quel est le rôle de cette règle si la violation de la règle par les tribunaux du for ne sera pas sanctionnée au niveau de la reconnaissance, les jugements du for recevant de toute façon priorité. Sa préférence semble aller à une solution qui accorderait priorité au juge premier saisi (et non au jugement premier rendu).

<sup>1606</sup> Selon G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, *lc.*, in *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 34. Ces mêmes auteurs signalent que dans la majorité des juridictions, le jugement du for triomphera quelle que soit la date de son prononcé (ils évoquent la situation en Espagne, Italie, France, Allemagne, Suisse, Autriche et Hongrie.). *Cors.* *Cass. fr.* 9 janvier 1996,

Cette solution est séduisante. Elle paraît cohérente avec l'idée de priorité chronologique dont on verra qu'elle constitue un principe raisonnable de solution des conflits de procédures (*infra*, n° 631). Accepter au contraire une priorité absolue pour les décisions du for en cas de conflit avec une décision étrangère antérieure ne traduit-il pas une méfiance mal placée, une jalousie judiciaire déplacée ?

Toutefois, des arguments sérieux plaident pour faire triompher la décision du for, même lorsqu'elle intervient après la décision étrangère. Il y va tout d'abord d'une nécessité *pratique* : que va-t-on faire de la décision du for rendue certes postérieurement à et en contradiction avec la décision étrangère, mais qui n'en existe pas moins ? Cette décision ne disparaîtra purement et simplement parce qu'un juge du for déclare reconnaître un jugement étranger. Il faudra encore, si tant est que la procédure nationale le permet, tenter de priver la décision locale de l'autorité qui lui revient. Et l'on peut douter que les dispositions pertinentes du droit national prévoient une telle hypothèse.<sup>1607</sup> A défaut subsisteront deux décisions contradictoires mais de force égale, dont l'une devra d'une manière ou d'une autre être renvoyée dans les 'limbes' juridiques. C'est précisément ce que la Cour de Cassation belge a voulu éviter dans l'espèce déjà invoquée, qui opposait une décision française et une décision belge (*supra*, n° 363). Pour justifier le pourvoi dans l'intérêt de la loi, le ministère public évoquait en effet les difficultés qui pourraient résulter de la coexistence au sein de l'ordre juridique belge de deux décisions contradictoires : il expliquait en substance que « l'exequatur donné au jugement [français] aurait pour effet de mettre les officiers publics belges dans cette situation contradictoire d'être obligés, d'une part, de prêter la main à l'exécution d'un jugement qui condamne un Belge à payer une certaine somme, alors que, d'autre part, il leur serait défendu de prêter la main à ce qu'il soit fait usage du titre servant de base à cette condamnation [...] ».<sup>1608</sup> Et le procureur d'y voir un « trouble intolérable » à l'ordre public. La décision locale subsiste en effet, et permettre qu'on invoque la décision étrangère aboutirait à créer des difficultés inextricables d'exécution.<sup>1609</sup>

### 366. Conflit entre une décision du for et une décision étrangère antérieure (fin)

- On pourrait avancer que lorsqu'un Etat embrasse la reconnaissance *de plano* des décisions étrangères, il peut difficilement faire triompher ses propres décisions sur le jugement étranger antérieur, puisque celui-ci est réputé pouvoir sortir ses effets sans aucune procédure, à la date à laquelle il sort ses effets dans le for d'origine.<sup>1610</sup> Ainsi, la décision étrangère s'imposerait immédiatement au juge du for, dont la décision devrait être écartée pour avoir méconnu le jugement étranger. Ce raisonnement ne nous semble

---

*R.C.D.I.P.*, 1996, 719, note H. MUIRWATT, qui accorde la priorité à la décision algérienne antérieure au jugement français prononçant le divorce. L'annotatrice du jugement y voit l'influence de la convention franco-algérienne applicable en l'espèce.

<sup>1607</sup> *Supra* l'article 1133-3 du Code Judiciaire belge. *Comp.* avec la suggestion de MM. *Gabot* et *Holleaux*, pour qui le principe de la reconnaissance de plein droit des décisions étrangères s'oppose à ce que le for fasse triompher une décision locale prononcée postérieurement à la décision étrangère (a.c., 1985, n° 280 - les auteurs évoquaient la situation particulière de l'espace judiciaire européen, leur raisonnement peut toutefois être prolongé dans le droit commun des Etats qui connaissent la reconnaissance de plein droit). Ils expliquent que pour éviter les difficultés pratiques, il faudrait permettre aux parties d'obtenir une déclaration d'inopposabilité de la décision étrangère, puisqu'il est impossible pour un tribunal du for d'annuler cette décision.

<sup>1608</sup> Conclusions R. Janssens, 4 novembre 1909, *Pas.*, 1909, I, (429), 430-431.

<sup>1609</sup> Ce raisonnement n'est pas neuf, les commentateurs s'appuient généralement sur la nécessité de garantir la cohérence du système juridique du for pour écarter la reconnaissance d'une décision étrangère même antérieure à une décision du for, v. p. ex. les observations de M. FALLON, note précitée, *R.T.D.F.*, 1990, 396-397.

<sup>1610</sup> Même si ceci est constaté de façon rétroactive lors d'une instance de vérification.

pas convaincant : lorsqu'un Etat consacre la reconnaissance de plein droit, il donne la possibilité au créancier du jugement étranger d'invoquer sans autre forme de procès une éventuelle décision étrangère. Si le juge étranger se prononce avant son collègue du for, il suffit au créancier du jugement étranger d'invoquer la décision étrangère au titre de l'exception de chose jugée pour ainsi vider l'instance du for encore pendante de tout - ou au moins d'une partie de son - objet.<sup>1611</sup>

S'il ne le fait pas, pour une quelconque raison, on peut admettre qu'il renonce implicitement à invoquer le bénéfice de la décision étrangère. Il sera alors mal venu de le faire une fois l'instance locale achevée.<sup>1612</sup> S'il a effectivement invoqué la décision étrangère mais que le juge du for a rejeté l'exception de chose jugée, par exemple en raison d'un défaut de compétence indirecte, le problème ne se pose plus : il n'y aura plus de véritable conflit de décisions.

En définitive la priorité accordée à la décision du for semble donc s'imposer.<sup>1613</sup> Il est d'ailleurs significatif que cette solution continue à séduire le législateur européen, puisqu'elle figure à nouveau dans le Règlement 44/2001.<sup>1614</sup> Or nulle considération de souveraineté égoïste n'est permise au sein de l'espace judiciaire européen, tout entier dominé par l'idée d'équivalence des décisions nationales et de la reconnaissance automatique. Si le motif de refus déduit de l'existence d'une décision locale reçoit une telle portée entre Etats européens, l'absence de condition d'antériorité s'impose d'autant plus dans d'autres contextes où la confiance entre Etats est moindre.<sup>1615</sup>

**367. Conflit entre deux décisions étrangères** – Les limites de l'exception de chose jugée expliquent l'existence de conflits de décisions. Lorsqu'un tribunal se prononce sur un litige malgré l'existence d'une décision étrangère, son jugement peut contredire cette dernière. Le conflit ainsi né peut, dans des circonstances exceptionnelles, être soumis à l'arbitrage d'un Etat tiers. L'enjeu est alors différent, en l'absence de décision du for : celui-ci peut se permettre de jouer le rôle de 'policier' neutre.<sup>1616</sup> Plusieurs solutions peuvent être envisagées : si l'on s'en tient au critère chronologique, le for peut choisir de

<sup>1611</sup> Un moyen qu'il pourra la plupart du temps invoquer en tout état de cause, au besoin en sollicitant la réouverture des débats (p. ex. art. 772 C. Jud.).

<sup>1612</sup> V. les observations de P. MAYER, 1998, 450, n° 289, qui note que lorsque la décision du for a été rendue après la décision étrangère, « son autorité efface celle de toute décision antérieure : il appartenait au défendeur d'invoquer à temps l'exception de chose jugée ».

<sup>1613</sup> Il nous semble difficile de moduler la priorité accordée à la décision locale en fonction de l'avancement de l'exécution. La priorité ne lui reviendrait que pour autant qu'elle ait déjà servi de fondement à des actes d'exécution. Si au contraire, la décision n'a pas encore donné lieu à un début d'exécution, on pourrait alors envisager de faire triompher la décision étrangère prononcée antérieurement. Une telle solution nous semble hautement douteuse. Elle nécessite en effet de pouvoir dater avec précision le début de l'exécution d'une décision. Or celui-ci ne s'accompagnera pas toujours d'actes officiels.

<sup>1614</sup> Art. 34(3).

<sup>1615</sup> L'existence d'une double priorité temporelle au profit du juge étranger n'est pas à mon sens de nature à modifier cette conclusion : dans ce cas de figure, le jugement étranger peut en appeler à une double antériorité, antériorité de saisine et antériorité de jugement. Cette double antériorité ne remet toutefois pas en question le refus de reconnaissance. Il appartient en effet à la partie intéressée de soulever l'exception de litispendance si elle se trouve confrontée à une instance locale intentée postérieurement à l'instance engagée à l'étranger. Si l'exception de litispendance échoue et que les deux juges se prononcent, le juge étranger d'abord et le juge local ensuite, le simple fait que le juge étranger ait été saisi en premier ne change rien aux raisons qui justifient la priorité du jugement local, et notamment au souci de cohérence du for. V. en ce sens, M.-L. NIBOYET-HOEGY, 84, selon qui il n'est pas choquant de faire prévaloir le jugement français premier rendu même si c'est le tribunal étranger qui a été saisi en premier, parce que cette préférence donnée au jugement français n'est que la conséquence logique du pouvoir d'appréciation concédé au juge français saisi d'une exception de litispendance.

<sup>1616</sup> *Comp.* avec la possibilité pour les juges anglais de prendre une mesure d'interdiction de procédure lorsque deux juges étrangers ont été saisi du litige, possibilité reconnue dans l'affaire *Airbus* (*supra*, n° 211).

privilegier la décision première rendue ; il peut au contraire accorder la préférence à la décision dernière rendue.<sup>1617</sup> Il peut enfin tenir compte de la priorité de saisine,<sup>1618</sup> au besoin pour moduler les deux premiers critères.<sup>1619</sup>

Le droit comparé révèle que la première solution a les faveurs de nombreux pays.<sup>1620</sup> Elle a notamment été adoptée par le *Privy Council* qui a opté pour la priorité au jugement premier rendu dans l'affaire *Shoulag*.<sup>1621</sup> En l'espèce, le conflit opposait une décision anglaise et un jugement égyptien, qui se prononçaient différemment sur les demandes d'un administrateur de succession qui tentait de récupérer auprès d'un employé d'une banque les sommes que le *de cuius* lui avait confiées. Le hasard voulait que les sommes litigieuses se trouvent sur l'île de Jersey. Les tribunaux de l'île eurent donc à trancher la contradiction entre ce qui était techniquement deux jugements étrangers. S'inspirant fortement de la solution retenue par la Convention de Bruxelles,<sup>1622</sup> le *Privy Council* décida que le jugement premier rendu écartait le second.<sup>1623</sup>

<sup>1617</sup> Pour un aperçu des solutions retenues dans les droit nationaux pour la contradiction entre deux décisions nationales, v. K. D. KERAMEUS, *l.c.*, *Recueil des cours*, 1997, vol. 264, (179), 365-369. Il ressort de cet aperçu qu'en droit autrichien, suisse et grec, c'est le jugement dernier prononcé qui triomphe. La Cour fédérale allemande a retenu la solution contraire (BGH, 13 mars 1981, *N.J.W.*, 1981, 151).

<sup>1618</sup> La préférence pourrait ainsi être accordée au jugement étranger prononcé par le juge premier saisi. C'est la solution privilégiée par W. HAU, 104-105, qui évoque à son appui l'article 69 II de la Convention européenne du 21 décembre 1989 sur le brevet.

<sup>1619</sup> M. Picone a proposé des solutions plus sophistiquées pour trancher la contradiction entre deux jugements étrangers; elles ne se comprennent cependant que dans le cadre des diverses méthodes de coordination des systèmes qu'il propose (ac, *Recueil des cours*, 1999, t. 276, (9), 26-283, n° 98-99). Ainsi, lorsqu'on a opté pour la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, il faudrait selon lui aller jusqu'au bout du raisonnement et appliquer cette méthode pour faire triompher le jugement qui reçoit la priorité selon les règles de l'ordre juridique compétent. Lorsque la question litigieuse doit être appréhendée selon la méthode matérielle, il faudrait au contraire privilégier le jugement, éventuellement postérieur, qui réalise de la meilleure façon le résultat recherché. Il va de soi qu'une telle pluralité de solution ne pourrait être introduite qu'au prix d'une réforme intégrale, et peu réaliste, des méthodes de coordination des systèmes.

<sup>1620</sup> Selon G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), ac, *La Haye*, Kluwer Law International, 2000, (1), 34, la plupart des juridictions appliquent le principe du 'first-in-time' pour départager deux jugements étrangers (évoquent la France, l'Allemagne, la Suisse et l'Autriche). V. aussi C. BECKER, *First in Time, First in Right : Das Prioritätsprinzip im deutschen und US-amerikanischen Zwangsvollstreckungsrecht*, Schriften zum internationalen Recht vol. 115, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 132 p.

<sup>1621</sup> *Shoulag v Mansour*, [1995] 1 A.C. 431, [1994] 2 All ER 129 ; [1995] I.L.Pr 157 (P.C.) et les commentaires de E. MORGAN, « Cyclops meets the Privy Council : the conflicts in the conflict of laws », *Can Y. B. I. L.*, 1995, 3 e.s.

<sup>1622</sup> A l'origine, la Convention ne prévoyait pas de règle permettant de trancher le conflit opposant deux décisions étrangères. Ce n'est qu'avec la Convention d'adhésion de 1978 que fut ajouté un article 27 (5), qui vise le conflit entre un jugement émanant d'un autre Etat contractant que le for et un jugement d'un for tiers. Ce motif de refus de reconnaissance s'appuyait sur la priorité temporelle : la décision première rendue triomphe, qu'elle ait été prononcée par un juge européen ou un juge tiers. Ce faisant, les Etats membres ont évité l'écueil qui aurait consisté à privilégier systématiquement la décision rendue dans un autre Etat membre, en raison de l'existence d'une obligation conventionnelle quasi absolue de reconnaissance qui confère aux jugements européens un statut spécial.

Le texte de l'article 27(5) ne permettait toutefois pas de faire face à un conflit, très hypothétique, entre deux jugements émanant de tribunaux européens. Pour combler cette lacune, on a proposé de faire prévaloir la décision première rendue (v. les suggestions de G. DROZ, 1972, n° 519 à 523, qui furent reprises par Mme Gaudemet-Tallon, 1996, 274-275, n° 380, MM. GOTHOT et HOLLEAUX, ac, 1985, n° 282 ; K. KERAMEUS, ac, *Recueil des cours*, 1997, t. 264, 368, note 958 ; A. BUCHER, 1998, 234, n° 761). Cette solution raisonnable se comprenait, s'agissant de décisions provenant d'Etats contractants présumés équivalents. Elle a été consacrée par le Règlement 44/2001, l'article 34(4) étendant la règle de l'ancien article 27(5) pour couvrir cette hypothèse exceptionnelle. Ce faisant, on a également appliqué à l'hypothèse de la contradiction entre deux jugements européens les conditions restrictives posées pour ce motif de refus de reconnaissance - notamment l'exigence d'identité de parties, de cause et d'objet. Or ces conditions se comprenaient dans le contexte de l'ancien article 27 (5) parce qu'il s'agissait de faire triompher un jugement d'un Etat tiers sur celui d'un Etat contractant. On pouvait dès lors se permettre de subordonner la primauté du jugement de l'Etat tiers à l'existence d'une identité parfaite entre jugements. Le motif de refus nouvellement introduit avec le Règlement concerne lui la contradiction entre deux jugements européens. La définition très stricte de l'inconciliabilité retenue pour ce motif de refus pourrait soulever des difficultés, puisque des décisions peuvent être contradictoires même lorsqu'elles



La préférence pour le jugement premier rendu n'est toutefois pas partagée par tous les droits nationaux. Le droit américain notamment se distingue en accordant la faveur au jugement dernier rendu. C'est la solution qu'a retenue la Cour Suprême dans l'affaire *Sunshine Mining*.<sup>1624</sup> En l'espèce les tribunaux de l'Etat de Washington avaient décidé en faveur du mari de la défunte dans un litige portant sur le partage de sa succession. Les tribunaux de l'Idaho quant à eux, après avoir décidé que les tribunaux de Washington n'étaient pas compétents, donnèrent raison à la fille de la défunte. Le détenteur des biens litigieux voulut savoir à quelle décision s'en tenir et sollicita l'aide des tribunaux fédéraux. La Cour Suprême accorda la préférence au jugement second rendu.<sup>1625</sup>

Il est encore une autre solution possible, plus radicale, qui consiste à écarter les deux décisions comme s'annulant et à ordonner aux parties de reprendre les débats au fond devant le juge local!<sup>1626</sup> Cette solution - qui peut se comprendre dans d'autres contextes, comme celui de la fameuse 'bataille des conditions générales' - fait fi de toute économie de procédures. Elle se heurte également à la nécessité d'établir la compétence du for pour se prononcer sur le fond du litige.

**368. Conflit entre deux décisions étrangères (suite)** - Pour s'en tenir aux deux règles principales (priorité au jugement premier rendu ou dernier rendu), c'est la première solution qui remporte notre préférence. Accorder la priorité à la deuxième décision risque en effet d'encourager les parties à remettre en question les décisions qui leur sont défavorables.<sup>1627</sup>

En outre, lorsque deux décisions sont rendues successivement dans le même litige, la décision seconde rendue ne peut l'être qu'au mépris de l'autorité de la chose jugée de la première décision. Il aurait en effet suffi d'accueillir l'exception de chose jugée déduite

portent sur une cause ou un objet différent. On remarquera d'ailleurs que l'article 15(1)(d) du Règlement 1347/2000 ne subordonne pas le motif de refus déduit de l'inconciliabilité à une condition d'identité de cause ou d'objet. V. déjà les suggestions de H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 274-275, n° 380, qui suggérerait d'écarter tout condition d'identité pour l'hypothèse d'une contradiction entre deux jugements européens.

<sup>1623</sup> On peut s'étonner de voir les tribunaux anglais en appeler à la chronologie procédurale pour trancher un tel conflit, lorsque l'on sait qu'ils se montrent relativement indifférents à cette circonstance lorsque les deux procédures sont simplement pendantes ! Il existe cependant une exception à la règle de la priorité du premier jugement, à savoir la possibilité pour le créancier du second jugement d'invoquer l'estoppel, le créancier du premier jugement ayant renoncé à l'invoquer, v. *Republic of India v India Steamship Co Ltd* [1993] AC 410, 440-441.

<sup>1624</sup> *Treines v Sunshine Mining Co*, 308 U.S. 66, 60 S. Ct. 44; 84 L. Ed. 85 (1939).

<sup>1625</sup> V. pour plus de détails, R. B. GINSBURG, "Judgments in Search of Full Faith and Credit : The Last-In-Time Rule for Conflicting Judgments", *Harv L. Rev*, 1966, 799 e.s. Juenger a observé que cette préférence pour le jugement dernier rendu ne sera peut être pas automatiquement transposée dans le contentieux international (Juenger, *Am J. Comp. L.*, 1988, 25). La jurisprudence fait en effet apparaître une certaine hésitation sur la question, certaines décisions s'en tenant à la priorité du jugement dernier rendu (p. ex. *Ackerman v Ackerman*, 517 F. Supp. 614 (S.D.N.Y. 1981) (conflit entre un jugement anglais et une décision californienne); *Ambatielos v Foundation Co*, 203 Misc. 470, 116 N.Y.S 2d 641 (Sup. Ct. 1952) (jugement grec et jugement anglais) et *Perkins v de Witt*, 279 A.D. 903, 111 N.Y.S. 2d 752 (1952). D'autres décisions refusent d'accorder la préférence à l'une ou l'autre décision (*Bata v. Hill*, 139 A.2d 159 (Del. Ch. 1958) et la jurisprudence citée par C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987, 337-338. Parfois c'est la décision ultérieure du for qui l'emporte, v. *Peutz v Kuppinger*, 31 Cal. App. 3d 590 (1973).

<sup>1626</sup> C'est apparemment la solution qu'avait suggéré la Cour d'appel de Jersey aux parties dans l'affaire *Shoulag* déjà évoquée.

<sup>1627</sup> En ce sens, S. C. SYMEONIDES, W. PERDUE et A. T. VON MEHREN, *Conflict of Laws* St. Paul, West, 1998, 795 et les observations de P. MAYER, 1998, 451, n° 289-290, qui écrit que « il faut d'ailleurs empêcher les parties de recommencer sans fin les procès, et l'inefficacité promise à la seconde décision est de nature à les en décourager ».



de la première décision pour mettre fin au litige. Or l'exception de chose jugée étrangère constitue un acquis fondamental du contentieux international. Refuser de reconnaître la chose jugée d'une décision étrangère parce qu'une procédure est en cours dans le for, comme autorisés par certains droits nationaux (*supra*, n° 358), nous semble confiner à l'égoïsme. De même, il nous semble déplacé de refuser de reconnaître la décision première rendue en en appelant à la priorité de saisine du for de la reconnaissance, un motif de refus auquel nous ne pouvons souscrire (*supra*). En principe dès lors, il nous semble préférable de privilégier la décision première rendue. Il est toutefois difficile d'ériger cette préférence en règle *absolue*. Il se peut en effet que le juge auquel était opposé l'exception de chose jugée déduite du jugement premier rendu, l'ait écarté pour un motif tout à fait légitime, par exemple le défaut de compétence du juge qui s'est prononcé. Dans ce cas, on comprend que le for poursuive l'examen de la cause et se prononce à son tour sur le litige. Il est sans doute plus difficile d'être catégorique lorsqu'il convient de départager deux décisions étrangères. D'ailleurs la solution inverse - accorder la priorité au jugement étranger dernier rendu - n'est pas non plus dénuée de toute pertinence : non seulement elle peut être présumée refléter le dernier état du litige ; mais en outre, le débiteur du deuxième jugement avait tout le loisir d'invoquer l'autorité du premier jugement pour empêcher la naissance d'une décision contradictoire.<sup>1628</sup>

En définitive, la règle de priorité temporelle nous semble devoir être privilégiée. Elle aboutira à privilégier le jugement premier rendu, même s'il a été saisi par le juge second saisi. Cela revient à faire triompher l'exception de chose jugée sur une éventuelle exception de litispendance. Cette solution nous semble s'imposer : la première est une solution quasi universellement reconnue. On verra qu'au contraire, la litispendance, entendue comme la priorité du juge premier saisi, n'a pas convaincu les pays de *common law* (*infra*, n° 516). Il est dès lors difficile de sanctionner une procédure pour la seule raison que le juge n'a pas donné suite à une exception de litispendance. La violation de l'exception de chose jugée appelle au contraire une sanction. Elle impose à notre sens le respect du jugement premier rendu.<sup>1629</sup>

\*            \*  
\*            \*

<sup>1628</sup> Argument invoqué aux Etats-Unis pour justifier la 'last-in-time rule' : *Armatelos v Foundation Co.*, 203 Misc. 470, 476 ; 116 N.Y.S. 2d, 641, 648 (Sup. Ct. 1952° et *Ackerman v Ackerman*, 517 F. Supp. 614, 625.

<sup>1629</sup> Il est une autre solution possible pour départager deux décisions étrangères, à savoir accorder la priorité à la décision étrangère dont la reconnaissance a été sollicitée en premier. On pourrait alors lire cette règle comme une référence à la décision qui a été invoquée la première en Belgique à l'appui par exemple d'une exception de chose jugée ou de tout autre effet (ex. demande de mariage devant l'officier d'état civil en cas de divorce à l'étranger). Cette solution est élégante, en ce qu'elle évite de devoir trancher entre la priorité du jugement premier ou dernier rendu. On se contente de mesurer la priorité sur base du critère des effets recherchés en Belgique. Elle semble toutefois poser un problème, en particulier lorsque le for reconnaît les décisions étrangères de plein droit puisque la reconnaissance est alors informelle et donc précaire. Il peut en effet s'avérer délicat de déterminer à quel moment précis une partie a invoqué le bénéfice d'une décision étrangère.



SECONDE PARTIE

TITRE II

## INTRODUCTION

369. **La coordination des procédures concurrentes par la déférence** - Lorsqu'un même litige fait l'objet de deux procédures concurrentes, le conflit de procédures peut se résoudre comme la rencontre de deux voitures à un carrefour : à l'instar du conducteur qui cède la priorité au véhicule venant de droite (ou de gauche), un des juges concernés peut laisser le soin à l'autre de trancher le litige. C'est ainsi qu'un tribunal belge saisi d'une demande de dommages et intérêts par un concessionnaire qui prétend que son cocontractant a mis abusivement fin au contrat les liant se dessaisira en faveur du tribunal suisse en application de l'article 21 de la Convention de Lugano lorsque ce dernier a été saisi auparavant par le concédant d'une demande visant à faire constater l'inexistence du contrat. L'exception de for plus approprié des droits de la *common law* - le fameux *forum non conveniens* - permet d'assurer la même coordination entre procédures concurrentes. Ainsi, si un même contrat de concession lie un concessionnaire canadien à un concédant anglais, le premier pourra demander au juge anglais saisi par le second de surseoir à statuer en déférence à une procédure canadienne qu'il a lui-même engagée. Le juge accueillera cette exception s'il estime que le tribunal canadien est, au vu des circonstances de la cause, mieux placé pour trancher le litige. C'est enfin dans la même logique qu'un juge français se déclarera incompétent lorsque le demandeur français qui le saisit a déjà porté son action devant un tribunal étranger, du moins lorsque cette action trahit la volonté de renoncer au privilège de juridiction offert par l'article 14 du Code civil.

Dans toutes ces hypothèses, le conflit de procédures se résout par une mesure de coordination qu'on pourrait appeler la *déférence* ou l'*abstention* d'un des tribunaux, qui s'efface spontanément pour laisser à l'autre le soin de statuer sur le litige.<sup>1630</sup> L'abstention connaît différentes traductions en droit positif. Certaines, comme l'exception de litispendance internationale, visent spécifiquement l'hypothèse du conflit de procédures. D'autres ont un champ d'application plus étendu - l'exception du for plus approprié peut ainsi également être invoquée en l'absence de saisine concurrente du juge étranger. Le trait commun à toutes ces doctrines est qu'elles conduisent un juge à renoncer à exercer une compétence qu'il possède.<sup>1631</sup> L'appellation générique - nous utiliserons indifféremment les concepts d'abstention et de déférence<sup>1632</sup> - permet de rassembler sous

<sup>1630</sup> L'abstention ou la déférence telle que nous l'entendons ici doit être distinguée de la situation dans laquelle il existe un *obstacle* à la compétence du juge, ou que celui-ci ne possède pas le pouvoir de juridiction requis. Dans le cadre des conflits de procédures, une telle constatation d'incompétence ne sera pas exceptionnelle. Il n'est en effet pas exclu qu'une partie saisisse un for, qu'elle sait pertinemment être dénué de compétence, dans l'espoir d'épuiser les ressources de l'adversaire par une exténuante escarmouche sur la compétence, ou encore pour retarder autant que faire se peut l'issue du litige - même si on ne peut exclure que la saisine d'un for incompétent soit l'oeuvre d'une partie de bonne foi. Dans ce cas également il est mis fin au parallélisme de procédures par l'extinction d'une procédure. Cette extinction ne se fait cependant que pour des raisons qui touchent à la procédure même du for, sans avoir égard à la procédure concurrente engagée devant un juge étranger. Si le résultat final est le même, on ne peut dès lors parler d'une véritable abstention au sens où nous l'entendons ici. L'*abstentionnisme* judiciaire dont il est question ici est autre. Il n'entre en scène que lorsque le juge renonce à statuer, une fois établi qu'il possède compétence et pouvoir de juridiction pour ce faire.

<sup>1631</sup> La langue anglaise dispose d'une expression concise pour désigner ces différentes doctrines : 'decline (ou) declining jurisdiction'. V. la définition qu'en donne J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction*, 2 : "The phrase 'declining jurisdiction' refers to the situation where a court which has jurisdiction refuses to exercise it".

<sup>1632</sup> L'utilisation du terme 'abstention' dans le contexte des conflits de juridiction n'est pas nouvelle. Il a par exemple été utilisé pour désigner le refus des tribunaux de trancher un litige impliquant un Etat étranger : p. ex. G. VAN HECKE, "Notes critiques sur la théorie de la non-justiciabilité", in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, (517) 522, n° 10. Le droit américain donne à cette expression la même signification dans le cadre des relations fédérales (*infra*, n° 589).

un concept fédérateur diverses doctrines qui, malgré les différences qui les séparent, permettent toutes de résoudre le conflit de procédure de la même façon.

370. **Plan du titre** – La coordination par la déférence est le mécanisme que nous entendons privilégier pour la résolution des conflits de procédures. Il convient dès lors d'expliquer les raisons de ce choix. Pour ce faire, un détour par l'histoire s'impose, qui permettra d'envisager les différentes formes que peut revêtir l'abstention. L'étude historique sera également l'occasion d'apercevoir les nombreuses résistances que l'abstention a dû affronter avant d'être acceptée. Voilà l'objet du premier chapitre de ce titre. Nous pourrions ensuite nous employer à dégager dans un second chapitre le profil que devrait idéalement adopter l'abstention.



## CHAPITRE I

### LA COORDINATION PAR LA DEFERENCE : UNE SOLUTION A PRIVILEGIER

## CHAPITRE I

### LA COORDINATION PAR LA DEFERENCE : UNE SOLUTION À PRIVILÉGIER

371. **Introduction – une solution qui s’est progressivement imposée** – Le droit comparé révèle que l’abstention au profit d’une procédure concurrente peut prendre de multiples formes. Dans certains pays, la coordination des procédures concurrentes par la déférence passe par la reconnaissance d’une *exception de litispendance internationale*. Dans d’autres le tribunal ne s’effacera devant la saisine du juge étranger que si celui-ci lui paraît mieux placé pour connaître de la cause, selon la technique bien connue du *forum non conveniens*. A côté de ces deux principales manifestations de la déférence existent d’autres variantes, aux contours plus ou moins bien définis.

Au sein de l’espace judiciaire européen, la coordination par la déférence a été élevée au rang de solution *de principe* des conflits de procédures – si l’on fait exception du rôle préventif que jouent les règles de compétence uniformes partagées par tous les Etats membres. Il en sera sans doute de même pour la future Convention de La Haye – à la différence que les rédacteurs de la Convention ont judicieusement combiné deux formes d’abstention. Dans le droit commun d’autres pays, et en particulier ceux qui se sont inspirés de la *common law*, l’abstention coexiste avec d’autres solutions, comme par exemple l’injonction *anti-suit*.

La consécration de l’abstention par la Convention de La Haye en fait un phénomène incontournable, ce que confirme sa reconnaissance croissante par le droit commun des Etats. Au total on peut dire sans crainte de généraliser que l’abstention, dans ses multiples formes, occupe aujourd’hui les devants de la scène lorsqu’il s’agit de résoudre les conflits de procédure.<sup>1633</sup> Il n’en a pas toujours été ainsi. Au contraire, l’étude de la jurisprudence révèle la défaveur avec laquelle était perçue jusqu’il n’y a pas si longtemps la possibilité pour un tribunal de céder la priorité à un autre.

Cette défaveur s’effacera progressivement et la déférence s’imposera comme solution des procédures concurrentes. Il n’est pas sans intérêt de retracer les grandes lignes de cette évolution historique (section 1). Ceci permettra tout d’abord d’expliquer plus avant le fonctionnement des deux grandes formes de l’abstention. Dans le même temps, on apercevra l’étonnant parallélisme de l’évolution des conceptions nationales à propos de la déférence internationale. Une fois les grandes lignes de l’évolution historique dessinées, on expliquera dans un deuxième temps pourquoi l’abstention internationale emporte notre préférence comme mécanisme de coordination des procédures concurrentes (section 2).

---

<sup>1633</sup> V. également les travaux que l’ILA a consacré à la technique de la ‘declining jurisdiction’ et qui ont débouché sur les ILA Leuven-London Principles on Declining Jurisdiction (sur ce projet, G. WALTER et F. M. R. WALTHER, *International Litigation: Past Experiences and Future Perspectives*, Bern/Zürich/Bruxelles, Stämpfli/Schulthess/Bruylant, 2000, 42-43).



## Section 1 : l'émergence de la déférence internationale

**372. Introduction** - L'histoire de la déférence comme technique de résolution des conflits de procédures est celle d'une lente disparition de la méfiance, voire de l'hostilité qui entourait cette solution, méfiance qui a progressivement fait place à une acceptation de plus en plus grande. L'émergence de l'abstention a emprunté des chemins différents selon les juridictions. Il convient de tenir compte de ces différences pour tracer le parcours qu'ont emprunté les tribunaux des différents pays étudiés.

Dans les pays d'Europe continentale c'est l'exception de litispendance internationale qui constitue le véhicule principal de l'abstention. Cette figure juridique ne s'est pas imposée partout de la même façon, ni à la même période. Pour illustrer l'évolution des mentalités face à la litispendance internationale, nous prendrons l'exemple du droit français, qui nous semble le plus représentatif. Là où d'autres jurisprudences ont très tôt conféré une portée internationale à l'exception de litispendance – on pense au droit allemand, *infra* n° 706 -, ou au contraire n'ont toujours pas franchi ce pas – à l'instar des tribunaux belges, *infra*, n° 400-, la jurisprudence française donne l'exemple d'une évolution lente mais certaine vers une reconnaissance de la litispendance internationale. L'histoire de cette jurisprudence fera également apercevoir les artifices auxquels les tribunaux ont dû recourir pour donner effet à une procédure étrangère concurrente sans pour autant s'incliner devant celle-ci (§ 1).

La tradition anglaise a quant à elle rattaché l'abstention au mécanisme du '*stay*', qui a donné naissance au *forum non conveniens*. Ce mécanisme s'est imposé dans la plupart des pays de *common law*, avec quelques différences locales il est vrai. Pour illustrer la transformation progressive du '*stay*', conçu au départ comme un mécanisme anti-abus mais qui va évoluer vers une doctrine d'application générale, nous avons choisi de dépeindre l'évolution qu'a connu le droit anglais, qui pour être la plus linéaire, et dès lors la plus facile à raconter, n'en présente pas moins l'exemple d'une évolution pleinement aboutie (§ 2). On verra à cette occasion que l'exception de for inapproprié n'est somme toute que de facture récente.

### § 1. L'émergence du déclinatoire de litispendance internationale : l'exemple du droit français

**373. Généralités** - L'exception de litispendance est une figure bien connue du droit interne des pays de tradition romano germanique.<sup>1634</sup> D'aucuns n'ont d'ailleurs pas hésité

<sup>1634</sup> A titre d'exemple on mentionnera l'article 100 du Nouveau Code de Procédure Civile (France); article 29 Code Judiciaire (Belgique); article 158 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering (Pays-Bas); § 261 III n° 1 ZPO (Allemagne, v. l'analyse de cette disposition par B. HEIDERHOFF, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit im Ehescheidungsverfahren*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1998, 17-48); § 233-1 du ZPO autrichien; article 553-5° Ley de Enjuiciamiento civil (Espagne, sur cette règle, v. E.C. BAZAGA, *La litispendencia Comunitaria*, Madrid, Eurolex, 1997, 21-27); article 222 du Code de procédure civile grec; pour le Portugal, v. les articles 115 à 121 du Código de Processo civil; pour les droits scandinaves, L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 65-68, n° 5-6. En droit suisse, l'exception de litispendance est prévue par les codes cantonaux de procédure, p.ex. art. 160 ZPO de Berne ou l'art. 107 ZPO de Zürich. Sur ces différentes dispositions, v. l'analyse détaillée de M. WITTIBSCHLAGER, *Rechtshängigkeit in internationale Verhältnissen*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1994, 4-20 ainsi que l'ouvrage de J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, éd. Payot, 1991, 369 p.

à en faire remonter l'origine au droit romain.<sup>1635</sup> A partir de cette tradition romano-germanique, elle a essaimé, avec quelques modifications, vers des pays aussi divers que le Québec,<sup>1636</sup> le Japon,<sup>1637</sup> l'Afrique du Sud,<sup>1638</sup> l'Ecosse<sup>1639</sup> et la Chine.<sup>1640</sup> Le déclinatoire de litispendance empêche les plaideurs de profiter de la pluralité des fors prévus par un ordre juridique pour saisir plusieurs juges d'un même litige. A ce titre il vise à préserver la cohérence du système juridique en évitant que plusieurs tribunaux statuent séparément sur les demandes identiques dont chacun d'entre eux a été saisi et rendent ainsi des décisions contradictoires ou du moins difficilement conciliables.<sup>1641</sup> L'exception de litispendance fait classiquement appel à la date de saisine des juridictions pour départager les tribunaux concurrents : le juge second saisi doit s'effacer devant le juge premier saisi.

Depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, l'exception de litispendance<sup>1642</sup> fait figure de solution *privilegiée* des conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire européen. Cette position prééminente n'a pas été démentie par les multiples avatars de cette convention. Elle a d'ailleurs trouvé appui dans l'évolution du droit commun des Etats membres.

Cette solution ne va pas de soi. Elle ne s'est imposée qu'au terme d'une longue évolution, sans que l'on puisse d'ailleurs affirmer que tous les Etats soient aujourd'hui convaincus des vertus de l'exception de litispendance internationale. Le parcours qui a mené à une plus grande acceptation de l'exception de litispendance a été long et mouvementé. Pour l'illustrer, nous ferons appel à la jurisprudence française dont le moindre des mérites n'est pas d'avoir mené à son terme l'ouverture au déclinatoire de litispendance.

<sup>1635</sup> Sur la litispendance en droit romain, v. E. SPIRO, "The defence of *lis alibi pendens*", *Comp. & Int'l L. J. of Southern Africa*, 1976, 89 ainsi que le rapport de SACERDOTI pour l'Institut de Droit International : "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents", *Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, vol. 15, 1896, (85), 87, note 2.

<sup>1636</sup> Articles 165-166 du Code de Procédure civile.

<sup>1637</sup> Article 231 du Code japonais de Procédure civile, v. T. SAWAKI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1979-80, (17), 19-20.

<sup>1638</sup> Sur la litispendance en droit sud-africain, v. E. SPIRO, *l.c.*, *Comp. & Int'l L. J. of Southern Africa*, 1976, (89), 92-98.

<sup>1639</sup> Dans la jurisprudence récente v. *Melides v Richard Neil McDiarmid Anderson*, Court of Session, Inner House, 16 juin 1993, disponible sur Lexis; *Flannigan v British Dyewood Company Ltd.*, 1971 SC 110; 1971 SLT 208 (Outer House 12 février 1971). Dans la jurisprudence plus ancienne, v. *Aitken v Dick* (1863) 1 S.C. (Macpherson) 1038; *McAlay v Cowe* (1873) 1 S.C. (Rettie) 307 et *Nelson v Gordon*, (1974) 1 S.C. (Rettie) 1093.

<sup>1640</sup> Article 35 de la loi sur la procédure civile de 1982, cité par H. ZHENJIE, "International Jurisdiction of Chinese Courts in Contractual Matters : Rules, Interpretation and Practice", *N.I.L.R.*, 1999, (204), 224.

<sup>1641</sup> P. ex. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, II, *La compétence*, Paris, Sirey, 1973, 834, n° 801. Cf. également J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montschrestien, 1991, 641, n° 887.

<sup>1642</sup> Le concept de 'litispendance' ('*Rechtshängigkeit*' (allemand), '*aanhangigheid*' (néerlandais), '*litispendenza*' (italien), '*litispendencia*' (espagnol), en droit autrichien le terme utilisé est celui de '*Streitanhängigkeit*') désigne littéralement la circonstance qu'un litige est soumis à un tribunal. Par extension, la notion s'entend généralement comme visant la situation dans laquelle le même litige fait l'objet de deux procédures concurrentes. Selon la définition qu'en donnait M. de Paepé, "il y a litispendance lorsqu'une cause introduite devant un juge, est déjà pendante devant un autre juge" : P. DE PAEPE, *Études sur la compétence civile*, I, Bruxelles, Bruylant, 1889, 256. Il serait sans doute plus indiqué de parler de 'double litispendance' pour exprimer l'idée du dédoublement de procédures, comme l'observe C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu Legum Buxidel opstellen aangeboden aan R.D. Kolléwijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, 502. C'est ce que semble d'ailleurs faire l'expression néo-latine utilisée en droit anglais : *lis alibi pendens*. On comprend cependant mieux l'absence de référence expresse au dédoublement lorsque l'on sait que l'expression traditionnellement consacrée est celle d'*exception de litispendance*. Cette dernière expression suffit à traduire l'idée que la situation visée est celle dans laquelle le litige a déjà été porté à la connaissance d'un autre juge. M. Palsson proposait de parler de la 'reconnaissance de la litispendance étrangère', L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. L. Stud.*, 1970, (59), 62. La référence à l'*exception* de litispendance indique également le caractère inhabituel du mécanisme, qui voit un tribunal renoncer à statuer sur un litige alors qu'il est compétent pour en prendre connaissance.

Si l'on s'en tient à la jurisprudence de la Cour de Cassation, l'histoire de la litispendance internationale en droit français peut se résumer à peu de choses. Il suffirait d'évoquer le refus de la Cour, constant jusqu'en 1974, d'accueillir cette exception dans les espèces internationales, pour ensuite constater que cette même Cour a changé son fusil d'épaule à cette date dans l'affaire *Minera de Fragne (infra, n° 395)*. Ce serait toutefois faire fi de certains courants plus discrets, qui permettaient déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, par des voies détournées, aux tribunaux français de renoncer à statuer en raison de l'existence d'une procédure concurrente engagée devant un juge étranger. Pour permettre de rendre compte de ces courants, on distinguera, de façon sans doute un peu artificielle, deux périodes dans l'évolution de l'attitude des tribunaux français à l'égard de la coordination par l'abstention. Une première période s'étend sur tout le 19<sup>ème</sup> siècle et la première moitié du siècle qui a suivi (I). Elle est faite de refus obstinés d'étendre le bénéfice de la litispendance aux espèces internationales, mêlées de décisions plus nuancées qui laissaient la porte ouverte à une certaine coordination. Ces décisions ont dans un second temps laissé place à l'accueil progressif d'une véritable exception de litispendance internationale (II).

## I. LES HEURES SOMBRES DE LA LITISPENDANCE INTERNATIONALE AU 19<sup>ÈME</sup> SIÈCLE

**374. Le principe et les exceptions** - Les tribunaux français se sont très vite prononcés contre la coordination des procédures concurrentes par le biais de l'exception de litispendance internationale. Ce refus de principe ne doit toutefois pas cacher que déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, la coordination des procédures concurrentes pouvait s'imposer par des voies détournées. Nous examinerons successivement le principe et les exceptions.

### A. Le principe : le refus de la litispendance internationale

**375. Une jurisprudence unanimement opposée à la litispendance internationale** - La jurisprudence française, dont l'histoire a si bien été dressée par M. *Holleaux*,<sup>1643</sup> se montrait au 19<sup>ème</sup> siècle pour le moins réticente au déclinatoire de litispendance : de façon unanime, les tribunaux décidaient que l'existence d'une procédure concurrente engagée devant une juridiction étrangère n'empêchait pas le juge français de statuer sur la cause qui lui était soumise.

Déjà en 1827 la Cour de Cassation rejetait une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure étrangère.<sup>1644</sup> La Cour confirma cette solution en 1842 à l'occasion d'un litige portant sur la succession d'un Français à propos de laquelle se disputaient plusieurs tuteurs du *de cuius*, ainsi qu'un mandataire désigné pour la gestion de la tutelle.<sup>1645</sup> Plusieurs actions avaient été introduites devant un tribunal sarde, alors qu'une action en partage était pendante devant le tribunal de Grenoble. La Cour de Grenoble

<sup>1643</sup> D. HOLLEAUX, "La litispendance internationale", *Travaux de la Commission Française de Droit International*, 1971-73, (203), spéc. pp. 205-209. V. du même, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, pp. 166-169, n° 157-159.

<sup>1644</sup> Cass. Req., 30 mai 1827, S., 1827, I, 425. M. FOELIX (M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois en matière de droit privé*, I, 4<sup>ème</sup> éd., par DEMANGEAT, Paris, 1866, 369, n° 182) cite (et critique) également les arrêts suivants prononcés par des 'Cours royales', et qui tous rejettent la litispendance, en s'appuyant sur la circonstance que les jugements étrangers ne pouvaient être exécutés en France : Paris, 23 thermidor An XII, *Sirey*, 1807, II, 855 (la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt par une décision en date du 7 septembre 1808, *Sirey*, 1808, I, 453); Montpellier, 12 juillet 1826, *Sirey*, 1827, II, 227; *Dalloz*, 1826, II, 140.

<sup>1645</sup> Cass. fr., 16 février 1842, S., 1842, I, 714; *Dalloz*, 1842, I, 93.

refusa de faire droit à l'exception de litispendance invoquée par un des défendeurs à l'action en partage. La Cour de cassation rejeta le moyen tiré de l'exception : après avoir reconnu dans un premier motif qu'il n'y avait sans doute pas identité entre les litiges, la Cour indiqua qu'en "principe général, et à moins de stipulations diplomatiques contraires, les dispositions de l'article 171 du Code de procédure civile ne sont applicables qu'à des instances liées devant les tribunaux français".

La solution est restée constante tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle, que ce soit dans la jurisprudence de la Cour<sup>1646</sup> ou dans celle des tribunaux du fond.<sup>1647</sup> Les tribunaux se contentaient le plus souvent de constater que l'exception de litispendance "ne peut avoir d'effet qu'à l'égard des instances liées devant les tribunaux français".<sup>1648</sup> La Cour de Cassation avait elle-même donné le ton en se contentant, pour seule réponse au moyen reprochant à un arrêt d'avoir rejeté une exception de litispendance, de constater que "[l]exception de litispendance ne peut être opposée qu'autant qu'il y a litispendance devant les tribunaux français".<sup>1649</sup> La doctrine de l'époque n'était pas en reste. Ainsi M. Bonfils, dans son étude parue en 1865, écrivait-il que "[l]a litispendance ne peut exister qu'entre tribunaux du même pays, chargés par le même pouvoir de rendre la justice".<sup>1650</sup>

**376. Une jurisprudence bien dans l'air du temps** - La jurisprudence française, qui rejetait sans autre discussion les appels des plaideurs à s'effacer devant la saisine antérieure d'un juge étranger, n'était pas isolée, au contraire ! La position des tribunaux français était sans conteste caractéristique de l'époque. Ainsi, les tribunaux belges n'étaient-ils pas moins opposés à la coordination des procédures concurrentes par la déférence. Dès 1823, la Cour d'Appel de Bruxelles décida "qu'on ne peut tirer aucun avantage d'une contestation pendante devant un tribunal français pour s'appuyer devant les tribunaux [belges] d'une litispendance de ce chef [...]".<sup>1651</sup> En l'espèce le litige, portant sur la récupération par une entreprise de transport de tabac de droits perçus par l'administration française, avait déjà été porté à la connaissance des tribunaux français, où les associés obtinrent une saisie-arrêt. D'autres associés de la même entreprise s'en furent ensuite chercher justice en Belgique. A l'appui de leur demande ils invoquaient le fait qu'en vertu du traité du 25 avril 1818 le gouvernement des Pays-Bas avait succédé au gouvernement français comme débiteur de leurs créances. Il leur importait donc

<sup>1646</sup> Cass., 27 janvier 1847, *S.*, 1847, I, 819; Cass. fr., 11 décembre 1860, *S.*, 1861, 1, 331; *D.*, 1861, 1, 166; (deuxième espèce); Cass. fr. Req., 6 février 1878, *S.*, 1880, 1, 79; *J.D.I.*, 188, 372.

<sup>1647</sup> Par exemple Paris 9 juillet 1884, *J.D.I.*, 1884, 626; Comm. Nantes, 25 juillet 1888, *J.D.I.*, 1889, 640; Lyon, 19 août 1905, *J.D.I.*, 1906, 159; Trib. Comm. Dunkerke, 16 mai 1887, *J.D.I.*, 1889, 640 (résumé); Trib. Comm. Nantes, 25 juillet 1888, *J.D.I.*, 1889, 640 (résumé); Trib. Civ. Dreux, 20 juin 1877, *J.D.I.*, 1881, 256 (résumé); Paris, 29 juin 1888, *J.D.I.*, 1890, 323 (approuve Trib. Civ. Versailles, 21 avril 1886, reproduit à la même place).

<sup>1648</sup> P. ex. Lyon, 17 oct. 1886, *J.D.I.*, 1887, 186 (à propos d'une instance concurrente pendante aux Etats-Unis portant sur le paiement de marchandises livrées). V. également Trib. Seine, 29 mai 1873, *J.D.I.*, 1875, 21 (résumé); Paris, 11 décembre 1855, *S.*, 1856, 2, 302; *D.P.*, 1855, 5, 200; Rouen, 9 février 1859, *J.D.I.*, *S.*, 1860, 2, 25; Trib. Comm. Nantes, 25 juillet 1888, *J.D.I.* 1889, 640 (résumé) (le tribunal décide que l'article 171 du CPC "ne peut trouver son application que dans le cas où la demande formée pour le même objet a été introduite devant un autre tribunal français et non un tribunal étranger"); Paris, 19 janvier 1888, *J.D.I.*, 1889, 666, 667 (la Cour constate simplement que "la litispendance ne [peut] exister entre un tribunal français et un tribunal étranger"); Paris, 25 juillet 1877, *J.D.I.*, 1878, 163 (résumé); Paris, 9 juillet 1884, *J.D.I.*, 1884, 626 ("que le renvoi pour cause de litispendance n'est admis [...] que dans le cas où c'est un tribunal français qui se trouve déjà saisi du litige").

<sup>1649</sup> Cass. Req., 6 février 1878, *J.D.I.*, 1878, 372; *S.*, 1880, I, 79.

<sup>1650</sup> H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers...*, Paris, Durand, 1865, 78, n° 86. V. également CH. LACHAU, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers...*, Paris, Larose et Forcel, 1893, pp. XXVIII-XXIX.

<sup>1651</sup> Bruxelles, 28 juillet 1823, *Pas.*, 1823, 492.

d'obtenir un jugement qui fut exécutoire aux Pays-Bas, l'arrêté royal du 9 septembre 1814 déniait aux jugements français tout effet aux Pays-Bas.<sup>1652</sup>

La Cour rejeta l'exception en s'appuyant sur le défaut d'effet en Belgique des jugements rendus en France. Evoquant l'arrêté du 9 septembre 1814, les juges indiquèrent notamment que le rejet de la litispendance s'imposait puisque "s'il en était autrement, il s'ensuivrait qu'une poursuite judiciaire intentée en France par l'une des parties aurait plus d'effet qu'un jugement prononcé dans ce royaume, ce qui ne peut être admis".<sup>1653</sup>

Cette première décision fut confirmée par la suite à de nombreuses reprises.<sup>1654</sup> Les tribunaux s'appuyèrent notamment sur le fait que l'on ne pouvait tirer argument de l'article 171 du Code de procédure civile,<sup>1655</sup> hérité du régime français, puisque celui-ci ne visait en apparence que les situations purement internes.<sup>1656</sup> La doctrine de l'époque, sans doute encore imprégnée d'un respect bien exégétique de la loi, se contentait de prendre acte de la jurisprudence, sans avancer de critique. Ainsi M. de Paepe enseignait-il en 1878 que l'on ne peut "pour arrêter une action qui est introduite devant les tribunaux belges, puiser une exception de litispendance dans une contestation pendante devant un tribunal étranger".<sup>1657</sup> Au total la position du droit belge au 19<sup>ème</sup> siècle était claire : les tribunaux toléraient en principe le dédoublement de procédures et se refusaient à plier devant l'instance étrangère.

<sup>1652</sup> Arrêté-Loi du Prince-souverain du 9 septembre 1814, *Pasin*, Deuxième Série, Tome Ier, 1814-1815, p. 256.

<sup>1653</sup> *Pas.*, 1823, 492, 495. En première instance le tribunal en avait décidé autrement : s'appuyant sur le fait que les demandeurs en Belgique avaient "volontairement" saisi les tribunaux français, il se déclara incompétent. Sur cette exception, *infra*, n° 382.

<sup>1654</sup> Bruxelles, 12 avril 1827, *Pas.*, 12 avril 1827, 130; Bruxelles, 20 avril 1853, *Pas.*, 1855, II, 18; Comm. Bruxelles, 21 février 1859, *B.J.*, 1859, 462; *J.P.A.*, 1859, 28; Bruxelles, 12 avril 1866, *Pas.*, 1869, II, 318.

<sup>1655</sup> Selon cette disposition, "S'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné".

<sup>1656</sup> L'adoption en 1876 d'une nouvelle règle de litispendance - l'article 50, alinéa 2 de la loi du 25 mars 1876 - ne changea rien à la position des juridictions belges. Les cours et tribunaux continuèrent sur leur lancée en repoussant systématiquement tout recours à la litispendance lorsque seule une des juridictions concernées était belge : Comm. Bruxelles, 8 janvier 1877, *Pas.*, 1977, III, 179; Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381; Bruxelles, 29 décembre 1886, *Pas.*, 1888, II, 286; *B.J.*, 1887, 1109; Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214; Comm. Anvers, 1 août 1890, *J.P.A.*, 1892, 154; Comm. Anvers, 28 janvier 1895, *J.P.A.*, 1896, 14; Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1989, II, 152; Liège, 3 janvier 1900, *Pas.*, 1900, II, 225. Dans une espèce tranchée en 1881, le tribunal de commerce d'Anvers a par exemple rejeté une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure engagée à Francfort : Comm. Anvers, 30 sept. 1881, *J.P.A.*, 1881, 381. Le tribunal constata tout d'abord qu'il "est [...] de jurisprudence constante que la litispendance ne peut être opposée dans le cas d'une action intentée à la fois en Belgique et à l'étranger". Et le tribunal d'expliquer ensuite que l'article 171 du Code de procédure civile "ne peut s'appliquer à des poursuites exercées en pays étranger, puisque le législateur ne statue que pour son territoire qui est la limite de sa juridiction". A cette première justification, il en ajoute une autre, déduite du "principe de la souveraineté nationale, qui ne permet pas que les jugements étrangers soient exécutoires en Belgique" (p. 382). En conclusion, le juge constate que la procédure engagée antérieurement par le même demandeur devant le tribunal de Francfort "ne peut exercer aucune influence sur la décision à prendre par ce tribunal" (p. 382). Cette jurisprudence trouvait d'ailleurs appui dans le silence du législateur lors de l'adoption de la loi de 1876, les parlementaires restant muets sur la portée de leur texte en matière internationale : cfr. les extraits des travaux préparatoires reproduits à la *Pasinomie*, 1876, 156.

<sup>1657</sup> P. DE PAEPE, "De l'exécution des décisions rendues en matière civile et commerciale par les juges étrangers", *B.J.*, 1879, (1569-1589), col. 1581-1582, mais v. du même auteur les *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, I, 1900, 146-150, n° 11 et *infra* sur l'exception de renonciation. A la même époque, A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile ou commentaire doctrinal, législatif et de jurisprudence de la loi du 25 mars 1876*, III, Liège/Bruxelles, Grandmont/Mayolez, 1885, 661-662 ("La circonstance qu'une action introduite en Belgique aurait déjà été antérieurement portée devant un tribunal étranger ne pourrait pas entraîner l'incompétence de la juridiction belge"); TH. BORMANS, *Code de procédure civile. Commentaire législatif et doctrinal*, Bruxelles, Larcier, 1877, 498, n° 550 et 516, n° 576 ("L'article 50 ne s'applique pas à des causes pendantes devant des tribunaux de deux royaumes différents").

377. Une jurisprudence bien dans l'air du temps (suite) - A l'instar de leurs collègues belges et français, les tribunaux néerlandais n'accordaient au 19<sup>ème</sup> siècle aucun crédit à l'exception de litispendance internationale. En témoigne par exemple une décision du tribunal d'arrondissement d'Arnhem, en date du 12 mai 1890.<sup>1658</sup> En l'espèce la défenderesse, à qui l'on réclamait une forte somme, invoquait l'exception de litispendance en raison d'une instance engagée par le même demandeur devant la High Court de Londres. Le tribunal rejeta l'exception en notant que le législateur néerlandais n'avait pu envisager d'étendre aux tribunaux étrangers l'exception de litispendance qui figurait au Code de procédure civile, puisque son emprise se limitait aux seuls tribunaux néerlandais.<sup>1659</sup>

Cette décision ne fut pas démentie, ni par les tribunaux,<sup>1660</sup> ni par la doctrine. M. *Kosters* écrivait ainsi au début du 20<sup>ème</sup> siècle que "l'opinion dominante" selon laquelle les règles de litispendance prévue par les droits nationaux, ne visent que les litiges internes, "doit être approuvée".<sup>1661</sup> Et l'auteur d'invoquer à l'appui de cette thèse l'absence de pouvoir normatif du législateur national à l'égard du juge étranger.<sup>1662</sup>

On le constate, la coordination des procédures concurrentes n'était guère d'actualité : à en croire la jurisprudence que l'on vient d'évoquer, rien n'empêchait une partie attraitée devant un juge étranger, d'assigner son adversaire devant un juge français, dans l'espoir d'enlever tout effet à une future décision étrangère en France. De même, le refus de la litispendance autorisait-il une même partie à multiplier les procédures, tant en France qu'à l'étranger.<sup>1663</sup> Cette situation, proche de l'anarchie judiciaire, ne reflétait toutefois pas

<sup>1658</sup> ArrondRb. Arnhem, 12 mai 1890, *WvR.*, n° 5930.

<sup>1659</sup> "dat wanneer de Nederlandsche wetgever, het woord 'rechter' gebruikt, hij daarmede alleen kan bedoelen die rechter, die aan zijne wetgevende jurisdictie is onderworpen, en dat wanneer [...] art. 158 B.R. in het daar voorziene geval veroorlooft verwijzing te vragen naar den daar bedoelden 'anderen rechter', met anderen rechter geen andere rechter kan zijn bedoeld dan de Nederlandsche rechter, die alleen verplicht is de verwijzing aan te nemen".

<sup>1660</sup> P. ex. ArrondRb. Rotterdam, 8 janvier 1900, *WvR.*, n° 7493 (rejette une exception de litispendance invoquée en faveur d'une procédure pendante en Allemagne).

<sup>1661</sup> "De heersende opvatting [...] is juist" : J. *KOSTERS*, *Bijdrage tot internationale regeling der rechtsmacht in burgerlijke en handelszaken*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1914, 100.

<sup>1662</sup> "Want de verwijzing veronderstelt zeggenskracht van den wetgever over twee gerechten en deze wordt hier gemist; immers de wetgever kan niet met rechtsgevolg den vreemden rechter opdracht geven tot verwijzing en evenmin tot behandeling van der verwezen zaak" : ac, 100. Du même, v. *Het internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1917, 519 (le renvoi pour cause de litispendance "kan in het algemeen slechts plaats vinden bij zaken, in dezelfde Staat bij meerder rechters aanhangig, aldus de opvatting die in Nederland aan art. 158 WBRv eenstemmig door rechtspraak en wetenschap wordt gegeven". L'auteur précise également qu'il n'y a pas de place pour la litispendance lorsqu'une procédure est pendante devant un juge des colonies (pp. 310-311). Et M. *Kosters* de citer par exemple van Rossem, *Het Nederlandsch Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, I, 291.

<sup>1663</sup> La conception purement nationale des procédures n'était pas le fait des seuls tribunaux du vieux continent. A la même époque, il semble que les juridictions du Québec étaient tout aussi mal disposées envers le déclinatoire de litispendance internationale. Dès 1883, la Cour d'Appel du Québec rejeta une exception invoquée au profit du Vermont : *Russel v Field* (1883) Stuart's Reports 558 (C.A.). La Cour justifia sa décision par le défaut de réciprocité, en constatant que les tribunaux du Vermont refuseraient également de s'effacer devant la saisine du juge québécois. "Viewing the plea of litispendance abroad in its true light, as ascertained not by force of obligation, but ex comitate, that basis of that comity, which is reciprocity, would fail in the present instance, as in the state of Vermont, and the other United States of America, litispendance in a foreign country, or even a sister state, cannot be pleaded to an action brought here". V. également *Northern Railway Co of Canada c Patton* (1867) 17 L.C. Rep. 71 (C.S.).

Cette décision fut confirmée par la suite, les tribunaux ne laissant de porte ouverte à la coordination avec la procédure étrangère qu'en cas d'abus de la part du demandeur. Ainsi dans l'affaire *The Howard Guernsey Mfg Co v King* (1894) 5 C.S. (Superior Court), la cour supérieure a-t-elle refusé une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure engagée à New York en expliquant que "the plea of defendants [...] is confined to the bare assertion of the existence of a similar suit in New York, without any averment of any special facts of a

entièrement l'état du droit. Déjà au 19<sup>ème</sup> siècle le rejet de la litispendance montrait en effet quelques brèches.

## B. Les exceptions : les travestissements de la litispendance

**378. Introduction** - Si la jurisprudence majoritaire du siècle dernier faisait preuve d'une frilosité certaine à l'égard de la litispendance, toute coordination n'en était pas pour autant absente. Conscients sans doute du caractère manifestement abusif du comportement de certains plaideurs, les tribunaux français intervenaient déjà au siècle passé, par le biais d'une voie certes détournée, pour empêcher le conflit de procédures de se poursuivre.

La coordination *indirecte* entre les deux procédures laissait toutefois intact le dogme de la territorialité du déclinatoire de litispendance. Cette première atteinte à la liberté du plaideur de renouveler sans contrainte aucune sa demande, s'accompagnait en outre de certaines hésitations dans la jurisprudence, par lesquelles nous commencerons.

### (i) Les hésitations de la jurisprudence

**379. Une motivation surabondante qui trahit certains doutes** - On a vu qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux français - et d'autres - refusaient systématiquement de donner suite à l'exception de litispendance internationale.<sup>1664</sup> Il faut cependant nuancer ce constat par trop catégorique.

On constate en effet que les attendus de certaines décisions ne sont pas dénués de toute ambiguïté. Les cours et tribunaux ne se contentaient pas d'opposer un refus de principe au déclinatoire de litispendance. De nombreuses décisions contiennent en outre une motivation surabondante, qui n'est sans révéler une certaine hésitation sur la solution. Ainsi bien souvent les tribunaux indiquaient-ils pour rejeter l'exception que les conditions d'une éventuelle litispendance n'étaient en l'espèce de toute façon pas remplies. Dans une décision prononcée en 1853, la Cour d'appel de Bruxelles a ainsi souligné, avant même de

---

nature to show that the suit in this province is vexatious and brought without reasons [... ]". La seule exception faite à ce refus l'était en faveur des procédures engagées dans une autre province du Canada, dont les jugements pouvaient, au contraire des jugements étrangers, sortir effet au Québec. V. *Bladewood v Percival* (1903) 23 C.S. 5, 5 P.R. 110 (dans une affaire opposant les tribunaux du Québec à ceux de l'Ontario, la Cour supérieure décida que "Our courts must recognize a judgment so pronounced if regularly rendered. The end of the law being to avoid contrariety in judgment, it results that a defendant already sued in another province of Canada may oppose to a similar action taken here an exception [...] of lis pendens [... ]". En l'espèce l'exception fut toutefois rejetée faute d'identité d'objet). Dans le même sens, *Courtney v La Plante* [1932] 53 B.R. (Banc du Roi) 540; *Canadian Acceptance Corp. v West* (1933-34) 36 P.R. (Practice Reports) 6. Sur l'historique de la jurisprudence, E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 322, n° 136.

<sup>1664</sup> Il est remarquable qu'alors que la Cour de Cassation française a eu plusieurs fois l'occasion de faire connaître sa position sur le sujet, jamais à notre connaissance les juridictions suprêmes belge ou néerlandaise n'ont été appelées à se prononcer directement sur la question, les seules décisions publiées émanant des juridictions de fond. Les Cours Suprêmes belge et néerlandaise n'ont dès lors pas eu l'occasion de consacrer, ou de rejeter, la position des tribunaux inférieurs. Il en ira autrement au 20<sup>ème</sup> siècle pour le droit néerlandais, v. *infra*, n° 403. La Cour de cassation belge par contre n'a jamais eu l'occasion d'évoquer la question. La seule observation à ce sujet au niveau de la Cour émane du procureur général W. J. Ganshof van der Meersch qui, examinant en 1972 un pourvoi tiré de la violation de l'article 15 de la Convention belgo-allemande qui prévoit une exception de litispendance, observa que cette disposition avait un effet "remarquable" par ce qu'elle "attribue directement à une partie le droit de soulever une exception qui obligera la juridiction belge à s'abstenir de statuer" (Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, 806, 808). L'étonnement que trahit cette observation - près de 4 ans après la signature de la Convention de Bruxelles, dont l'article 21 va beaucoup plus loin - ne témoignait pas d'une grande bienveillance du ministère public à l'égard de la litispendance internationale...

rappeler le principe de l'absence de litispendance entre une procédure belge et une procédure étrangère, que "les deux actions ne sont pas identiques".<sup>1665</sup>

D'autres décisions s'appuyaient sur l'absence de preuve par le défendeur de l'introduction d'une demande devant le juge étranger.<sup>1666</sup> Parfois encore, le juge dénonçait le caractère artificiel de la procédure étrangère, à l'instar de la Cour d'appel de Paris qui fit observer à propos d'une instance intentée antérieurement à Milan, qu'elle "n'a été manifestement imaginée que pour soustraire [la demanderesse] à ses juges naturels [...]".<sup>1667</sup> Le tribunal de commerce de Marseille quant à lui en a appelé, pour repousser la litispendance invoquée au profit d'une procédure étrangère, au fait que le tribunal étranger "ne serait celui du domicile d'aucune des parties".<sup>1668</sup> Voilà autant de motifs qui dépassent le simple rappel de la solution de principe.

Sans doute peut-on voir dans cette motivation surabondante une simple mesure de précaution visant à protéger la décision contre un éventuel abandon par une juridiction supérieure du traditionnel refus de la litispendance. Sans spéculer inutilement sur l'intention réelle des juges, on peut estimer que ces considérations superflues trahissent également l'hésitation, sinon le doute que nourrissent certains juges sur la pertinence et la légitimité de ce refus.

Il faut dès lors nuancer quelque peu le constat d'une jurisprudence réticente à toute coordination avec la justice étrangère. Il est une autre constatation qui vient confirmer la nuance, c'est celle de l'existence d'une jurisprudence qui s'attaque aux procédures concurrentes les plus abusives. On va voir que celles-ci n'ont en effet jamais laissé indifférents les tribunaux français.

## (ii) La coordination déguisée : l'exception de renonciation

**380. Un expédient à la litispendance fondé sur le privilège de juridiction** - L'exception classique de litispendance internationale ne constitue pas une exception d'incompétence. La litispendance suppose en effet une égale compétence des deux juridictions en conflit à l'effet de statuer sur les demandes dont elles sont respectivement saisies.<sup>1669</sup> Lorsqu'il accueille l'exception de litispendance, le juge ne doit donc pas se déclarer incompétent. Comme le rappelle M. Droz, s'il était vraiment incompétent, "la question de la litispendance ne se poserait pas".<sup>1670</sup> Si en théorie donc, la litispendance

<sup>1665</sup> Bruxelles, 20 avril 1853, *Pas.*, 1855, II, 18. V. également Comm. Bruxelles, 2 février 1922, *J.C.B.*, 1922, 92 (le tribunal rejette l'exception de litispendance mais souligne également que l'objet des deux actions est différent); Liège, 7 avril 1922, *Jur. C.A. Liège*, 1922, 235.

<sup>1666</sup> Trib. Comm. Lyon, 29 août 1905, *J.D.I.*, 1906, 159. V. aussi Bordeaux, 5 décembre 1911, *J.D.I.*, 1913, 159 (après avoir posé que l'exception de litispendance ne peut être invoquée qu'entre tribunaux français, la Cour constate que "d'ailleurs, il n'est même pas établi d'une façon certaine qu'une juridiction étrangère est déjà saisie du litige") ainsi que Trib. Civ. Seine, 13 novembre 1874, *J.D.I.*, 1876, 272 (résumé) (le tribunal s'appuie sur la circonstance que la citation en conciliation invitant le demandeur en France à comparaître devant le juge suisse, ne pouvait être considérée comme un acte introductif d'instance).

<sup>1667</sup> Paris, 15 juin 1883, *J.D.I.*, 1884, 65.

<sup>1668</sup> Trib. Comm. Marseille, 17 mars 1875, *J.D.I.*, 1876, 179.

<sup>1669</sup> Par exemple en droit français, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, II, La compétence, Paris, Sirey, 1973, 836, n° 804 et 843, n° 814. En droit suisse, J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 53-56 (cite toutefois les avis contraires de la doctrine). Sur cette question en général, M. WITTIBSCHLAGER 1994, 26-27.

<sup>1670</sup> G. A. L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1991-IV, 63.



constitue un obstacle à l'exercice d'une compétence préexistante, la distinction n'a pas toujours été bien perçue. La confusion est surtout manifeste dans les droits de tradition française, où a été développé un expédient à la litispendance déduit de l'incompétence du juge.<sup>1671</sup>

La nature particulière des règles de compétence en vigueur en France - et en Belgique - au siècle dernier, fondées principalement sur des privilèges de juridictions déduits de la nationalité des parties, a en effet permis aux tribunaux d'opposer une exception d'incompétence au plaideur qui tentait de renouveler devant eux une procédure dont avait déjà été saisi un tribunal étranger. Il était ainsi possible de sanctionner ce qu'il y a de plus abusif dans le dédoublement de procédures, tout en continuant à rendre hommage au dogme du refus de la litispendance. Il convient d'expliquer dans un premier temps quel a été le raisonnement des tribunaux (a) avant d'en souligner ensuite les limites (b).

(a) 'Electa una via, excluditur altera'

**381. L'exception de renonciation comme barrage à une procédure française** - On connaît l'importance que revêtaient au siècle passé les privilèges de juridiction institués par les articles 14 et 15 du Code civil. Ces deux dispositions ont constitué tout au long de ce siècle l'unique fondement écrit à la compétence internationale des juges français.<sup>1672</sup>

Fournissant aux ressortissants de ce pays un privilège de juridiction, elles leur permettaient de saisir ou d'exiger la saisine des tribunaux de leur pays du seul fait de leur nationalité, nonobstant l'absence d'autres éléments rattachant le litige à ces pays. Très vite, les juridictions françaises ont cependant limité la portée de ces dispositions exorbitantes, en acceptant qu'une partie puisse renoncer à la faculté de porter son action devant les juridictions de son pays ou d'exiger que celles-ci soient saisies.<sup>1673</sup>

La faculté de renoncer aux privilèges instaurés par les articles 14 et 15 du Code civil était déduite de la rédaction potestative de ces dispositions - un français "pourra" toujours assigner ou être assigné en France - qui n'étaient pas jugées intéresser l'ordre public. Partant, le demandeur français qui avait saisi un tribunal étranger, et voulait par la suite attirer le même adversaire devant les tribunaux français, échouait pour défaut de compétence. En portant son action devant un juge étranger, il était en effet censé avoir renoncé au bénéfice de l'article 14. La fiction de la renonciation permettait au défendeur de soulever avec succès devant les tribunaux français une exception d'incompétence.

<sup>1671</sup> La question ne s'est jamais posée dans les droit de traditions germanique, sans doute parce que les privilèges de juridiction fondés sur la nationalité n'y ont jamais joué un grand rôle. De plus, dans cette tradition, la distinction entre compétence et litispendance était facilitée puisque cette dernière était considérée comme une exception d'irrecevabilité : lorsque le litige a déjà été soumis à un tribunal, le demandeur n'a pas l'intérêt légitime ('Rechtsschutzinteresse') nécessaire pour saisir un autre tribunal : M. WITIBSCHLAGER, 1994, 26-27.

<sup>1672</sup> *Comp.* avec la situation en droit belge où le législateur est intervenu dès 1876 pour arrêter des dispositions expresses qu'on retrouve encore aujourd'hui en grande partie dans le Code judiciaire de 1967, dispositions qui s'écartaient du modèle 'nationaliste' de la compétence pour faire une large place aux considérations fondées sur la territorialité et la bonne administration de la justice.

<sup>1673</sup> Cette constatation vaut sans doute *mutatis mutandis* sans doute également pour le droit luxembourgeois qui a également hérité des ces encombrantes dispositions. Nous n'avons toutefois pas examiné la jurisprudence de ce pays. Notons qu'aujourd'hui encore les tribunaux du Grand-Duché acceptent qu'une partie puisse renoncer tacitement au privilège institué par l'article 14 en portant son action devant le juge étranger, v. Trib. Arr. Luxembourg, 13 juillet 1989, n° 401/89, inédit, résumé par J.-C. WITWINUS, "Sommaire de jurisprudence - Droit international privé", in *Pas. Luxembourgeoise*, 1993-95, vol. 29, 1996, (1-44), 24-25.

La Cour de cassation française a dès 1827 consacré le principe de l'admissibilité de la renonciation.<sup>1674</sup> La Cour a précisé à cette occasion que "le droit attribué aux Français par [l'article] 14 du Code civil, de traduire un étranger devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, est une simple faculté, un privilège; et, d'après les principes du droit commun, chacun peut renoncer à un privilège qui lui est personnel". En l'espèce, la renonciation se déduisait d'une instance introduite en Belgique par le même demandeur, qui avait déjà donné lieu à un jugement.<sup>1675</sup>

La Cour confirma sa jurisprudence 10 ans plus tard dans une espèce portant sur un véritable conflit de procédures.<sup>1676</sup> *In casu*, la Cour d'Appel de Paris avait constaté que le demandeur à l'origine de la procédure avait déjà actionné les mêmes défendeurs devant un tribunal anglais, en délivrance d'un legs.<sup>1677</sup> La Cour de cassation estima que l'arrêt entrepris avait à bon droit déduit de l'assignation devant un tribunal étranger la renonciation dans le chef du demandeur au bénéfice de l'article 14. En d'autres termes, la Cour d'Appel avait pu se déclarer incompétente sans violer cette disposition. Ce faisant, la Cour reconnut la possibilité pour le défendeur de s'opposer, même si ce n'est qu'indirectement, à la multiplication de procédures par le même demandeur. Des décisions ultérieures confirmèrent qu'une partie pouvait opposer la renonciation au plaideur qui a pris l'initiative du débat judiciaire à l'étranger.<sup>1678</sup>

**382. Renonciation au privilège du défendeur national** - La renonciation à un privilège de juridiction permettait, sans pour autant accepter la litispendance, de faire barrage à un plaideur qui tentait de multiplier les procédures. Le privilège du défendeur institué par l'article 15 du Code civil fut également soumis à la même limitation. Un défendeur français assigné devant un tribunal étranger et acceptant le débat au fond devant ce tribunal, était également présumé avoir renoncé au privilège de se défendre devant les tribunaux français.

En pratique cependant la renonciation au privilège de l'article 15 n'était que d'une utilité *limitée* pour s'opposer à une procédure concurrente. Pour que la renonciation à cette disposition empêche un plaideur de saisir les tribunaux du for, il fallait qu'elle émanasse des deux parties. L'article 15 ne pouvait en effet être écarté que par la double renonciation du défendeur *et* du demandeur puisqu'il instaure un double privilège de juridiction : d'une part le défendeur français peut revendiquer le droit d'être assigné devant les tribunaux de son Etat; d'autre part un plaideur peut attirer son adversaire devant les tribunaux du pays de ce dernier sur le seul fondement de sa nationalité.<sup>1679</sup> Ceci

<sup>1674</sup> Cass., 15 novembre 1827, *Sirey*, 1828, I, 124; *Dalloz*, 1828, I, 23. M. Bonfils cite également un arrêt de la Cour de cassation en ce sens, prononcé le 8 pluviôse de l'an XII : H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français...*, précité, 82, n° 89.

<sup>1675</sup> Jugement de débouté, qui fut confirmé en appel, après quoi le demandeur s'en fut frapper à la porte des tribunaux français.

<sup>1676</sup> Cass. fr., 14 février 1837, *Sirey*, 1837, I, 251; *Dalloz*, 1837, I, 100.

<sup>1677</sup> Paris, 3 mai 1834, *Sirey*, 1834, II, 305.

<sup>1678</sup> P. ex. Cass., 24 février 1846, *D.P.*, I, 153; *S.*, 1846, I, 474 (en l'espèce le demandeur en France avait déjà été débouté de sa demande devant le tribunal de Louisiane); Cass., 19 avril 1859, *S.*, 1859, I, 411; Cass., 13 février 1882, *S.*, 1882, I, 341. V. dans la littérature de l'époque, J. BISSON, "L'étranger qui assigne un Français devant un tribunal étranger ne peut plus saisir les tribunaux français de la même demande, alors que le Français a accepté la juridiction étrangère", note sous Caen, 2 juillet 1890, *Pard. fr. pér.*, 90.2.195.

<sup>1679</sup> Sur le double caractère du privilège de l'article 15, v. P. MAYER, 1998, 190, n° 290 et 194, n° 297. La renonciation à l'article 14 peut au contraire être purement unilatérale et se déduire du seul comportement du demandeur à l'étranger.

explique qu'il était plus difficile au défendeur de s'opposer à la saisine du juge français en alléguant que le demandeur, assigné à l'étranger, y avait engagé un débat sur le fond.<sup>1680</sup>

On ne trouve d'ailleurs que fort peu de décisions ayant accepté qu'un plaideur ait renoncé, dans le cadre de procédures concurrentes, au bénéfice de l'article 15.

**383. La renonciation également acceptée en droit belge** - Les tribunaux belges ont rapidement emboîté le pas à la jurisprudence française. Des décisions anciennes confirmèrent que le privilège de juridiction instauré par l'article 14 du Code civil ne concernait pas l'ordre public. Un plaideur pouvait donc y renoncer, par exemple en portant son action devant un juge étranger. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Bruxelles décida en 1853 qu'en principe un plaideur pouvait être privé du privilège déduit de sa nationalité lorsqu'il a participé à la procédure devant un juge étranger.<sup>1681</sup> En l'espèce la Cour rejeta toutefois la fin de non-recevoir soulevée par le défendeur en notant que le demandeur, défendeur devant les tribunaux français, n'avait pas accepté "la juridiction et la compétence du tribunal de Valenciennes".

Même si une décision isolée a rejeté, au nom de la "souveraineté nationale", l'application de l'adage *electa una via excluditur altera*,<sup>1682</sup> le principe de la renonciation fut accepté sans susciter de controverses.<sup>1683</sup> Il a d'ailleurs pu en appeler à l'autorité du ministère public près la Cour de Cassation. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *France*,<sup>1684</sup> l'avocat général Cloquette n'a en effet laissé subsister aucun doute sur la validité de cette interprétation de l'article 14. Selon l'avocat général, la "faculté que l'article 14 confère au belge, de porter son action devant les tribunaux de Belgique [...] constitue un droit purement privé, qui ne se rattache pas aux principes du droit public et à la souveraineté

<sup>1680</sup> La charge de la preuve est sans doute plus lourde mais la tâche n'est pas pour autant impossible. La Cour d'Appel de Paris a ainsi accepté dans une décision plus récente qu'un époux "qui a accepté que la question de la dissolution du mariage soit soumise au juge américain saisi par son épouse", avait renoncé au bénéfice de l'article 15. La Cour rejeta dès lors sa demande en ce qu'elle était fondée sur cette disposition : Paris, 15 nov. 1991, *D.*, 1992, IR, 60. V. aussi TGI Nancy, 19 janvier 1970, *D.*, 1970, 417; TGI Grasse, 2 avril 1963, *D.*, 1965, 266; Douai, 9 mai 1980, *R.C.D.I.P.*, 1980, 603, note Foyer, confirmé par Cass. fr., 21 octobre 1981, *J.C.P.*, 1982, éd. G., IV, 12; Cass. fr., 16 février 1965, *J.D.I.*, 1965, 628; *R.C.D.I.P.*, 1966, 641; Cass. fr., 15 nov. 1994, *J.C.P.*, 1995, éd. G., IV, n° 129.

En pratique la renonciation au privilège du défendeur joue un rôle plus important dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers puisque la jurisprudence française a érigé l'article 15 en règle de compétence indirectement exclusive (P. ex. Cass. fr., 2 mai 1928, *D.*, 1929, I, 50; S., 1928, I, 281; Cass. fr., 9 nov. 1971, *D.*, 1972, 178; *R.C.D.I.P.*, 1072, 314, note Holleaux; Cass. fr., 23 juin 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, 314). Le français défendeur à l'étranger ne peut donc plus s'opposer à l'exequatur d'une décision rendue contre lui lorsqu'il a renoncé à la compétence française (v. B. AUDIT, 1997, 390-392, n° 459-460).

La jurisprudence belge n'a au contraire jamais conféré une portée exclusive au privilège de l'article 15. En ce sens, M. FALLON et H. BORN, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1986-1990)", *J.T.*, 1992, (425), 430, n° 105, qui renvoient à une décision inédite de Liège, 5 décembre 1988, en ce sens. Il ne peut donc être invoqué, comme il l'est en France, pour empêcher la reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère. Pour une comparaison du rôle joué par les articles 14 et 15 en droit belge et français, v. E. PATAUT, *o.c.*, 1999, 84-88, n° 124-129.

<sup>1681</sup> Bruxelles, 20 avril 1853, *Pas.*, 1855, II, 18.

<sup>1682</sup> Comm. Bruxelles, 21 février 1859, *J.P.A.*, 1859, 28.

<sup>1683</sup> V. par exemple Bruxelles, 12 avril 1866, *Pas.*, 1869, II, 318 (la Cour accepte le principe de la renonciation tout en décidant en l'espèce que "il est impossible d'admettre qu'en manifestant l'intention d'atteindre les biens de l'appelant situés en Hollande, les intimées aient entendu renoncer à faire valoir leurs droits sur les biens qu'elles possédaient en Belgique").

<sup>1684</sup> Cass., 12 juin 1862, *Pas.*, 1852, I, 319.

nationale; il n'est pas douteux que le belge puisse y renoncer".<sup>1685</sup> Cette position trouva écho dans la doctrine de l'époque.<sup>1686</sup> De même, un plaideur pouvait-il s'opposer à la saisine du tribunal belge en alléguant la renonciation au privilège de l'article 15, dont on a pu penser, à tort, qu'il avait été abrogé par la loi de 1876.<sup>1687</sup> A l'instar de la pratique française, la renonciation à cette disposition sera toutefois d'un intérêt limité, d'autant plus que les tribunaux lui ont très tôt conféré un caractère *subsidaire*, l'article 15 n'étant appelé à jouer qu'à défaut d'autre chef de compétence permettant de saisir un tribunal belge.<sup>1688</sup>

**384. Une jurisprudence qui persistera tout au long du siècle** – Les articles 14 et 15 conserveront leur importance en droit français tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle; l'exception de renonciation continuera dès lors à jouer son rôle d'expédient à la litispendance et de mettre un frein aux abus les plus manifestes.<sup>1689</sup> En droit belge, la fiction de la renonciation survivra à l'adoption de la loi du 25 mars 1876.<sup>1690</sup> Son champ d'application fut toutefois fort réduit du fait de la nouvelle physionomie des règles de compétence.

<sup>1685</sup> Cass., 12 juin 1862, *Pas.*, 1862, I, (319), 327. En l'espèce le pourvoi invoquait la violation de l'article 14 parce que le tribunal belge avait refusé de déclarer irrecevable une demande dont le demandeur avait auparavant saisi les tribunaux hollandais. Il ne s'agissait plus de procédures parallèles, puisque le tribunal de Maastricht avait déjà rejeté la demande comme irrecevable. Le mécanisme de la renonciation était dès lors invoqué non comme un substitut à la litispendance, mais bien en tant qu'ersatz d'exception de chose jugée.

<sup>1686</sup> Laurent, qui ne cachait pas son mépris pour l'article 14, disposition qu'il jugeait "infamante", concédait que ce privilège était uniquement établi en faveur du "régnicole" et que celui-ci pouvait dès lors y renoncer : F. LAURENT, *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant, IV, 1880, 39-40, n° 17. DE PAEPE ne disait pas autre chose dans ses *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, 1880, I, deuxième étude, 71-72, n° 19.

<sup>1687</sup> Seuls MM. De Paeppe et Ganshof défendront la thèse de l'abrogation tacite de cette disposition (DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, cinquième étude, I, Bruxelles, Bruylant, 1900, 141-144, n° 7-8 et L. F. GANSHOF, "La compétence générale des tribunaux belges à l'égard des Belges en matière d'état et de capacité", *J.T.*, 1976, 93.).

La majorité de la doctrine se rallie à l'opinion de M. Graulich, selon qui l'article 15 a survécu à la loi de 1876 : P. GRAULICH, *Principes de droit international privé. Conflit de lois, conflits de juridictions*, Paris, Dalloz, 1961, 184-185, n° 240. V. G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, 35, n° 56; A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gand, Mys & Breesch, 1995, 59, n° 130; F. RIGAUX et M. FALLON, 1993, 199, n° 816; M. FALLON et H. BORN, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1983-1985)", *J.T.*, 1987, (473), 483, n° 130; M. FALLON et H. BORN, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1978-1982)", *J.T.*, 1983, (197), 220-221, n° 171; J. ERAUW, *Beginnselen van internationaal privaatrecht*, Gand, Story-Scientia, 1985, 47; J. LAENENS, *De beweegheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Anvers, Kluwer, 1981, 143, n° 491; K. LENAERTS, "Kroniek van het internationaal privaatrecht (1980-1985)", *R.W.*, 1986-1987, (1858), 1878, n° 26; F. LAURENT, *Droit civil international*, IV, Bruxelles, Bruylant, 1880, 32-33, n° 12-14 (implicite); F. REYNTJENS et K. VUYLSTEKE, "Artikel 15 B.W.", *Commentaar Personen en Familierecht*, Kluwer, 2, n° 2; R. VANDER ELST, "L'article 15 du Code civil a-t-il été tacitement abrogé?", *J.T.*, 1976, 317.

Les tribunaux font régulièrement appel à l'article 15 pour fonder leur compétence : Bruxelles, 15 janvier 1964, *J.T.*, 1964, 202; Civ. Liège, 20 nov. 1985, *Jun. Liège*, 1981, 187; Civ. Namur, 22 déc. 1981, *Jun. Liège*, 1982, 147; Civ. Liège, 29 oct. 1982, *J.L.*, 1983, 80; C. Trav. Bruxelles, 14 mai 1985, *Reu. dr. soc.*, 1985, 380; Bruxelles, 18 mars 1987, *J.T.*, 1988, 195.

<sup>1688</sup> G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *oc.*, 1989, 35, n° 56 ("[...] suppletieve betekenis, in die zin dat het enkel ter sprake komt wanneer geen enkele van de andere bevoegdheidsgronden aanwezig is"). Dans le même sens, J. LAENENS, *oc.*, 1981, 144, n° 492.

<sup>1689</sup> V. dans la jurisprudence des tribunaux du fond : Lyon, 17 oct. 1886, *J.D.I.*, 1887, 186 (la Cour refuse de se déclarer incompétente alors que le défendeur en France avait saisi auparavant les tribunaux américains, parce qu'on ne saurait faire résulter la renonciation du seul fait que le demandeur en France a conclu sur le fond devant le juge américain); Paris, 25 juillet 1877, *J.D.I.*, 1878, 161 (résumé) (accepte le principe de la renonciation, qui est cependant rejetée en l'espèce parce que la renonciation à l'article 14 "doit être aussi notoire et aussi absolue que son droit lui-même"); Paris, 9 juillet 1884, *J.D.I.*, 1884, 626 (accepte le principe de la renonciation, mais en l'espèce, les demandeurs n'ont pas renoncé à l'article 14 du seul fait qu'ils ont accepté le débat en Belgique).

<sup>1690</sup> Loi du 25 mars 1876. Sur cette loi, v. F. LAURENT, "De la compétence des tribunaux belges relativement aux étrangers", *J.D.I.*, 1877, 496-511; P. DE PAEPE, "Des règles générales de compétence consacrées par la loi du 25 mars 1876 à l'égard des étrangers", in *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, Bruxelles, Bruylant, 1900, I, 127-165.

Avec la loi de 1876, le droit belge est en effet passé d'un système où la compétence judiciaire internationale, émanation du pouvoir souverain, était fondée sur la nationalité des sujets, à une conception plus ouverte où cette compétence était déduite en grande partie d'un principe de proximité.<sup>1691</sup> L'importance décroissante de la nationalité comme chef de compétence réduisit d'autant la possibilité d'invoquer la renonciation dans le chef du demandeur. La fiction de la renonciation subsista toutefois à l'égard de l'article 53 de la loi de 1876, qui remplaça le privilège de nationalité du demandeur par un privilège conditionnel basé sur le domicile de celui-ci.<sup>1692</sup> De façon surprenante, on appliqua au privilège domiciliaire le même traitement qu'au privilège de nationalité. Les commentateurs de la loi admirent ainsi qu'un défendeur pouvait soulever une exception d'irrecevabilité lorsque son adversaire avait renoncé, en engageant une instance à l'étranger, au droit d'être jugé devant les tribunaux belges.<sup>1693</sup> Et les tribunaux confirmèrent qu'il était possible de renoncer au privilège de l'article 53.<sup>1694</sup>

**385. Distinction et confusion entre litispendance et renonciation** – Ainsi les tribunaux mettaient-ils déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, par le biais de l'exception de renonciation, à une catégorie particulière de conflit de procédures. La volonté présumée des parties, ou du moins du demandeur, a ainsi également été invoquée pour permettre de contourner les limites sévères qui enserraient l'effet des jugements étrangers.<sup>1695</sup>

<sup>1691</sup> Contrairement aux tribunaux français, la jurisprudence belge avait d'ailleurs très tôt refusé de consacrer un quelconque principe d'incompétence des tribunaux belges à l'égard des litiges entre étrangers, v. Cass., 12 mars 1840, *Pas.*, 1840, I, 316; Cass. 3 août 1848, *Pas.*, 1848, I, 358 et plus tard, Cass., 1 oct. 1880, *Pas.*, 1880, I, 292. V. l'approbation de F. LAURENT, *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant, IV, 8-18 et de P. DE PAEPE, "De la compétence relative aux contestations entre étrangers sous l'empire du code civil", in *Etudes sur la compétence civile* ... , 1900, I, 91-126.

<sup>1692</sup> On sait que l'article 14 n'a pas survécu à l'adoption par le législateur de 1876 de règles de compétence internationale mettant sur le même pied les belges et les étrangers, même s'il a fallu attendre 1949 pour obtenir confirmation expresse de l'abrogation de cette disposition (article 29 de la loi du 15 décembre 1949 corrigeant les termes périmés du texte français du Code civil et y constatant certaines abrogations tacites). Sur le fait que la loi du 25 mars 1876 a tacitement aboli l'article 14, v. F. LAURENT, "De la compétence des tribunaux belges relativement aux étrangers", *J.D.I.*, 1877, (496), 505-506 (implicite).

<sup>1693</sup> A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile ou commentaire doctrinal, législatif et de jurisprudence de la loi du 25 mars 1876*, III, Liège/Bruxelles, Grandmont/Mayolez, 1885, 712-719, n° 10-14 et TH. BORMANS, *Code de procédure civile. Commentaire législatif et doctrinal*, Bruxelles, Larcier, 1877, 515-517 et 574-576 et du même, *Commentaire législatif et doctrinal du Code de procédure civile belge*, I, Bruxelles, Larcier, 1884, 281-282, n° 957-959.

<sup>1694</sup> P. ex. Comm. Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1899, III, 152; Bruxelles, 24 février 1879, *Pas.*, 1879, II, 203 (renonciation au droit de saisir les tribunaux belges en raison d'une convention prévoyant l'arbitrage en Angleterre); Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381 (pas de renonciation en l'espèce); Bruxelles, 30 décembre 1890, *Pas.*, 1891, II, 159; Comm. Anvers, 28 janvier 1895, *J.P.A.*, 1896, 14.

<sup>1695</sup> On constate en effet qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, l'artifice de la renonciation ou du contrat judiciaire était utilisé pour permettre à une partie d'invoquer un jugement étranger en France ou en Belgique sans devoir passer par la procédure d'exequatur et la révision au fond qu'elle impliquait. A défaut de pouvoir invoquer la chose jugée tirée d'une décision étrangère qui n'avait pas reçu l'exequatur, une partie qui avait déjà été attirée à l'étranger pouvait s'opposer à de nouvelles poursuites initiées par le même adversaire en s'appuyant sur la renonciation tacite qui découlerait de l'action antérieure. La renonciation servait donc d'expédient non seulement à l'exception de litispendance, mais également, à un stade ultérieur, à celle de chose jugée. M. Bontemps expliquait ainsi que la fin de non recevoir tirée de la renonciation faite, par le belge, à la juridiction des tribunaux de son pays, pouvait être opposée "même dans l'hypothèse où l'instance aurait été terminée à l'étranger par un jugement définitif" (A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile*, III, 1885, 662; du même, *Traité de la compétence en matière civile*, II, 1885, 194-195, n° 33 et par exemple Bruxelles, 18 novembre 1931, *J.P.A.*, 1931, 432 (pour déclarer recevable une demande qui porte sur le même litige que celui déjà tranché auparavant par un tribunal allemand, la Cour constate qu'il ne s'est pas formé de contrat judiciaire devant la juridiction étrangère et "qu'on ne peut induire de ce qu'un demandeur a d'abord assigné son débiteur devant un tribunal étranger, qu'il a nécessairement et par ce seul fait, renoncé au droit que lui confère la législation belge de poursuivre ledit débiteur devant les tribunaux belges", p. 437. La litispendance a comme souvent suivi le chemin tracé par le régime des jugements étrangers (cf. *infra*, sur la parenté entre ces deux institutions).

L'artifice avait également permis aux tribunaux néerlandais d'accorder un certain effet aux décisions étrangères, v. le fameux arrêt du manteau de fourrure (*Bontmantel-arrest*), dans lequel le Hoge Raad a déduit du principe général de bonne foi et de l'attitude d'une partie devant les juridictions étrangères la possibilité d'accorder un

Avec la renonciation, les tribunaux visaient certes sans doute avant tout à atténuer les effets de privilèges de juridiction dont ils percevaient intuitivement le caractère exorbitant.<sup>1696</sup> La présomption de renonciation dans le chef du demandeur permettait toutefois également de mettre fin aux procédures concurrentes les plus abusives, car l'oeuvre de la même personne, tout en sauvegardant les apparences, et surtout le dogme de la territorialité de la litispendance. La voie détournée de la renonciation constituait à ce titre une première forme d'abstention.<sup>1697</sup>

Sur le plan de la technique juridique on ne peut confondre les deux raisonnements : si le juge s'abstient lorsqu'un plaideur français qui a volontairement agit à l'étranger, entend le saisir également alors que l'instance étrangère est encore pendante, ce n'est pas en raison de la saisine antérieure du juge étranger mais bien à défaut de compétence.<sup>1698</sup> Dans les faits, le résultat est toutefois le même puisque seule une des procédures subsiste. On comprend dès lors que M. *Holleaux* écrivait que la fiction de la renonciation aboutissait "à travestir des cas de litispendance en cas d'incompétence".<sup>1699</sup> En portant le débat sur le terrain de la compétence, les tribunaux pouvaient interdire à une partie de renouveler sans aucune limite sa demande, tout en préservant le principe de l'irrecevabilité de la litispendance internationale. Dans l'esprit des juges, la différence était sans doute de taille : si la demande était rejetée, ce n'était pas en déférence à la saisine antérieure du juge étranger, mais tout simplement parce qu'ils n'étaient pas compétents.

### 386. Distinction et confusion entre litispendance et renonciation (suite) -

L'exception de renonciation joue ainsi le rôle de 'substitut' à la litispendance - ce que révèle d'ailleurs la façon dont les tribunaux abordent le problème : la fin de non recevoir déduite de la renonciation était en effet systématiquement invoquée en complément à une exception de litispendance dont le tribunal s'empressait de noter qu'elle était irrecevable, pour ensuite examiner si le comportement du demandeur à l'étranger révélait l'intention de renoncer au privilège de saisir les tribunaux du for.<sup>1700</sup> La proximité entre

---

certain effet à une décision anglaise, HR, 14 novembre 1924, *N.J.*, 1925, 91 et les commentaires de E. M. MEIJERS, *W.P.N.R.*, 125, n° 2878, 2879 et 2881. En l'espèce, la Cour a reconnu un certain effet à une décision anglaise, passant outre l'interdiction de l'article 431 WRv. Pour rejeter une demande dont avaient été saisi les tribunaux néerlandais, la Cour observa que la demanderesse avait été déboutée de la même demande par les tribunaux anglais et que "het in strijd zou zijn met de goede trouw en billijkheid, zo aan de eiseresse werd toegestaan, hare vordering nadat en omdat deze door de Engelse rechter, wier tussenkomst zij vrijwillig had ingeroepen, was ontzegd, opnieuw aan het oordeel van de Nederlandse rechter te onderwerpen". Dans la même veine, v. la jurisprudence néerlandaise qui, pour contourner l'interdit de l'article 431, décide qu'un jugement étranger peut être exécuté aux Pays-Bas sans révision au fond lorsque le juge étranger a fondé sa compétence sur une clause d'élection de for (HR, 17 décembre 1993, *N.J.*, 1994, 349, avec une note de J. C. SCHULZ, v. D. KOKKINI-IATRIDOU et J. P. VERHEUL, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", in *Netherlands Reports to the Twelfth International Congress of Comparative Law*, T.M.C. Asser Instituut, La Haye, 1987, (189), 229). Dans le même sens, une certaine jurisprudence suédoise citée par G. WALTER et S. BAUMGARTNER, « General Report », précité, 10. Sur les avatars du contrat judiciaire en droit contemporain, v. Y MULLER, v° Contrat judiciaire, *Rép. Proc. Civ. Dalloz*, 1996 et la thèse défendue par ce même auteur sous le titre *Le contrat judiciaire en droit privé*, Paris I, 1995.

<sup>1696</sup> Foelix voyait d'ailleurs dans la renonciation "un heureux retour aux rapports de bon voisinage qui doivent exister entre les nations dans leur intérêt commun" (M. FOELIX, *ac.*, I, 1886, 369, n° 181).

<sup>1697</sup> V. les observations de D. HOLLEAUX, *lc.*, *Travaux comité français DIP*, 1971-1973, 207-208.

<sup>1698</sup> V. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, 166-168, n° 158.

<sup>1699</sup> D. HOLLEAUX, *lc.*, *Travaux comité français DIP*, 1971-1973, 208.

<sup>1700</sup> Par exemple dans la jurisprudence belge, Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381; Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 214; Comm. Anvers, 28 janvier 1895, *J.P.A.*, 1896, 14. Dans la jurisprudence française, p. ex Lyon, 17 octobre 1886, *J.D.I.*, 1887, 186; Paris, 9 juillet 1884, *J.D.I.*, 1884, 626; Paris, 25 juillet 1877, *J.D.I.*, 1878, 161 (résumé).

les deux techniques entraînaient parfois même une certaine *confusion*, la fin de non-recevoir tirée de la renonciation étant assimilée à une véritable exception de litispendance.

Ainsi le tribunal de la Seine s'est-il par exemple dans une décision rendue en 1879 déclaré incompetent en accueillant l'exception de litispendance invoquée par la défenderesse à raison d'une instance engagée en Roumanie.<sup>1701</sup> Pour décider que "l'exception de litispendance [...] doit être admise", le tribunal souligna que "si l'article 14 du Code Napoléon laisse au régnicole la faculté d'option entre la juridiction étrangère [et la juridiction française], il ne lui est loisible de saisir les tribunaux français, après avoir saisi les tribunaux étrangers" que lorsque sa demande à l'étranger est déclarée irrecevable. En d'autres termes, la litispendance est déduite de la renonciation à invoquer l'article 14 !<sup>1702</sup>

D'autres, et non des moindres, se sont laissés prendre. *Foelix* enseignait par exemple que la litispendance pouvait être accueillie lorsque le demandeur avait renoncé par l'exercice de son action à l'étranger, au droit que lui conférait l'article 14.<sup>1703</sup> On pouvait observer la même confusion dans la doctrine belge de l'époque.<sup>1704</sup> On verra que l'ambiguïté permettra au 20<sup>ème</sup> siècle d'opérer le passage de l'exception de renonciation vers celle de la litispendance.<sup>1705</sup>

Il importe maintenant de montrer comment, après avoir accepté le principe de la renonciation, les tribunaux ont dans le même temps considérablement réduit la portée de cette technique.

(b) Une jurisprudence restrictive : l'interprétation de la renonciation

**387. Comparaison entre la renonciation et la litispendance** - L'exception de renonciation fait figure de solution d'expédient, à défaut d'un véritable déclinatoire de litispendance internationale. Elle en possède certaines caractéristiques, par exemple la nécessité d'une identité à la fois objective et subjective entre les deux procédures.<sup>1706</sup> Elle

<sup>1701</sup> Trib. Civ. Seine, 26 août 1879, *J.D.I.*, 1880, 191.

<sup>1702</sup> En appel (Paris, 9 août 1881, *J.D.I.*, 1882, 202), la Cour réforma le jugement entrepris, en constatant qu'en l'espèce, il n'y avait pas eu renonciation. La Cour ne semble pas pour autant distinguer litispendance et renonciation.

<sup>1703</sup> *Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé*, I, 4ème éd., par DEMANGEAT, Paris, 1886, 369-375, n° 182. L'annotateur de la quatrième édition de l'ouvrage, Ch. Demangeat, s'était même risqué à préciser en note que "la pensée de M. Foelix n'est peut-être pas exprimée ici très clairement"!, note p. 373.

<sup>1704</sup> La confusion est par exemple entretenue par G. BELTJENS, *Encyclopédie de droit civil belge. Code de procédure civile*, Bruxelles, Bruylant, 1908, "article 50", 374, n° 66, qui dans le même alinéa analyse la renonciation et la litispendance. Dans sa cinquième étude (in *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, I, 1900, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 149, n° 11) M. de Paepé écrivait qu'"il n'est pas défendu [...] au juge belge de déduire d'une instance engagée devant un juge étranger une exception de litispendance fondée non sur l'article 50 de la loi du 25 mars 1876, mais sur le contrat judiciaire intervenu devant ce juge". Du même, "Article 50 du nouveau Code de procédure civile", *B.J.*, 1884, (225), 229-230, n° XLIV.

<sup>1705</sup> Certains avaient toutefois déjà perçu la différence. M. Bonfils écrivait par exemple qu'il convenait de séparer litispendance et renonciation, qui étaient "presque toujours maladroitement liées [...] par les plaideurs" : H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français...*, précité, 78, n° 86.

<sup>1706</sup> Ainsi il n'y a pas renonciation lorsque les actions successivement intentées à l'étranger et dans le for différent par leur objet ou leur cause (p.ex. Paris, 1 décembre 1969, *R.C.D.I.P.*, 1971, 295, note A. HUËT, qui rejette la renonciation parce que l'action intentée par l'épouse devant les tribunaux anglais visait à obtenir une pension alimentaire alors qu'elle avait assigné son mari devant le juge français en contribution aux charges du mariage; v. également Paris, 30 janvier 1965, *R.C.D.I.P.*, 1966, 473, note P.L.).



s'en distingue toutefois par un champ d'application plus restreint.<sup>1707</sup> Par hypothèse, l'exception de renonciation est liée à certains chefs de compétence. Hors les articles 14 et 15 du Code civil, point de salut pour la renonciation.

L'exception de renonciation ne pourra ensuite être invoquée qu'en présence d'une certaine configuration procédurale. On a vu qu'en pratique, elle n'est efficace que lorsque les deux procédures ont été engagées par la même partie. Dans l'hypothèse des demandes croisées, il sera plus difficile d'opposer la renonciation au demandeur qui a été assigné à l'étranger.<sup>1708</sup> Le défendeur à l'étranger n'aura donc pas les mains liées par l'existence d'une procédure étrangère.<sup>1709</sup>

**388. La renonciation ne se présume pas** - L'exception de renonciation n'a donc pas la même portée qu'une véritable litispendance. Il en est d'autant plus ainsi que les tribunaux ont toujours rejeté toute présomption de renonciation. La jurisprudence a dès le début souligné que la simple introduction d'une procédure devant un juge étranger ne suffisait pas pour emporter la preuve de la renonciation. Encore fallait-il, selon les tribunaux, que les circonstances particulières de la cause révèlent une volonté non équivoque dans le chef du bénéficiaire de renoncer au privilège de juridiction. Autant dire que la charge de la preuve qui pesait sur le demandeur à l'exception était très lourde!

La plupart des décisions insistaient ainsi sur la nécessité d'apprécier les circonstances de la cause, et surtout la volonté du plaideur à l'étranger : avait-il entendu, par sa participation au débat judiciaire engagé devant le juge étranger, renoncer "formellement" au droit que lui confère l'article 14?<sup>1710</sup>

L'introduction d'une action à l'étranger ne constituait en fait qu'une simple *indication*, qu'il appartenait au défendeur d'étayer en apportant la preuve d'autres circonstances de nature à confirmer la volonté de renonciation. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Francké*, l'avocat général Cloquette avait ainsi précisé qu'on ne "peut admettre qu'en tout cas il suffit que [le Belge] ait porté sa demande devant un tribunal étranger, pour qu'il soit censé avoir renoncé au droit de la faire juger par un tribunal de son pays".<sup>1711</sup>

<sup>1707</sup> Les deux mécanismes se rapprochent encore du fait qu'en principe il appartient au juge *second* saisi de s'abstenir en déférence à la procédure étrangère. On ne peut toutefois exclure que la renonciation soit opposée à une partie qui a saisi d'abord le tribunal du for et ensuite seulement le tribunal étranger. La deuxième procédure ferait alors disparaître la compétence du juge premier saisi. V. à l'époque contemporaine, p. ex. Paris, 9 déc. 1971, *Gaz. Pal.*, 1972, I, 213 (un Français saisit d'abord un tribunal français, puis, en cours d'instance, un tribunal étranger. La Cour décide cependant qu'à défaut de désistement, le Français n'a pas renoncé à l'article 14); Cass. fr., 30 juin 1992, *D.*, 1992, IR, 208 et 1994, 169, note Guez; *J.C.P.*, 1992, éd. G., IV, n° 510 (il y a présomption de renonciation lorsque le français saisit d'abord un tribunal français, puis, en cours d'instance, un tribunal étranger) et les observations de G. HOLLEAUX, note sous Cass., 5 mai 1962, *D.*, 1962, (718), 720.

<sup>1708</sup> Les tribunaux décident généralement qu'une renonciation ne peut être opposée à la partie assignée devant un tribunal étranger. Le simple fait de se défendre devant le tribunal étranger, ou même d'y former une demande reconventionnelle, n'emporte pas renonciation au privilège de l'article 14. P. ex. Cass. fr., 5 décembre 1978, *D.*, 1979, IR, 337, note AUDIT; *Gaz. Pal.*, 1979, 2, 355, note VIATTE; Paris, 11 février 1994, *D.*, 1994, somm. 354, note AUDIT. V. aussi A. HUET, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 581-32, 1995, 12-13, n° 48-50.

<sup>1709</sup> Le serait-il qu'il pourrait encore invoquer l'article 15 auquel le demandeur à l'étranger n'aura pas renoncé.

<sup>1710</sup> P. ex. Cass. fr., 23 mars 1859, *D.*, 1859, 1, 265; Cass., 11 décembre 1860, *D.*, 1861, I, 169 (un capitaine ayant assigné son armateur à Marseille n'a pas renoncé au privilège de l'article 14 parce que des circonstances "extraordinaires et urgentes [...] altèrent la liberté de sa personne ou entravent ou compromettent l'exécution de ses engagements et qu'il ne peut dès lors être considéré comme ayant renoncé à saisir les tribunaux de son pays [...]").

<sup>1711</sup> Av. Gén. Cloquette, Cass., 12 juin 1862, *Pas.*, 1862, I (319), 328. V. également Bruxelles, 30 décembre 1890, *Pas.*, 1891, II, 159; *B.J.*, 1891, 59 (la Cour décide "qu'en portant sa demande devant le tribunal [étranger, le demandeur] n'a pas renoncé nécessairement, et par ce fait seul, au droit que lui reconnaît la législation belge, de



On enseignait également que l'exception de renonciation ne pouvait paralyser la procédure du for lorsque le demandeur avait été 'contraint' de s'adresser d'abord au juge étranger, par exemple parce qu'il ignorait lors de l'introduction de l'instance à l'étranger que le défendeur possédait en France des biens permettant de satisfaire un éventuel jugement.<sup>1712</sup> La saisine du juge étranger n'était pas non plus jugée emporter renonciation lorsque la décision étrangère ne pouvait pas être mise à exécution dans le for.<sup>1713</sup> Il en allait de même si le demandeur montrait que seule l'urgence l'avait poussé à saisir un juge étranger, afin de sauvegarder un droit jugé menacé.<sup>1714</sup> Enfin il n'y avait pas non plus renonciation selon les tribunaux lorsque le juge étranger avait été saisi dans l'espoir d'éviter les aléas et la difficulté d'une procédure d'exequatur.<sup>1715</sup>

**389. La renonciation ne se présume pas (suite)** - L'analyse que donnait M. Bontemps en 1885 de l'exception de renonciation trahit bien la même réticence à admettre qu'un plaideur puisse renoncer *in concreto* à se prévaloir d'un privilège de juridiction que sa loi nationale lui attribue : l'auteur posait d'abord comme principe que la renonciation "résultera généralement [...] du seul fait de l'introduction de l'instance à l'étranger".<sup>1716</sup> La généralité des termes utilisés laissait augurer une certaine sévérité à l'égard du demandeur. M. Bontemps reprenait cependant ensuite d'une main ce qu'il avait concédé de l'autre en énumérant une série de circonstances qui excluaient toute intention de renonciation dans le chef du demandeur à l'étranger. Il expliquait ainsi qu'il n'y avait pas renonciation lorsque "l'introduction de l'instance devant un tribunal étranger n'était pas le résultat du libre choix du demandeur"<sup>1717</sup> ou encore lorsque "la demande formée à l'étranger avait abouti à une décision dont il serait impossible d'obtenir l'exécution en Belgique".<sup>1718</sup>

---

poursuivre l'étranger devant les juridictions du pays", sans s'expliquer plus en détail sur les circonstances qui auraient pu entraîner une renonciation).

- <sup>1712</sup> P. ex. Cass. fr., 27 décembre 1852, S., 1853, 1, 94 (en l'espèce la Cour refusa de voir dans la saisine du juge étranger une renonciation à l'article 14 parce que le créancier avait "été forcé de poursuivre son débiteur" devant le juge étranger, ce débiteur "ne possédant en France aucune valeur saisissable qui autorise contre lui un recours sérieux et utile". L'action à l'étranger n'était dès lors pas "l'expression d'un choix librement fait et consenti, mais le résultat de la nécessité", v. également le jugement entrepris : Paris, 22 novembre 1851, S., 1851, 2, 783; Cass. fr., 31 décembre 1845, S., 1845, 1, 362; Lyon, 1 juin 1872, S., 1872, 2, 174.
- <sup>1713</sup> P. ex. Bruxelles, 30 décembre 1890, *Pas.*, 1891, II, 159 (la Cour s'appuie sur le fait que le défendeur "ne paraît posséder aucune propriété en Russie", p. 160 pour conclure à l'absence de renonciation); Bruxelles, 23 février 1878, *Pas.*, 1878, II, 137 (la Cour constate qu'une décision française ne pourrait être mise à exécution en Belgique et que dès lors, en poursuivant son adversaire devant les tribunaux français, le demandeur n'a nullement entendu renoncer à son droit d'action devant les tribunaux belges); Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381 (qui, outre l'impossibilité pour le demandeur de mettre à exécution en Belgique le jugement qu'il obtiendrait en Allemagne, insiste sur "le principe de souveraineté sur lequel s'appuie la faculté du demandeur belge de saisir les juridictions belges").
- <sup>1714</sup> Cass. fr., 1 juillet 1896, S., 1900, 1, 315; *J.D.I.*, 1896, 840; Cass. fr., 11 décembre 1860, *D.*, 1861, I, 160 (la citation donnée par un français à un étranger devant le tribunal de Manille ne l'a été "que sous la pression d'une contrainte qui lui ôtait toute liberté").
- <sup>1715</sup> Paris, 28 sept. 1979, *Gaz. Pal.*, 1980, 1, 58, note Brazier; *R.C.D.I.P.*, 1981, 109, note Lequette (en l'espèce la Cour refuse de rejeter la demande en divorce d'une française qui avait déjà saisi les tribunaux américains, parce que cette saisine "pouvait se justifier par l'urgence et la nécessité puisque l'épouse pouvait redouter les lenteurs et les aléas d'une procédure d'exequatur d'une décision rendue en France" qui devait nécessairement être exécutée aux Etats Unis). *Adde* Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214 (qui, à la suite de l'enseignement de de Paepe, fait dépendre la renonciation de l'"échange de conclusions entre les parties").
- <sup>1716</sup> A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile*, précité, III, 713, n° 10.
- <sup>1717</sup> *Idem.*
- <sup>1718</sup> 713, n° 11. V. à la même époque les analyses de H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français...*, précité, 1865, 80-87 (M. Bonfils précise qu'il faut "que les circonstances qui entourent, qui accompagnent la demande intentée par le Français [à l'étranger] indiquent chez lui la volonté formelle de renoncer", p. 80, n° 88) et de CH. LACHAU, *De la compétence des tribunaux français...*, précité, 1893, 259-265.

Bref le plaideur qui excipait de la renonciation par son adversaire à un privilège de juridiction, devait faire preuve de beaucoup d'habileté pour convaincre les tribunaux de fermer leurs portes à ce dernier.<sup>1719</sup> Les juges se montraient d'une rare compréhension à l'égard du plaideur qui multipliait les demandes, compréhension qui s'exprimait souvent par le souci de ne pas "soustraire [le demandeur] à ses juges naturels".<sup>1720</sup> On ne s'étonnera pas de constater qu'en pratique l'exception de renonciation échouait quasi-systématiquement en l'absence de preuve de la volonté du demandeur de renoncer au privilège de juridiction.<sup>1721</sup>

**390. Bilan de l'exception de renonciation : une demi-mesure** – L'exception de renonciation constitue une première reconnaissance – indirecte – du mécanisme de l'abstention en droit français. Elle a permis aux tribunaux de s'opposer à ce qu'il peut y avoir de plus abusif dans le dédoublement de procédures, et d'empêcher ainsi qu'une partie puisse se prévaloir en toute liberté des frontières séparant les systèmes juridiques nationaux pour multiplier les procédures.<sup>1722</sup>

En rattachant l'exception de renonciation non pas au fait brut de la saisine du juge étranger, mais bien au comportement du plaideur et à ses intentions *in concreto*, les tribunaux ont toutefois confiné le mécanisme de la renonciation à un rôle marginal.<sup>1723</sup> Comme le noteront plus tard MM. *Batiffol* et *Lagarde*, faire dépendre la renonciation des circonstances de la cause "diminue sensiblement le bénéfice de l'assouplissement qu'apporte aux articles 14 et 15 la faculté de renonciation".<sup>1724</sup>

<sup>1719</sup> La jurisprudence française contemporaine n'a pas abandonné l'interprétation restrictive du siècle passé. M. *Audit* explique ainsi que la renonciation "doit résulter d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer" (B. *AUDIT*, 1997, 317, n° 359). Ainsi, si le français qui intente une action à l'étranger paraît renoncer à la compétence des tribunaux français fondée sur l'article 14, "l'action en France n'est cependant pas vouée à l'échec dans tous les cas" (*idem*, 318, n° 362).

<sup>1720</sup> Paris, 28 janvier 1885, *J.D.I.*, 1885, 539.

<sup>1721</sup> Pour la jurisprudence belge, v. P. ex. Bruxelles, 12 avril 1866, *Pas.*, 1869, II, 318 (la Cour constate de façon apodictique qu'en assignant le défendeur à l'étranger, "les intimés n'ont pas renoncé à soumettre leurs prétentions à la justice belge", p. 320); Bruxelles, 23 février 1878, *Pas.*, 1878, II, 137; Comm. Anvers, 30 septembre 1881, *J.P.A.*, 1881, 381; Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214; Bruxelles, 30 décembre 1890, *Pas.*, 1891, II, 159; *B.J.*, 1891, 59; Bruxelles, 30 juin 1892, *Pas.*, 1983, II, 62; *B.J.*, 1892, 998; Bruxelles, 13 mai 1893, *Pas.*, 1893, II, 383; Comm. Anvers, 28 janvier 1895, *J.P.A.*, 1896, 14; *J.T.*, 1895, 218; Bruxelles, 18 juin 1930, *J.P.A.*, 1930, 271; Bruxelles, 18 novembre 1931, *J.P.A.*, 1931, 432; *Pas.*, 1932, II, 140. V. cependant Comm. Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1898, III, 152. Dans la jurisprudence française, v. les décisions citées par H. *BONFILS*, *ac.*, 80-87 et *CH. LACHAU*, *ac.*, 259-265.

*A contrario*, Bruxelles, 20 avril 1853, *Pas.*, 1855, II, 18 (qui se base sur la circonstance que le défendeur devant les juridictions françaises n'a pas accepté la compétence de celles-ci, ce qui signifie que la décision aurait été autre si cela avait bien été le cas).

<sup>1722</sup> La jurisprudence roumaine du début du siècle avait adopté un raisonnement similaire, en admettant la possibilité pour un plaideur de renoncer à l'article 13 du Code civil roumain, équivalent de l'article 14 français, par exemple lorsqu'il a cité son créancier devant les tribunaux étrangers. V. P. *PAVELEANU*, *De la compétence des tribunaux roumains au regard des plaideurs étrangers*, Paris, Bonvalot-Jouve, 1907, 66-69.

<sup>1723</sup> Les articles 14 et 15 sont toujours en vigueur en droit français, même si leur rôle a été sensiblement restreint. L'exception de renonciation peut dès lors toujours être invoquée, comme le montre l'analyse de la jurisprudence contemporaine que donne A. *HUET*, "Articles 14 et 15", *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 581-32, 1995, 11-17. V. également *BATIFFOL* et *LAGARDE*, II, 498-499, n° 685; *HOLLEAUX-FOYER-GEOUFFRE DE LA PRADELLE*, *DIP*, 1987, 362, n° 747; B. *AUDIT*, *DIP*, 1997, 316, n° 358; P. *MAYER*, *DIP*, 1998, 189-195, n° 290-298. Si la jurisprudence a continué à faire application de la théorie de la renonciation, celle-ci a perdu une grande partie de son intérêt pratique depuis la reconnaissance explicite de la litispendance internationale.

<sup>1724</sup> H. *BATIFFOL* et P. *LAGARDE*, *DIP*, II, 504, n° 687. Mme *Gaudemet-Tallon* expliquait l'insatisfaction qu'elle éprouvait à l'égard de la jurisprudence relative à la renonciation, en notant que la jurisprudence faisait naître le risque de se livrer à des "interprétations divinatoires pour savoir si le plaideur français a ou non renoncé à son privilège juridictionnel" (H. *GAUDEMÉT-TALLON*, "Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau?", *T.C.F.D.I.P.*, 1987-88, (171), 176) et que finalement les "arrêts sur la renonciation aux articles 14 et 15, j'ai toujours l'impression que l'on tire cela aux dés" (p. 194).

Il faut sans doute voir dans cette interprétation restrictive la manifestation d'une réticence des tribunaux à céder le pas à la justice étrangère. Cette lueur d'espoir pour l'abstention s'avérait dès lors bien maigre. En reconnaissance, ne fut-ce que de manière indirecte, la possibilité d'une coordination avec les tribunaux étrangers, on avait toutefois ouvert la porte à la litispendance internationale qui n'allait pas tarder à s'imposer.

## II. LA MONTEE EN FORCE DE LA LITISPENDANCE INTERNATIONALE A L'EPOQUE CONTEMPORAINE

**391. Un changement progressif** - On a vu que tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux français se montraient pour le moins réticents à la coordination par l'abstention. C'est en vain que les plaideurs assignés devant ces tribunaux tentaient de s'opposer à leur saisine en invoquant le déclinatoire de litispendance internationale – une position d'ailleurs entérinée par la doctrine majoritaire de l'époque.<sup>1725</sup> Certes, un plaideur n'était pas entièrement libre de saisir la justice française alors qu'une procédure était déjà engagée devant un for étranger. Les limites ainsi posées à la liberté de procéder n'étaient toutefois que symboliques puisque l'interprétation restrictive de l'exception de renonciation, voie détournée empruntée par les tribunaux pour ne pas entamer le dogme de la souveraineté, conduisait la plupart du temps à son rejet.

Au cours du 20<sup>ème</sup> siècle, les choses vont changer pour la litispendance internationale. Sans doute inspiré par les succès du droit conventionnel, qui a fait tomber les barrières entre Etats (*infra*, n° 728), et encore plus par la grande libéralisation du régime des jugements étrangers, les tribunaux français vont progressivement abandonner leur réticence face au déclinatoire de litispendance. Après avoir tracé les grandes lignes de cette évolution (A), il faudra faire le bilan en dressant le panorama des conquêtes de la litispendance internationale (B).

### A. L'évolution de la jurisprudence française au 20<sup>ème</sup> siècle : l'avancée progressive de la coordination

**392. Introduction** - L'exception déduite de la renonciation ou du contrat judiciaire ne constitue pas seulement la première possibilité pour les tribunaux français de résoudre par la coordination les conflits de procédures. Elle va aussi progressivement se transformer pour donner naissance à une véritable litispendance internationale. L'accueil de l'exception de litispendance ne fut toutefois possible qu'après qu'elle se fut longtemps abritée derrière le concept plus facilement acceptable pour les tribunaux de renonciation à un privilège de nationalité. L'évolution va être longue et le résultat souvent en demi-teintes.

**393. Transformation progressive de la renonciation en une véritable litispendance** - On a déjà expliqué comment l'*exception de renonciation* a longtemps joué le rôle de substitut à la litispendance. Les tribunaux français se permettaient ainsi de rejeter

<sup>1725</sup> Pour la doctrine belge, v. p. ex. A. BONIEMPS, *Traité de la compétence en matière civile ...*, III, Liège/Bruxelles, Grandmont/Mayolez, 1885, 661-662, selon qui "La circonstance qu'une action introduite en Belgique aurait déjà été antérieurement portée devant un tribunal étranger ne pourrait pas entraîner l'incompétence de la juridiction belge". V. également TH. BORMANS, *Code de procédure civile...*, Bruxelles, Larcier, 1877, 498, n° 550 et 516, n° 576 ("L'article 50 ne s'applique pas à des causes pendantes devant des tribunaux de deux royaumes différents").

pour défaut de compétence une demande formulée par un plaideur qui avait déjà saisi un tribunal étranger. Cette jurisprudence va persister tout au long du siècle, même si son importance relative va s'amenuiser avec l'ouverture progressive des conflits de juridictions français à l'étranger<sup>1726</sup> – et notamment la jurisprudence reléguant les articles 14 et 15 au rang de règlement *subsidaire* de compétence, appelées à intervenir à défaut d'autres chefs de compétence permettant de saisir les tribunaux français.<sup>1727</sup>

Le mécanisme de la renonciation pouvait toutefois encore être invoqué à chaque fois qu'un plaideur prétendait tirer profit d'un privilège de juridiction après avoir déjà saisi la justice étrangère. M. *Holleaux* a montré comment les tribunaux ont progressivement oublié la pudeur originelle qui leur faisait chercher refuge dans un défaut de compétence pour barrer la route au plaideur labile.<sup>1728</sup> Déjà en 1896, la Cour d'Appel de Paris avait fait remarquer, en accueillant une exception de renonciation invoquée par un défendeur belge assigné par son cocontractant français devant les tribunaux français, qu'on ne pouvait tolérer que ce dernier se ménage "un recours latent" auprès des tribunaux de son pays "après avoir usé de la justice belge".<sup>1729</sup> Techniquement c'est toujours l'idée de renonciation et donc d'incompétence du juge *français* qui motive l'abstention de ce dernier. Le raisonnement utilisé laisse cependant entrevoir que le juge prend en compte l'existence même de la procédure étrangère, qu'il est anxieux de ne pas bouleverser. Il se démarque déjà de la simple pirouette qui consistait à invoquer le défaut de compétence tout en se désintéressant de l'existence d'une concurrence de procédures.<sup>1730</sup>

Le rapprochement progressif entre litispendance et renonciation se poursuivra, notamment sous l'influence d'une doctrine qui ne ménageait pas ses critiques à l'encontre de la frilosité des tribunaux français.<sup>1731</sup> Dans une espèce tranchée en 1923, le tribunal de commerce de Nantes décida par exemple que "lorsqu'un Français a déféré son action à un Tribunal étranger, il reconnaît par là même à ce tribunal étranger l'autorité qui aurait

<sup>1726</sup> Les tribunaux français ont ainsi admis leur compétence pour statuer sur les litiges entre étrangers, ce qui a nécessité l'élaboration *prester legem* d'un ensemble de règles de compétence pour ces litiges qui ne sont pas visés par les articles 14 et 15 : Cass. fr., 21 juin 1948, *R.C.D.I.P.*, 1949, note PH. FRANCESCAKIS; *S.*, 1949, 1, 121, note NIHOYET; *J.C.P.*, 1948, II, 4422 (arrêt *Patino*); Cass. fr., 30 oct. 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, 387, note FRANCESCAKIS; *J.D.I.*, 1963, 1072; *D.*, 1963, 109, note HOLLEAUX (arrêt *Scheffel*).

<sup>1727</sup> Cass. fr., 1 avril 1981, *J.D.I.*, 1981, 813, note Alexandre; *D.*, 1982, IR, 69, note B. AUDIT et surtout l'arrêt *Orliac*, Cass. fr., 19 nov. 1985, *D.*, 1986, Jurispr., 362; *R.C.D.I.P.*, 1986, 712, note Lequette; *J.D.I.*, 1986, 719, note HÜET. Récemment Cass. fr., 8 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 35, note P. REMY-CORLAY (la Cour souligne dans un obiter dictum que deux époux français avaient "renoncé au privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil en choisissant d'un commun accord la compétence des juridictions des Etats-Unis").

<sup>1728</sup> *L.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 208.

<sup>1729</sup> Paris, 17 juin 1896, *J.D.I.*, 1897, 521. En l'espèce le défendeur belge avait saisi le tribunal de Dinant pour obtenir la résolution de la vente d'un cheval. Son cocontractant français avait d'abord fait défaut avant de faire opposition au jugement, puis appel de celui-ci, tout en participant personnellement à l'expertise. La Cour en déduisit qu'il "s'est soumis librement et sciemment à la juridiction belge".

<sup>1730</sup> V. également à la même époque la décision de la Cour d'appel de Bordeaux, 8 novembre 1896, *J.D.I.*, 1897, 554 (procédure engagée en France par deux commerçants chiliens contre une manufacture française, qui invoque une exception de litispendance en raison d'une instance engagée entre les mêmes parties au Chili. La Cour note que ce dernier litige n'a été introduit que postérieurement à la demande française, que l'article 171 du Code de Proc. Civile "n'est applicable qu'à des instances liées devant les tribunaux français" et qu'aucun contrat judiciaire ne s'est formé entre les plaideurs, qui pourrait être opposé aux demandeurs. Il est frappant de voir que la construction du "contrat judiciaire" semble dans l'esprit de la Cour ressortir directement à la litispendance). *Comp.* avec la décision plus orthodoxe de la Cour d'Appel d'Orléans, 18 novembre 1896, *J.D.I.*, 1897, 326.

<sup>1731</sup> P. ex. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, II, Grenoble/Paris, Allier/Sirey, 1924, 498-499 (qui reprochait à la pratique française "une préférence trop marquée pour la territorialité des lois de procédures, p. 499, n° 645). *Comp.* cependant E. L. A. AUDINET, *Principes élémentaires du droit international privé*, 2ème éd., Paris, Pédone, 1906, 328-329, n° 429 (l'auteur s'en tient classiquement à l'exception de renonciation aux articles 14 et 15 sans mentionner une éventuelle litispendance).

appartenu au tribunal français pour trancher la contestation”. Et le tribunal d’en déduire que si le français actionne ensuite son adversaire devant la juridiction française, “il peut se voir opposer l’exception de litispendance”.<sup>1732</sup> Il n’est plus question d’incompétence, le tribunal évoque au contraire la litispendance! Le masque de la renonciation ne cache plus la véritable nature du raisonnement, qui ressortit directement à la litispendance. En l’espèce le dispositif du jugement ne laisse aucun doute sur les intentions du tribunal, qui admit l’exception de litispendance invoquée par le défendeur, en notant que le demandeur, les Chocolateries Armoricaïnes, avaient conclu sur le fond devant la Haute Cour de Londres. Ce faisant les Chocolateries avaient selon le tribunal “spontanément et volontairement accepté de porter devant la juridiction anglaise la solution d’un litige qui devait normalement ressortir de ce tribunal; qu’il y a donc lieu, en conséquence, d’admettre l’exception de litispendance”.<sup>1733</sup> Cette première évolution n’empêchera pas les tribunaux de persister à rejeter l’exception de litispendance lorsqu’elle est invoquée en dehors de toute prétendue renonciation.<sup>1734</sup>

**394. L’avant-projet de réforme du code civil, une malheureuse tentative de castration de la jurisprudence** – Sous le couvert d’une exception d’incompétence, les tribunaux français vont ainsi progressivement se faire à l’idée d’une coordination directe des procédures concurrentes. La méfiance traditionnelle à l’encontre de la litispendance internationale n’a toutefois pas immédiatement disparu et elle a bien failli s’imposer. Inspiré sans doute par une législation similaire en vigueur depuis 1940 en Italie,<sup>1735</sup> l’avant projet de réforme du code civil, que l’on doit, du moins en ce qui concerne le droit international privé, à J.-P. Niboyet, prévoyait en effet une disposition qui interdisait aux tribunaux français d’accorder un quelconque crédit à la saisine concurrente du juge étranger. Selon l’article 86 du projet initial, “L’exception de litispendance, édictée par

<sup>1732</sup> Trib. Comm. Nantes, 8 octobre 1923, *J.D.I.*, 1925, 724.

<sup>1733</sup> *J.D.I.*, 1925, (724), 725.

<sup>1734</sup> P. ex. Aix, 16 juillet 1947, *R.C.D.I.P.*, 1948, 93, obs. H. BATAFFOL (la Cour se contente de poser que “aucune exception de litispendance ou de connexité ne peut être élevée en France à raison d’une instance ouverte à l’étranger”. L’annotateur observe que cette solution est “bien établie en jurisprudence”, p. 103).

<sup>1735</sup> Le législateur italien avait en effet coupé court à toute tentative de coordination en interdisant aux tribunaux italiens de s’effacer devant la saisine concurrente d’un tribunal étranger. L’article 3 du Code de procédure civile du 18 octobre 1940, dont on connaît par ailleurs l’attitude singulièrement réservée à l’égard des décisions étrangères, prévoyait que “la compétence des tribunaux italiens n’est pas exclue en raison de la saisine antérieure d’un tribunal étranger portant sur la même cause ou une cause connexe”. Traduction libre, le texte italien se lit : “La giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa o di altro con questa connessa”. Les tribunaux ont logiquement déduit de cette disposition qu’il n’y avait pas de place en droit commun pour l’exception de litispendance internationale. V. surtout MONACO, *Rivista di diritto proc. civile*, 1942, vol. 19, 97 e.s. On ne saurait être plus clair dans le refus de toute coopération! M. Schumann parle à cet égard de “prozessualen Nationalismus” : E. SCHUMANN, « Internationale Rechtshängigkeit (Streithängigkeit) », in *Festschrift für W. Kralik zum 65. Geburtstag Verfahrensrecht – Privatrecht*, W. H. RECHBERGER (éd.), Vienne, Manzschke, (301), 303. La jurisprudence qui a précédé ce code ne semblait pas favorable à la litispendance, comme en témoigne une décision rendue par le tribunal civil de Florence le 23 janvier 1918, *Riv. Dir. Intern.*, 1918, 81, également parue en résumé in *J.D.I.*, 1919, 821, note J. VALÉRY. Le tribunal signala l’existence d’un “principe universellement admis par notre jurisprudence et adopté par la grande majorité des représentants de la science juridique en Italie”, selon lequel “l’exception de litispendance ne peut être accueillie dans le cas où une instance est engagée devant un tribunal étranger”. Le tribunal voyait dans ce principe l’expression des limites de la souveraineté des Etats, souveraineté à laquelle était liée le pouvoir judiciaire, ainsi que la constatation de l’absence de réciprocité parfaite entre les diverses autorités judiciaires, réciprocité que la loi ne pouvait garantir qu’en ce qui concerne les tribunaux nationaux. A la même époque, Cour de Catanzaro, 13 mars 1917, *J.D.I.*, 1918, 1313, note J. VALÉRY et pour des décisions plus anciennes, C. GHIRARDINI, “La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale”, *Riv. Dir. Internazionale*, 1907, 229-250 et 318-340. *Comp.* toutefois avec la décision de la Cour de Cassation de Florence du 20 mai 1881, *J.D.I.*, 1881, 547 (motifs) (la Cour surseoit à statuer en déférence à une procédure concurrente engagée en France).

l'article 171 du Code de procédure civile, n'est pas recevable devant les tribunaux français dans les rapports internationaux".<sup>1736</sup>

Voilà qui aurait pu tuer dans l'oeuf toute velléité de coopération judiciaire dans le chef des tribunaux français.<sup>1737</sup> Le droit français aurait rejoint la liste des pays qui ont élevé leur mépris de la coopération judiciaire internationale au rang de règle législative.<sup>1738</sup> Heureusement l'avant-projet n'a jamais été concrétisé.<sup>1739</sup> Et il faut constater que les membres du comité français de droit international privé, consultés sur le texte, s'étaient déclarés favorables à l'accueil de l'exception de litispendance et avaient suggéré de modifier le projet en ce sens.<sup>1740</sup> Cette judicieuse attitude présageait déjà de l'évolution qu'allait connaître la jurisprudence dans la dernière moitié du 20<sup>ème</sup> siècle.<sup>1741</sup>

**395. Transformation progressive de la renonciation en une véritable litispendance (suite) : l'arrêt *Lasserre* – Débarrassée de la malheureuse tentative d'isolement du législateur, la jurisprudence va poursuivre son œuvre de transformation de la renonciation en une véritable litispendance. Le voile va définitivement tomber avec l'arrêt *Lasserre* de la Cour de Cassation, qui constitue la première véritable brèche dans le**

<sup>1736</sup> Le texte de l'avant-projet est paru, avec les procès-verbaux de la Sous-Commission qui s'est penchée sur le projet dans l'ouvrage : *Travaux de la Commission de réforme du Code civil. Année 1948-1949*, Paris, Sirey, 1950, 711 e.s. V. également *R.C.D.I.P.*, 1950, 111 e.s. et le commentaire de P. LOUIS-LUCAS, "Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français", *R.C.D.I.P.*, 1951, 393-415, 597-618 et *R.C.D.I.P.*, 1952, 55-78.

<sup>1737</sup> La Sous-commission n'a accordé que très peu d'attention à la question de la litispendance lors de ses travaux. Elle s'est contentée d'ajouter à la disposition proposée par Niboyet l'expression "devant les tribunaux français", pour bien indiquer que le législateur n'entendait pas édicter une règle de conduite pour les tribunaux étrangers, v. le procès-verbal de la réunion du 7 juillet 1949 in *Travaux de la Commission de réforme du Code civil. Année 1948-1949*, Paris, Sirey, 1950, 826 et le texte définitif de l'avant-projet, pp. 852 e.s.

<sup>1738</sup> L'article 505 de l'ancien Code de procédure civile portugais excluait ainsi la prise en considération par le juge du for de la litispendance étrangère (disposition citée par Ch. FRAGISTAS, Rapport explicatif, *Actes et Documents de la Session extraordinaire*, 1969, 40. Sur l'article 497 CPC qui a remplacé cette disposition cf. *infra* n° 402). Le législateur polonais a lui aussi introduit une disposition du même type en 1964. L'article 1098 du Code de procédure civile précisait que "[l]es tribunaux polonais sont compétents selon les dispositions du présent code, alors même qu'une procédure se déroule devant un tribunal étranger concernant le même litige et les mêmes parties" : Article 1098 du Code de procédure civile du 17 novembre 1964, traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1970, 340, avec une introduction par J. M JODLOWSKI. L'ancien code de procédure civile contenait une disposition au même effet, l'article 535(7), cité par I. SZASZY, *International Civil Procedure*, Leiden, Sijthoff, 1967, 541. V. également l'article 307 du Code de procédure civile bulgare, cité par le même auteur. Sans aller aussi loin, la récente loi vénézuélienne sur le droit international privé (loi n° 36.511 du 6 août 1998, traduction parue au *Yearbook of Private International Law*, 1999, 341-352, avec les commentaires de G. E. PARRA-ARANGUREN, "The Venezuelan Act on Private International Law of 1998", *Yearbook of Private International Law*, 1999, 103-117) exclut également la litispendance lorsque la compétence du juge vénézuélien est exclusive (selon l'article 58 de la loi, "La juridiction vénézuélienne exclusive n'est pas exclue du fait de la litispendance devant un juge étranger de la même cause ou d'une autre lui étant connexe").

<sup>1739</sup> Sur l'histoire et les suites qu'a connu le projet de réforme du Code civil, v. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, 281-285. Plus récemment, Y. LOUSSOUARN, "Les vicissitudes de la codification du droit international privé français", in *E Pluribus Unum Liber Amicorum G.A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, A. BORRAS et al. (éds.), The Hague, Martinus Nijhoff, 191-205 ainsi que M. SIMON-DEPITRE, « Codification et règles écrites dans le droit français des conflits de lois », in *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887*, J. ERAUW et al. (éds.), Bruxelles, éd. Story-scientia, 1989, 1039-1051, spéc. pp. 1041-1048.

<sup>1740</sup> V. les minutes du débat parus dans Comité français de droit international privé (éd.), *La codification du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, 253-254.

<sup>1741</sup> Il faut noter également que de certaines codifications contemporaines, sans exclure expressément la litispendance, ne la reconnaissent pas expressément, v. par. Le Code tunisien de droit international privé, loi n° 98-97 du 17 nov. 1998 (traduction parue à la *R.D.I.P.P.*, 2000, 541 e.s. ainsi qu'au *RabelsZ.*, 2001, 102 e.s.). Les articles 3 à 10 de la loi délimitent la compétence internationale des tribunaux tunisiens, mais restent muets sur l'exception de litispendance. Comme le note A. MEZGHANI, le Code "est resté silencieux sur l'exception de litispendance" : "Les innovations du Code tunisien de droit international privé", *RabelsZ.*, 2001, (78), 95

principe d'irrecevabilité de l'exception de litispendance internationale.<sup>1742</sup> En l'espèce une française avait été assignée devant les tribunaux français par son époux qui désirait obtenir le divorce. Elle tenta de persuader le tribunal d'accueillir une exception de litispendance à raison d'une instance en divorce concurrente engagée par ses soins en Argentine. La Cour donna raison au tribunal qui avait rejeté l'exception. Le motif indiqué révèle toutefois une certaine confusion qui annonce un changement. La Cour décide en effet "qu'il n'y a lieu à litispendance que lorsqu'un tribunal français se trouve antérieurement saisi d'une demande identique à la nouvelle, à moins que le plaideur français, à qui est opposé une telle exception, n'ait déjà porté volontairement son action devant un tribunal étranger".<sup>1743</sup>

La renonciation et la litispendance furent ainsi mises sur le même pied, les masques tombèrent ! La Cour porta expressément le débat sur le terrain de la litispendance pour quitter les eaux troubles de l'incompétence. Il ne faudra dès lors plus invoquer la renonciation, mais bien la litispendance pour s'opposer à la demande du plaideur qui saisit à la fois les tribunaux français et étrangers.<sup>1744</sup> Cette première consécration de la litispendance en droit commun français n'est peut être due qu'à un accident de rédaction. Elle est certes limitée aux situations des procédures parfaitement parallèles. L'arrêt *Lasserre* n'en constitua pas moins une rupture manifeste avec le passé. Les juridictions de fond s'engouffreront rapidement dans la brèche ainsi ouverte. Très vite, le plaideur pourra invoquer avec succès la litispendance et non plus le défaut de compétence, pour interdire à son adversaire de la traîner de tribunaux en tribunaux.<sup>1745</sup>

**396. Les ambiguïtés de la jurisprudence ultérieure** - Un arrêt ultérieur de la Cour de Cassation laissera d'ailleurs penser que le principe d'irrecevabilité de l'exception de litispendance internationale était définitivement tombé.<sup>1746</sup> Pour approuver les juges du fond qui avaient rejeté une exception de litispendance invoquée au profit d'une instance pendante devant les tribunaux de Californie, la Cour se contenta en effet de relever la priorité de saisine des tribunaux français ainsi que l'exclusivité de leur compétence, sans faire aucune mention du principe de l'irrecevabilité de l'exception.<sup>1747</sup>

Les observations du conseiller *G. Holleaux*, rapporteur de l'arrêt, ne laissent subsister aucun doute sur l'évolution des esprits. S'il évoquait le « principe traditionnel [...] selon lequel l'exception de litispendance n'aurait jamais à jouer en France par rapport à un tribunal étranger [...] », ce n'était en effet que pour mieux expliquer que « [s]ous sa forme absolue [...] [cette] vieille conception [...] qui pouvait peut être s'expliquer – ou

<sup>1742</sup> Cass. fr., 21 mars 1950, *D.*, 1950, 395; *R.C.D.I.P.*, 1951, 666.

<sup>1743</sup> *R.C.D.I.P.*, 1951, (666), 667.

<sup>1744</sup> Sur la confusion entre l'exception de litispendance et l'exception d'incompétence, cf. également H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale...*, Paris, Dalloz 1965, 182-183, n° 200.

<sup>1745</sup> P. ex. Trib. Gde. Instance Seine, 5 mai 1959, *J.D.I.*, 1960, 166 (en appel, Paris, 5 mai 1960, *J.D.I.*, 1961, 450; *R.C.D.I.P.*, 1960, 603); Paris, 14 janv. 1963, *J.D.I.*, 1964, 77; Paris, 3 juin 1966, *R.C.D.I.P.*, 1967, 734, note P.L.

<sup>1746</sup> Cass., 5 mai 1962, *Darre Zirs c. Verdier*, *J.D.I.*, 1962, 1024, obs. SIALELLI; *D.*, 1962, 718, note G. HOLLEAUX; *R.C.D.I.P.*, 1963, 99, obs. H. BATAIFFOL. *Comp.* cependant à la même époque, Paris, 23 décembre 1960, *R.C.D.I.P.*, 1962, 339, note P. BELLET.

<sup>1747</sup> La Cour expliqua que "c'est à bon droit que les juges du fond ont refusé de se dessaisir d'une action au sujet de laquelle ils constatent que la juridiction française, qui en avait été saisie la première de sorte que la litispendance ne pouvait être admise, avait d'ailleurs été jugée compétente pour en connaître en vertu de sa compétence normale, exclusive, selon les règles françaises de conflit de juridictions, de toute compétence concurrente étrangère [...] ». Comme l'expliqua le conseiller rapporteur dans ses observations, la priorité de saisine aurait à elle seul suffit à rejeter l'exception de litispendance. Si la Cour a jugé bon d'évoquer également la nature exclusive de la compétence des tribunaux français (fondée sur le domicile de l'époux en France), c'est en raison des ambiguïtés des moyens invoqués à l'appui du pourvoi (v. G. HOLLEAUX, note, *D.*, 1962, spéc. 720-721).



s'excuser – il y a un siècle par l'état du droit juridictionnel international à l'époque, est devenue indéfendable de nos jours où [...] en raison du développement des relations internationales et de la multiplication des compétences concurrentes, il serait absolument déraisonnable et contraire à un juste esprit de collaboration juridictionnelle de prétendre ignorer uniformément toute instance étrangère [...] ».<sup>1748</sup>

L'espoir suscité par cette décision<sup>1749</sup> fut cependant de courte durée, puisque dès 1969 la première chambre de la Cour réaffirma sans nuance "qu'il est de principe que l'exception de litispendance n'est pas reçue en France à raison d'une instance introduite à l'étranger".<sup>1750</sup>

**397. Consécration de la litispendance avec l'arrêt *De Fragne*** - Il fallu attendre 1974 et l'arrêt *Minera De Fragne* pour que l'exception de litispendance entre enfin dans le droit commun français.<sup>1751</sup> En l'espèce une entreprise italienne avait actionné son cocontractant devant le tribunal de Milan pour obtenir la résolution d'un contrat ainsi que des dommages et intérêts. L'entreprise française répliqua en s'adressant au tribunal de commerce de Paris. Le conseil de l'entreprise italienne invoqua, à toutes fins utiles, l'exception de litispendance, sans doute sans nourrir de grands espoirs sur les chances de succès de ce moyen, d'autant plus qu'une jurisprudence constante décidait que l'article 19 de la Convention italo-française du 3 juin 1930, qui envisageait le dessaisissement du juge second saisi, ne s'adressait qu'au juge de l'exequatur et non au juge de l'instance directe. Sans doute influencée par la pensée de D. *Holleaux*,<sup>1752</sup> la Cour de Cassation accueillit en des termes non équivoques l'exception de litispendance soulevée par l'entreprise italienne. Dans un attendu devenu classique, la Cour précisa que "l'exception de litispendance peut cependant être reçue devant le juge français, en vertu du droit commun français, en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger également compétent". En l'espèce l'exception fut toutefois rejetée, la future décision du tribunal italien n'étant pas susceptible d'être reconnue en France.

Ainsi le principe de l'irrecevabilité fut-il définitivement jeté aux oubliettes. Dorénavant le juge français second saisi pouvait s'effacer devant la procédure concurrente engagée antérieurement devant un tribunal étranger, sans devoir passer par l'artifice de la

<sup>1748</sup> G. HOLLEAUX, note, *D.*, 1962, 719. Et M. *Holleaux* d'ajouter que « si la jurisprudence française paraît encore, dans son ensemble [...] assez attachée – peut être du reste pour des raisons de facilité [...] - à la règle traditionnelle, une tendance nette se dessine néanmoins dans le sens de sa restriction (et permet d'entrevoir son futur abandon) ».

<sup>1749</sup> V. aussi Cass., 9 décembre 1964, *J.D.I.*, 1965, 418, obs. SIALELLI et *R.C.D.I.P.*, 1966, 72, note M. WESER et Paris, 3 juin 1967, *R.C.D.I.P.*, 1967, 734, note P.L. (La Cour décide qu'est "recevable l'exception de litispendance soulevée devant un tribunal français au profit d'un tribunal étranger préalablement saisi de la même instance et normalement compétent". En l'espèce l'exception fut toutefois repoussée parce qu'il n'apparaissait pas que l'instance intentée en premier lieu à l'étranger puisse aboutir à une décision susceptible d'être reconnue en France).

<sup>1750</sup> Civ. 1 décembre 1969, *J.D.I.*, 1970, 707, note A. HUET; *R.C.D.I.P.*, 1972, 84, note P. LOUIS-LUCAS. V. également Aix, 13 février 1912, *R.C.D.I.P.*, 1912, 735, note CHERVET; Aix, 2 juillet 1947, *R.C.D.I.P.*, 1948, 93, note BATIFFOL; Paris, 5 mai 1960, *R.C.D.I.P.*, 1960, 603, note MEZGER; *J.D.I.*, 1961, 450, note GOLDMAN; Paris, 23 décembre 1960, *R.C.D.I.P.*, 1962, 339, note P. BELLET.

<sup>1751</sup> Cass., 26 novembre 1974, *R.C.D.I.P.*, 1975, 491, note D. HOLLEAUX; *J.D.I.*, 1975, 108, note A. PONSARD; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1998, n° 54.

<sup>1752</sup> Pensée exprimée lors de sa célèbre communication au comité français : D. HOLLEAUX, "La litispendance internationale", *Travaux comfr. DIP*, 1971-73, 203-230. V. déjà *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, pp. 164 e.s. Mme. *Gaudemet-Tallon* a dit de cette communication qu'elle constitue "un des meilleurs exemples que l'on puisse trouver" de "l'influence de la doctrine sur la jurisprudence en droit international privé" (H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, 122).



renonciation. On doit sans doute rapprocher cette heureuse décision des avancées enregistrées à la même époque en matière d'effet des jugements étrangers, et en particulier de l'abandon de la révision au fond en 1964 par la Cour de Cassation.<sup>1753</sup> Au total, l'accueil de l'exception de litispendance n'a été possible qu'après qu'elle se fut longtemps abritée derrière l'idée de renonciation à un privilège de juridiction, procédé parfaitement classique d'évolution de la jurisprudence, qui voit, comme le rappelle M. Gaillard, une notion évoluer sous le couvert d'une autre, mieux établie, à laquelle elle emprunte son autorité jusqu'à ce qu'elle soit suffisamment reconnue pour s'en détacher.<sup>1754</sup>

**398. Bilan de l'évolution de la jurisprudence française** - Le chemin parcouru depuis les premières décisions du 19<sup>ème</sup> siècle est considérable. Alors qu'au départ, les tribunaux se montraient pour le moins indifférents à l'existence d'une procédure concurrente engagée devant un tribunal étranger, l'idée d'une coordination par le biais de la déférence s'est peu à peu imposée, d'abord de façon indirecte et détournée avec la renonciation, ensuite au grand jour avec la reconnaissance du déclinatoire de litispendance internationale.

L'évolution de la jurisprudence française est riche d'enseignements. Elle montre tout d'abord que la déférence internationale ne va pas de soi. Les résistances étaient au départ fortes, elles n'ont pu être conquises qu'au prix d'un contournement par la bande du dogme de la territorialité de la litispendance. La lente évolution de la jurisprudence et les stratagèmes utilisés pour dissimuler les efforts de coordination sont autant de preuves de la difficulté de l'accueil de la litispendance. L'astuce de l'exception de renonciation souligne également l'importance de l'*abus* comme étape intermédiaire : avec l'exception de renonciation, c'est en effet d'abord les procédures abusives que les tribunaux français cherchaient à sanctionner. On verra qu'en droit anglais, l'abus de procédure a également constitué la première justification de la coordination par la déférence. Enfin, il faut sans doute mettre en parallèle l'évolution des mentalités avec celle du régime des jugements étrangers. Il est indéniable que le meilleur accueil réservé à ces jugements a déteint sur le traitement de la litispendance internationale. Il est temps maintenant d'élargir le débat pour dresser le bilan de la litispendance à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle.

B. La litispendance au 21<sup>ème</sup> siècle : un bilan en demi-teintes

**399. Un bilan contrasté : l'exemple de la jurisprudence belge** - Les succès de la litispendance internationale en droit commun français ne doivent pas cacher que ce déclinatoire n'a pas encore acquis rang de règle universellement acceptée. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner l'évolution qu'a connue la jurisprudence belge. Le contraste est saisissant : on a vu qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux belges avaient adopté une attitude en tout point similaire à celle des tribunaux français. (*supra*, n° 375) On aurait dès lors pu s'attendre à ce que la jurisprudence belge emboîte le pas à sa sœur française et reconnaisse progressivement effet au déclinatoire de litispendance internationale. Une évolution dans ce sens était d'autant plus logique que les commentateurs ne se privaient

<sup>1753</sup> Arrêt *Munzer*, Cass. Fr., 7 janvier 1964, *R.C.D.I.P.*, 1964, 344, note H. BATIFFOL; *J.D.I.*, 1964, 302, note GOLDMAN; *J.C.P.*, 1964, II, 13590, note B. ANCEL.

<sup>1754</sup> Comme le rappelle l'auteur à propos du principe de la compétence-compétence, qui s'est longtemps caché sous celui de l'autonomie de la volonté. ("L'effet négatif de la compétence-compétence", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Pouchet*, J. HALDY et al. (éds.), Lausanne, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, 387).

pas de critiquer la timidité des tribunaux et de réclamer l'extension de l'exception de litispendance aux espèces internationales.<sup>1755</sup>

Les critiques pouvaient se faire virulentes. Dans une contribution publiée au *Clunet* en 1892, un avocat anversoise fustigeait ainsi l'isolationnisme des tribunaux belges, qu'il qualifiait d'"égoïsme" et de "mesquinerie".<sup>1756</sup> L'évolution qu'a connue la pensée du conseiller de Paepe sur le sujet aurait aussi pu augurer d'un assouplissement de la jurisprudence. Dans un discours prononcé devant la Cour d'Appel de Gand lors de l'audience solennelle de rentrée judiciaire de l'année 1879, le conseiller près la Cour de Cassation écrivait de façon on ne peut plus classique, que l'on ne peut "pour arrêter une action qui est introduite devant les tribunaux belges, puiser une exception de litispendance dans une contestation pendante devant un tribunal étranger".<sup>1757</sup> Déjà en 1884 l'auteur était revenu sur son opinion. Commentant la loi du 25 mars 1876, M. de Paepe se prononçait alors pour l'accueil de l'exception de litispendance "si la cause même dont [le tribunal belge] est saisi est déjà soumise à un tribunal étranger".<sup>1758</sup> Il justifiait ce revirement en évoquant l'évolution du régime des jugements étrangers. Le conseiller expliquait en effet que "[s]elon qu'on reconnaît ou refuse aux jugements étrangers l'autorité de chose jugée, on doit reconnaître ou refuser aux instances engagées en pays étranger l'effet de produire l'exception de litispendance".<sup>1759</sup> Et M. de Paepe de constater que l'arrêté loi du 9 septembre 1814 (*supra*, n° 375) avait été abrogé par la loi de 1876. Les décisions rendues par un juge étranger pouvant être invoquées en Belgique pour en déduire l'exception de chose jugée, M. de Paepe admettait qu'il "n'est pas défendu non plus au juge belge d'admettre une exception de litispendance fondée sur une instance engagée à l'étranger".<sup>1760</sup>

M. de Paepe n'ira toutefois pas jusqu'à accepter que l'exception s'attache directement à la saisine pure et simple du juge étranger. Telle qu'il l'envisageait, l'exception ne se fondait pas sur "le seul fait de la litispendance"; elle se déduisait au contraire de la circonstance "qu'en introduisant son action devant le juge étranger, [le demandeur] renonce à en saisir le juge de son pays".<sup>1761</sup> A la suite de la jurisprudence majoritaire, M. de Paepe rattachait en effet l'exception de litispendance à l'idée de bonne foi, qui empêchait une partie de

<sup>1755</sup> V. par exemple G. BELTJENS, "Article 50", in *Encyclopédie du droit civil*, 2ème éd., t. I, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1908, 373-374, n° 65-66 (constatant que les décisions étrangères peuvent être invoquées en Belgique pour en déduire une exception de chose jugée, M. Beltjens se demandait "pourquoi [le juge] ne pourrait-il pas admettre une exception de litispendance fondée sur une instance engagée à l'étranger [...] ?").

<sup>1756</sup> V. YSEUX, "La litispendance dans les relations internationales", *J.T.*, 1892 en *J.D.I.*, 1892, (862), 863. *Cors.* également G. FLAISCHEN, "L'autorité de la chose jugée et la litispendance internationale en droit international privé", *Reu. dr. int.*, 1896, pp. 665 e.s. La doctrine plus classique se contentait toutefois d'expliquer que la litispendance internationale ne pouvait être reçue en Belgique, v. p. ex. A. BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile...*, Liège/Bruxelles, Grandmont/Mayolez, 1885, 661-662, selon qui "La circonstance qu'une action introduite en Belgique aurait déjà été antérieurement portée devant un tribunal étranger ne pourrait pas entraîner l'incompétence de la juridiction belge". V. également TH. BORMANS, *Code de procédure civile...*, Bruxelles, Larquier, 1877, 498, n° 550 et 516, n° 576 ("L'article 50 ne s'applique pas à des causes pendantes devant des tribunaux de deux royaumes différents").

<sup>1757</sup> P. DE PAEPE, "De l'exécution des décisions rendues en matière civile et commerciale par les juges étrangers", *B.J.*, 1879, (1569-1589), col. 1581.

<sup>1758</sup> P. DE PAEPE, "Nouveau Code de Procédure Civile - Article 50, § 2", *B.J.*, 1884, (225), 227. Il confirmera son opinion dans ses *Etudes* parues en 1900: *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers avec un exposé sommaire de la loi qui leur est applicable et mises en rapport avec la Convention franco-belge du 8 juillet 1899*, I, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1900, 458 p., spéc. p. 145 e.s.

<sup>1759</sup> *B.J.*, 1884, (225), 227.

<sup>1760</sup> *B.J.*, 1884, (225), 232.

<sup>1761</sup> P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile...*, I, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1900, 147.

saisir le for après s'être adressé à la justice étrangère.<sup>1762</sup> Il entendait toutefois lui donner une portée plus large que ne le faisait la jurisprudence en présumant la renonciation dès que le demandeur a valablement saisi le juge étranger. Il n'était pas à ses yeux nécessaire de tenir compte des circonstances précises qui accompagnent cette saisine.<sup>1763</sup> En outre, préférant l'idée du contrat judiciaire à celle de renonciation, M. de Paepe libérait la litispendance du joug des privilèges de juridiction.<sup>1764</sup> Telle qu'il la concevait, la litispendance pouvait être invoquée quelle que soit la nature de la compétence du for.<sup>1765</sup> Bref, l'exception de litispendance admise par M. de Paepe ressemblait à s'y méprendre à celle que nous connaissons aujourd'hui.

Entre ses premiers écrits et les magistrales *Etudes sur la compétence*, l'évolution de la pensée du conseiller est nette. Cette évolution est bien dans l'air du temps. Il n'est qu'à songer à la résolution adoptée à la même époque par l'Institut de droit international, lors de sa session de La Haye, par laquelle l'Institut invitait les Etats à admettre "[...] dans les rapports avec les juridictions étrangères, les mêmes règles sur la litispendance que celles qui existent dans les rapports entre les juridictions nationales de chaque Etat".<sup>1766</sup>

**400. Evolution de la jurisprudence belge (suite) : quelques décisions isolées –**  
Les conseils éclairés du monde académique n'auront au mieux qu'une influence ponctuelle et ne convaincront pas les tribunaux des bénéfiques de la litispendance

<sup>1762</sup> V. aussi *B.J.*, 1884, col. 229 e.s.

<sup>1763</sup> V. surtout *B.J.*, 1884, col. 233 P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile ...*, I, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1900, 151-152. M. de Paepe n'a d'ailleurs pas de mots trop forts pour condamner la jurisprudence qui prétend faire dépendre la renonciation de la volonté concrète du demandeur. Il écrit par exemple qu'elle "manque de fondement juridique" et en outre qu'elle "sacrifie arbitrairement le droit des étrangers au droit des régnicoles" (*B.J.*, 1884, col. 23 et *Etudes*, I, 151-152, n° 12).

<sup>1764</sup> Il écrivait par exemple que "il n'est pas défendu [...] au juge belge de déduire d'une instance engagée devant un juge étranger une exception de litispendance fondée non sur l'article 50 de la loi du 25 mars 1876, mais sur le contrat judiciaire intervenu devant ce juge".

<sup>1765</sup> *B.J.*, 1884, col. 232 et *Etudes sur la compétence civile ...*, I, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1900, 148, n° 11. M. Foelix suggérait déjà d'étendre le principe de la renonciation. Ainsi, il proposait de permettre à une partie d'opposer l'exception de renonciation à un étranger qui avait déjà porté la demande devant un tribunal étranger, dépassant donc les limites de l'article 14 : M. FOELIX, *op. cit.*, I, 376, n° 184.

<sup>1766</sup> Résolution de l'Institut de Droit International, 23 août 1898, Session de La Haye, "De la litispendance dans les rapports entre juridictions d'Etats différents", *Ann. De l'Institut de Droit International*, vol. 17, 1898, pp. 288-291. La résolution a également été publiée à l'*Annuaire de l'Institut de Droit International*, Ed. nouvelle abrégée 1928, Falk/Pedone, Bruxelles/Paris, 1928, 365. V. le rapport de A. SACERDOTI et CH. LYON-CAEN, "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents. Rapport et projet de conclusions présentés au nom de la Commission, Institut de droit international, Sixième commission, Session de Venise", *Ann. de l'Institut Dr. Int.*, vol. 15, 1896, 85-98. La discussion du projet de résolution au sein de l'Institut avait permis de réfuter la plupart des arguments avancés par les tribunaux nationaux à l'encontre de la litispendance (*supra*, n° 374) et notamment l'absence de règlement des juges au niveau international. Les membres de l'Institut ont cependant reconnu le lien qui unissait la litispendance à l'effet des jugements étrangers. Au lieu d'en déduire un rejet absolu de l'exception comme l'avait fait une certaine jurisprudence, ils choisirent au contraire de subordonner l'accueil de l'exception à la condition que la future décision du juge étranger soit susceptible de produire ses effets dans le for où l'exception était invoquée, une condition qui connut une fortune considérable. Le second article de la résolution disposait ainsi que "Il est nécessaire pour l'admission de l'exception de litispendance étrangère, que, en règle, les jugements prononcés dans le pays du juge saisi en premier lieu, soient susceptibles d'être rendus exécutoires, sans révision du fond, selon la loi du pays où l'on produit l'exception" : "De la litispendance dans les rapports entre juridictions d'Etats différents", *Ann. De l'Institut de Droit International*, XV, 91. Un peu plus tard, cette résolution reçut l'appui du *Code Bustamante*, qui proposait également d'admettre la litispendance dans les rapports internationaux : Art. 394 du Code dit de Bustamante, Union panaméricaine conclue à La Havane le 20 février 1928 : "La litispendencia por pleito en otro de los Estados contratantes podrá alegarse en materia civil cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de cosa juzgada" ("La litispendance en cas d'instance engagée dans un autre Etat contractant pourra être invoquée en matière civile, quand le jugement rendu dans l'un d'eux doit produire dans un autre les effets de la chose jugée"). V. A. S. DE BUSTAMANTE, *Projet de code de droit international privé*, traduit par P. GOULE, Paris, Sirey, 1925, 239-240. Et déjà du même, A.S. DE BUSTAMANTE, "La litispendencia ante un tribunal extranjero", *Revista del Foro*, 1895, 245 e.s.

internationale. Quelques décisions rendues au tournant du siècle dénotent certes par leur accueil de la litispendance qui contraste avec le refus opposé classiquement à cette exception. Ainsi, dans une décision de 1897, la Cour d'Appel de Bruxelles a-t-elle accepté, du moins sur le plan des principes, que "l'exception de litispendance [puisse] se fonder, en Belgique, sur une action pendante devant un tribunal étranger".<sup>1767</sup> A l'appui de cette position, singulière pour l'époque, la Cour souligna que "le jugement [du tribunal étranger] peut éventuellement acquérir en Belgique force de chose jugée par exequatur". Et la Cour d'ajouter qu'en l'espèce, "cette exception apparaît comme d'autant plus recevable que la compétence du tribunal [étranger] est entre parties contractuelle et qu'un contrat de l'espèce est parfaitement licite et obligatoire".<sup>1768</sup>

Remarquons toutefois qu'après avoir posé ce généreux principe, la Cour décida qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce d'accueillir l'exception de litispendance puisque le demandeur avait sollicité et obtenu la radiation de son action devant les juridictions françaises. La Cour confirma sa décision un an plus tard dans une décision du 2 avril 1898. En l'espèce elle justifia l'accueil de l'exception en rappelant que la loi de 1876 "permet en principe de faire déclarer exécutoire en Belgique les jugements étrangers".<sup>1769</sup> Voilà qui tranche avec le sempiternel refus de se préoccuper de la saisine concurrente du juge étranger.

Ces quelques décisions, qui illustrent, pour autant que de besoin, le lien entre la litispendance internationale et les effets des jugements étrangers, sont toutefois restées isolées.<sup>1770</sup>

**401. Evolution de la jurisprudence belge (suite) : pas de transformation de la renonciation en litispendance** – Au contraire de ce qui s'est passé en France, la fiction de la renonciation, bien vivante au siècle dernier, n'a jamais servi en droit belge de transition vers une véritable exception de litispendance. Il est vrai qu'après l'entrée en vigueur du Code judiciaire, la renonciation mènera une existence pour le moins

<sup>1767</sup> Bruxelles, 29 avril 1897, *Pas.*, 1897, II, 314; *B.J.*, 1898, 264.

<sup>1768</sup> p. 314. Sur l'influence d'une clause d'élection de for sur la litispendance, cfr. *supra* n° 173.

<sup>1769</sup> Bruxelles, 2 avril 1898, *Pas.*, 1899, II, 24. En première instance : Comm. Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1898, III, 152; *J.T.*, 1898, col. 252.

<sup>1770</sup> On peut encore mentionner une décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 30 décembre 1897, *Pas.*, 1898, III, 152. Le litige concernait le partage entre deux sociétés du fruit de la vente d'une société belge propriétaire d'une concession pétrolière en Russie. Les demandeurs avaient d'abord saisi les juridictions anglaises d'une demande au fond visant à faire reconnaître leurs droits à la moitié des bénéfices résultant de la vente. Ultérieurement, ils saisirent les tribunaux belges d'une demande qu'ils reconnaissaient eux-mêmes être "parallèle à celle qui se trouve déjà portée depuis un an déjà devant les tribunaux anglais", arguant de l'intérêt qu'ils avaient à obtenir "prompte et facile justice". Le tribunal déclara la demande irrecevable. Il souligna tout d'abord qu'il n'y avait lieu ni à exception de litispendance, parce que "la litispendance n'a lieu qu'entre deux instances soumises à deux tribunaux du même pays", p. 152, ni à exception de chose jugée. La fin de non recevoir opposée au demandeur découlait plutôt de l'existence entre parties d'un quasi-contrat judiciaire et de la renonciation à invoquer la compétence des juridictions belges (*supra*, n° 379). Cette décision mérite d'être épinglée parce qu'elle frappe par la préoccupation que le juge exprime face au dédoublement de procédures. Il rappelle ainsi le danger "qu'il pourrait intervenir sur cette même cause deux décisions contradictoires" et termine par un attendu à la portée quasi-prophétique : "le droit moderne ne connaît pas d'actions parallèles déférées à des juridictions de nationalités différentes" (p. 153). Le tribunal de Commerce d'Anvers a, en 1921, également déclaré irrecevable une demande en garantie pour cause de litispendance avec la même demande formée devant les tribunaux de Roubaix, Comm. Anvers, 23 novembre 1921, *J.P.A.*, 1921, 712. Et le tribunal de justifier cette décision par la circonstance que "si ces deux juridictions différentes devaient en rester saisies, il pourrait en résulter une contrariété de décisions". p. 713. *Cors.* également Comm. Bruxelles, 2 février 1922, *J.C.B.*, 1922, 92 qui, tout en rejetant l'exception de litispendance, surseoit à statuer en attendant la décision du tribunal anglais saisi d'une demande connexe. Le tribunal justifie sa décision par le fait que la juridiction anglaise a à connaître de "toutes les contestations existant entre les parties" alors qu'il n'est lui-même saisi que de "celles érvant à la défense".

marginale.<sup>1771</sup> Les règles belges de compétence internationale ne feront plus qu'une place secondaire aux privilèges de nationalité. Seul subsistera l'article 15 du Code civil.<sup>1772</sup> S'agissant d'une faculté dans le chef des défendeurs belges, et des demandeurs domiciliés en Belgique, et non d'un droit touchant à l'ordre public, on ne peut douter qu'il soit possible pour un plaideur d'y renoncer, tout comme il est d'ailleurs possible de renoncer au privilège domiciliaire de l'article 638.

Cette possibilité fut cependant quasi systématiquement passée sous silence. Seule une décision isolée rappella que le belge pouvait valablement renoncer au privilège de l'article 15 - encore s'agissait-il en l'espèce de valider une clause d'élection de for.<sup>1773</sup> La quasi-disparition de l'exception de renonciation s'explique sans doute par la marginalisation des chefs de compétence fondés sur la nationalité ou le domicile du demandeur. En pratique seul subsista l'article 15, dont on a vu qu'on pouvait difficilement lui appliquer la théorie de la renonciation (*supra*, n° 381). L'idée de renonciation comme substitut à la litispendance subsistera toutefois sous la plume de certains auteurs.<sup>1774</sup>

La variante de l'exception de renonciation, qui se fondait sur l'existence d'un quasi-contrat judiciaire entre parties à une instance étrangère, connaîtra rapidement le même

<sup>1771</sup> A la même époque, la fiction de la renonciation connut aussi un certain succès auprès des tribunaux néerlandais. S'inspirant du célèbre arrêt dit du manteau de fourrure, dans lequel le Hoge Raad avait déduit du principe de bonne foi une exception d'irrecevabilité opposée au plaideur qui tentait sa chance aux Pays-Bas après avoir été débouté en Angleterre (*supra*) plusieurs tribunaux ont, de façon timide il est vrai ouvert la voie à une limitation du droit d'action du justiciable en raison d'une procédure engagée par ses soins devant un tribunal étranger. On trouve une première manifestation de cette jurisprudence dans la décision du tribunal d'arrondissement d'Amsterdam du 18 novembre 1921 (*N.J.*, 1923, 193). En l'espèce, un litige portant sur la livraison de certains biens avait été soumis au tribunal d'Athènes. Après plusieurs années, une des parties engageait une nouvelle procédure, cette fois aux Pays-Bas, à laquelle s'opposa son adversaire qui invoquait la litispendance. Le tribunal n'hésita pas à accueillir cette dernière exception, s'appuyant pour ce faire sur la circonstance que le défendeur dans la procédure grecque paraissait s'être résigné à celle-ci au point de renoncer à invoquer une clause d'élection de for prévue dans un connaissement et qui attribuait compétence aux tribunaux néerlandais. Les attendus du tribunal laissaient déjà entrevoir qu'il n'était pas exclu de conférer une portée générale à l'exception de litispendance. Le tribunal observa notamment que "het in strijd met een goede procesorde zoude zijn, dat door het gelijktijdig berechten van hetzelfde geschil tusschen dezelfde partijen en door verschillende colleges de mogelijkheid werd geschapen, dat terzelfder tijd twee tegenstrijdige beslissingen zouden worden gegeven over datzelfde onderwerp, tusschen die partijen". La Cour d'Appel de La Haye emprunta la même voie en 1945, en laissant entendre que l'introduction d'une procédure devant un tribunal étranger pourrait être interprétée comme un obstacle à une saisine ultérieure du juge néerlandais : Hof 's-Gravenhage, 29 novembre 1945, *N.J.*, 1946, n° 116. En l'espèce toutefois la Cour refusa de considérer que le demandeur, assigné devant les juges parisiens, avaient entendu se soumettre à la compétence exclusive de ceux-ci. "Zelfs al zou de omstandigheid dat een geschil bij een buitenlandschen rechter is aanhangig gemaakt, een beletsel zijn tegen het onderwerpen van hetzelfde geschil aan het oordeel van een Nederlandschen rechter, dit toch hoogstens het geval zoude kunnen zijn, indien eerstgenoemde geheel vrijwillig is geadiceerd om met de, al dan niet uitgesproken, bedoeling het geschil bij uitsluiting aan dien rechter ter beslissing voor te leggen", p. 174. V. également une décision du H.R., en date du 15 mars 1958, *N.J.*, 1958, n° 479, p. 1140, note KOLLEWIJN, *W.P.N.R.*, 1958, n° 4599, qui confirme l'irrecevabilité d'une demande en divorce parce que le demandeur avait déjà saisi les tribunaux français d'une demande similaire.

<sup>1772</sup> On cherche vainement une trace de cette disposition dans le rapport van Reepinghen. Ce silence confirme que si l'article 15 n'a pas été transféré vers le Code Judiciaire, c'est simplement par oubli du législateur. En ce sens, R. VANDER ELST, "L'article 15 du Code civil a-t-il été tacitement abrogé?", *J.T.*, 1976, 317.

<sup>1773</sup> Trib. Trav. Anvers, 6 avril 1984, *Reu dr. soc.*, 1985, 265; *J.T.T.*, 1985, 174 et les commentaires de M. FALLON et H. BORN, *l.c.J.T.*, 1987, 483, n° 93.

<sup>1774</sup> F. RIGAUX et M. FALLON (1993, 207, n° 826) évoquent encore la renonciation comme correctif aux privilèges de juridiction. Pour ces auteurs, lorsque "l'initiative de deux actions [est] le fait de la même partie, l'intentement de l'action à l'étranger [peut] s'interpréter comme une renonciation au privilège de nationalité ou du domicile". M. *Fetruais* (*Précis de droit judiciaire*, II, *La Compétence*, 109, no. 164, note 2) ne semblait pas faire de distinction selon la nature exorbitante du chef de compétence auquel le demandeur aurait renoncé. Bien plus, il donnait à la renonciation un caractère général puisqu'il fonde ce mécanisme sur la nature vexatoire du dédoublement de procédures. Tout en constatant que l'exception de litispendance n'est traditionnellement pas accueillie, l'auteur plaide pour une exception lorsque le plaideur qui a pris l'initiative de saisir le juge étranger, saisit ultérieurement le juge belge.

sort. Inaugurée au siècle dernier,<sup>1775</sup> cette construction prétendait voir dans l'acceptation par les parties du débat judiciaire étranger, la conclusion d'un contrat qui les empêcherait de saisir un autre juge du même litige – une transposition en procédure d'un concept de droit matériel dans le but avoué d'empêcher la répétition d'une instance sans passer sous les fourches caudines de la litispendance internationale. La théorie du contrat judiciaire rencontra au siècle dernier un succès certain auprès des tribunaux français<sup>1776</sup> et belges.<sup>1777</sup> Elle a d'ailleurs été embrassée par une partie de la doctrine du siècle passé.<sup>1778</sup> Elle aurait pu constituer une transition entre la renonciation, limitée à certains chefs de compétence 'nationalistes' et la litispendance, technique d'application générale, dans la mesure où elle n'était plus liée à un ou plusieurs privilèges de juridiction, ni ne dépendait de la configuration procédurale dans les deux espèces.<sup>1779</sup>

#### 402. Evolution de la jurisprudence belge (suite et fin) - Malheureusement ni l'idée de renonciation ni celle du contrat judiciaire n'ont servi de prélude à l'introduction d'une

<sup>1775</sup> P.ex. Civ. Liège, 20 juillet 1860 et Liège, 27 juin 1861, reproduit à la *Pas.*, 1862, I, (319), 321 et 323; Bruxelles, 23 février 1878, *Pas.*, 1878, II, 137; Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214; Comm. Anvers, 28 janvier 1985, *J.P.A.*, 1896, 14 et Liège, 3 janvier 1900, *Pas.*, 1900, II, 225 (la Cour constate que le demandeur s'étant désisté de son instance devant le tribunal français avant tout acte judiciaire liant le procès, le contrat judiciaire ne s'est pas formé).

V. également Trib. Arr. Luxembourg, 13 juillet 1989, no. 401/89, inédit, résumé par J.-C. WITWINUS, "Sommaire de jurisprudence – droit international privé", *Pas. Lux.*, 1993-94, vol. 29, (1), 25 (le tribunal constate qu'en portant son action devant le tribunal étranger, le demandeur "se lie par un contrat judiciaire impliquant renonciation aux règles [luxembourgeoises] de compétence").

A la différence de l'exception de litispendance, le contrat judiciaire ne se forme pas à la simple assignation de l'adversaire, mais seulement lorsque les parties ont "lié la contestation par leurs conclusions respectives" : P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, I, 1900, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 148, n° 11. V. par exemple Comm. Anvers, 12 février 1890, *J.P.A.*, 1890, 214 et Comm. Anvers, 28 janvier 1985, *J.P.A.*, 1986, 14.

<sup>1776</sup> P. ex. Cass. fr., 24 février 1846, *D.P.*, 1846, 1, 153; *S.*, 1846, 1, 474; Cass. fr., 13 février 1882, *S.*, 1882, 1, 341 (lorsque les français "soumettent aux tribunaux étrangers les différends qu'ils ont avec des étrangers, il se forme entre les parties un contrat judiciaire du lien duquel les Français pas plus que les étrangers ne peuvent se délivrer en saisissant en France les tribunaux français"). V. également D. HOLLEAUX, *Lc, Traux corré français D.I.P.*, 1971-73, 208.

<sup>1777</sup> Cass., 11 mai 1876, *Pas.*, 1876, I, 263; *B.J.*, 1877, 818 (affaire *Tilkin*). La décision entreprise de la Cour d'Appel de Liège du 23 juin 1875 a été publiée à la *Pas.*, 1876, II, 6. In casu, la Cour a refusé de casser une décision autorisant une partie à poursuivre son adversaire devant les tribunaux belges, alors qu'elle l'avait déjà auparavant assigné devant les tribunaux luxembourgeois. Pour rejeter le pourvoi, la Cour observe tout d'abord que "le contrat judiciaire entre les parties litigantes devant le tribunal de Luxembourg a été formé sous l'empire d'une législation étrangère" (264) et qu'il est donc vain d'invoquer, comme le fait le demandeur en cassation, la violation de la loi belge. D'autre part, la Cour observe également que les parties ont engagé devant le juge belge un débat contradictoire sur la fond et "qu'ainsi en soumettant de commun accord leur différend à la juridiction belge, [les parties] ont formé un nouveau contrat judiciaire" (264). La Cour se réfugie derrière la technique de cassation, ainsi que la novation opérée par les parties, pour ne pas devoir constater que le contrat judiciaire fait obstacle à l'action litigieuse. Elle n'en consacre pas moins l'idée qu'une instance liée devant un juge étranger peut engendrer un quasi-contrat obstatif d'une nouvelle action devant les tribunaux belges. En l'espèce il ne s'agissait pas tant d'un substitut à la litispendance qu'à la chose jugée, puisque le demandeur avait obtenu gain de cause devant les tribunaux luxembourgeois. S'il saisit à nouveau les tribunaux belges, c'est que l'exequatur de la décision luxembourgeoise lui avait été refusé en Belgique.

<sup>1778</sup> Et en particulier par M. de Paepe qui s'en était fait le champion. V. *supra*, n° 397 sur l'évolution de la pensée de cet auteur.

<sup>1779</sup> En pratique toutefois, les tribunaux n'hésiteront pas à invoquer les circonstances particulières de la cause pour nier l'existence du contrat judiciaire. P. ex. Bruxelles, 23 février 1878, *Pas.*, 1878, II, 137 (la Cour constate que la procédure menée devant les juridictions françaises n'a pas donné naissance à un contrat judiciaire parce que le demandeur "ne pouvait pas agir autrement qu'il ne l'a fait" s'il voulait réunir dans un même débat toutes les parties concernées. Il n'y a donc pas eu consentement et donc pas de contrat. V. cependant Comm. Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1989, III, 152 (le tribunal constate que les deux parties ont accepté le débat devant le juge anglais et que le contrat judiciaire ainsi lié devant ce juge "doit rester debout quelles que soient les modifications que subissent les circonstances qui ont déterminé le Belge ou l'étranger à saisir la juridiction étrangère plutôt que la juridiction belge", p. 153).

véritable exception de litispendance en droit belge. Les cours et tribunaux belges resteront tout au long du siècle fidèles à la ligne qu'ils s'étaient imposés dès 1830. C'est dès lors en vain que les plaideurs faisaient appel à l'exception de litispendance internationale pour bloquer une procédure engagée en Belgique.<sup>1780</sup> L'adoption en 1967 d'un nouveau Code judiciaire ne changera rien à la position des tribunaux.<sup>1781</sup> Ceux-ci continueront à décider que "la saisine d'un juge étranger ne peut empêcher les juridictions belges de connaître d'un litige".<sup>1782</sup> Le législateur ne fera d'ailleurs rien pour modifier cette situation – les travaux préparatoires du Code de 1967 ne comportent aucune mention de l'incidence de la nouvelle réglementation de la litispendance sur les litiges internationaux.

L'obstination des tribunaux belges, qui n'ont pas emboîté le pas à leurs collègues français, vient confirmer, pour autant que de besoin, le constat de la difficulté de la déférence. Si l'arrêt *Minerva di Fragne* a bien été accueilli par la doctrine,<sup>1783</sup> la jurisprudence continue à jurer par le classique principe d'irrecevabilité de l'exception de litispendance internationale.<sup>1784</sup> Malgré quelques rares exceptions<sup>1785</sup> et des hésitations de certains tribunaux,<sup>1786</sup> les tribunaux belges refusent obstinément, comme l'a récemment confirmé

<sup>1780</sup> P. ex. Comm. Bruxelles, 2 février 1922, *J.C.B.*, 1922, 92; Liège, 7 avril 1922, *Jur. C.A. Liège*, 1922, 235; Comm. Anvers, 4 décembre 1923, *J.P.A.*, 1923, 449; Civ. Bruxelles, 19 mars 1928, *Parol. Périodiques*, 1928, 438 (le tribunal déclare que "les tribunaux belges n'ont pas à s'inquiéter d'actions introduites à l'étranger et, dès lors l'exception de litispendance soulevée à raison d'une telle action ne peut être accueillie"); Bruxelles, 18 juin 1930, *J.P.A.*, 1930, 271; Bruxelles, 18 novembre 1931, *J.P.A.*, 1931, 432; *Pas.*, 1932, II, 140; Civ. Bruxelles, 24 décembre 1958, *Pas.*, 1964, III, 98; Comm. Bruxelles, 22 décembre 1960, *J.C.B.*, 1961, 1; Civ. Bruxelles, 16 octobre 1967, *J.T.*, 1968, 117.

<sup>1781</sup> Le code prévoit une nouvelle définition de la litispendance à l'article 29 C. Jud. L'article 565 du même code règle les conflits issus de la litispendance au moyen d'une règle qui laisse place à une appréciation qualitative des deux instances concernées. Le critère strictement chronologique de saisie des deux tribunaux concernés n'est plus l'unique clé de résolution, il n'intervient que de façon subsidiaire, lorsque les critères plus sophistiqués n'apportent pas de solution. V. le commentaire de J. LAENENS, "Artikel 565", in *Genechtelijke recht. Artikelsgeuzijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Anvers. Selon la Cour de Cassation, les règles de priorité prévues à l'article 565 concernent l'ordre public : Cass., 11 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, 1071 ; *Arr. Cass.* 1978-79, 1084; *R.W.* 1980-81 (résumé), 603; *Limb. Rechtsl.* 1979, 169, note G. DELVOIE.

<sup>1782</sup> Civ. Bruxelles, 18 mars 1987, *J.T.*, 1988, 195. V. également Liège, 20 juin 1973, *J.T.*, 1974, 100; Civ. Bruxelles, 5 novembre 1975, *R.W.*, 1977-78, 323; Civ. Liège, 29 octobre 1982, *J.L.*, 1983, 80, obs. A. Kohl; Civ. Liège, 9 juin 1983, *J.L.*, 1983, 515; Civ. Liège, 2 février 1984, *J.L.*, 1985, 76; J.P. Rhodes-Saint-Genèse, 18 septembre 1989, *R.G.D.C.*, 1991, 152, note C. JUSTE; J.P. Grivegnée, 21 septembre 1989, *J.J.P.*, 1992, 113; Civ. Bruxelles (réf.), 28 décembre 1994, *Dir. A et.*, 1995, 76; Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 405; Civ. Bruxelles (réf.), 9 avril 1997, *E.J.*, 1998, 72.

<sup>1783</sup> En particulier, M. WESER, « Quelques réflexions au sujet de l'arrêt de la Cour de cassation de France du 26 novembre 1974. Importance de l'admission de la litispendance internationale par l'arrêt de la Cour de cassation de France », *J.T.*, 1976, 73-77. La doctrine 'classique' continuera toutefois à jurer par l'irrecevabilité de la litispendance internationale, v. par exemple *R.P.D.B.*, v° Compétence en matière civile et commerciale, t. II, n° 1734 (le Répertoire mentionne "qu'il n'y a pas litispendance, d'après la jurisprudence, si les deux demandes identiques sont portées devant deux tribunaux dont l'un est un tribunal étranger") et A. BRAAS, *Précis de procédure civile*, Bruxelles, Bruylant, 1945, 378, n° 718.

<sup>1784</sup> V. récemment Civ. Bruxelles (réf.), 28 décembre 1994, *Dir. A et.*, 1995, 76; Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 405; *E.J.*, 1998, 72, note I. COUWENBERG. V. également Anvers, 30 septembre 1997, *A.J.T.*, 1997-98, 354, note K. LAMBEIN (la Cour ne fait pas mention de la Convention belgo-allemande du 30 juin 1958).

<sup>1785</sup> On peut notamment relever la (timide) prise de position du juge de paix de Grivegnée dans une affaire portant sur l'attribution de la garde des enfants d'un couple en instance de divorce devant les tribunaux de Hong Kong : J.P. Grivegnée, 21 septembre 1989, *J.J.P.*, 1992, 113. Après avoir rappelé le principe de l'inadmissibilité de l'exception en droit commun - la Convention belgo-anglaise du 2 mai 1934, jugée applicable en l'espèce, ne prévoit pas de mécanisme de litispendance - le magistrat souligna qu'il n'y avait pas identité entre les deux demandes. Le jugement frappe surtout parce que le juge appelle de ses vœux une évolution de la position classique des tribunaux belges, l'accueil de l'exception de litispendance permettant à ses yeux d'"éviter une multiplication des conflits". Dans la même affaire, Liège, 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, 88.

<sup>1786</sup> Tout comme au siècle dernier les tribunaux feront encore preuve de certaines hésitations sur le principe, en truffant leurs jugements de considérations surabondantes indiquant qu'en l'espèce les conditions d'une éventuelle exception de litispendance ne sont pas réunies (*supra*, n° 378). Ainsi, comme par acquit de conscience, le tribunal



la Cour d'Appel de Bruxelles,<sup>1787</sup> de s'incliner devant la saisine concurrente d'une juridiction étrangère, position pour le moins anachronique qui ne changera sans doute que sous l'intervention du législateur (à ce propos, *infra*, n° 404).

**403. Un bilan contrasté (suite) : survivance de la méfiance et rejet de la litispendance** - Les tribunaux belges ne sont pas seuls à refuser de conférer une portée extraterritoriale au déclinatoire de litispendance. La résistance à toute collaboration judiciaire transfrontière se manifeste dans d'autres juridictions par un même rejet catégorique de l'exception de litispendance internationale. Dans de nombreux pays, il n'y a place pour l'exception que dans le cadre du droit conventionnel. C'est par exemple le cas dans les pays Scandinaves<sup>1788</sup> ainsi que dans (la plupart des) pays méditerranéens.<sup>1789</sup>

---

de première instance de Liège s'est-il senti obligé, après avoir posé, de façon tout à fait générale, que la litispendance ne pouvait être acceptée entre un tribunal belge et un tribunal étranger, de préciser que de toute façon les deux demandes en divorce ne s'appuyaient pas sur la même cause puisque l'une se référerait à l'abandon de domicile conjugal tandis que l'autre reposait sur la séparation de longue durée entre les deux époux : Civ. Liège, 2 février 1984, *J.L.*, 1985, 76. D'autres décisions s'emploient à souligner que des circonstances extérieures à la litispendance empêchent l'accueil de l'exception. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Liège, avant même de constater que "la litispendance devant un tribunal étranger ne peut empêcher les juridictions belges de connaître d'un litige", souligna en 1973 d'une part que le demandeur avait renoncé à l'instance pendante devant les tribunaux zaïrois, et d'autre part que "les dispositions attributives de compétence aux juridictions du Congo belge ne font pas obstacle à ce que les tribunaux belges soient saisis". Liège, 20 juin 1973, *J.T.*, 1974, (100), 101. V. aussi Civ. Charleroi, 3 juin 1983, *R.R.D.*, 1988, 105, note M. FALLON (comme le fait remarquer l'annotateur, le tribunal néglige d'opposer le principe selon lequel il n'y a pas litispendance internationale en dehors d'un traité, et préfère constater qu'en l'espèce l'objet des deux procédures est distinct); Civ. Bruxelles, 18 mars 1987, *J.T.*, 1988, 195; J.P. Rhodes-Saint-Genèse, 22 mai 1996, *R.R.D.*, 1996, 230 (juge constate qu'il n'y a pas identité de litige); J.P. Saint-Josse-Ten-Noode, 21 novembre 1989, *R.T.D.F.*, 1991, 260 (ne cite pas le principe selon lequel il n'existe pas d'exception de litispendance en droit commun, mais précise qu'aucune procédure parallèle n'est pendante au Maroc).

<sup>1787</sup> Bruxelles, 20 juin 2000, *J.T.*, 2001, 678 (en l'espèce, l'exception de litispendance était soulevée au profit des tribunaux polonais premiers saisis d'une demande relative à la garde d'un enfant. Pour justifier le refus du déclinatoire, la Cour d'Appel observe qu'en dehors des questions d'état et de capacité, les décisions étrangères doivent faire l'objet d'un exequatur avant de pouvoir être « reconnues » en Belgique).

<sup>1788</sup> Pour le droit suédois, v. M. BOGDAN, "Sweden", *Dedining Jurisdiction*, 374-375 et du même, "The Lugano Convention and its Extension", in *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamt Europa: EuGVU, Lugano-Übereinkommen und die Rechtsentwicklungen in Mittel- und Osteuropa*, E. JAYME (éd.), Heidelberg, Müller, 1992, 263; A. BÄUMER, *Die ausländische Rechtshängigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht*, Köln/Berlin/München, Heymann, 1999, 50. La seule exception à ce refus semble être la possibilité pour le juge suédois de surseoir à statuer lorsque l'on peut prévoir que la décision étrangère pourra être utilisée à titre de preuve dans la procédure suédoise : M. BOGDAN, "Sweden", *Dedining Jurisdiction*, 375.

Pour le droit danois, v. A. BÄUMER, *ac*, 1999, 49-50. Pour le droit islandais, *idem*, 52-53.

Pour le droit finlandais, *cons.* H. TAPANI KLANI, "Finland", in *Dedining Jurisdiction*, 171 et J. LAPPALAINEN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions : Finland", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), La Haye, Kluwer Law International, (169), 180-181.

Pour la Norvège, v. H. BULL, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions : Norway", dans le même ouvrage, (425), 444-445; A. BÄUMER, *ac*, 1999, 52-53. V. également L. PALSSON, *Scand. Studies in Law*, 1970, 77-80, n° 11.

<sup>1789</sup> Droit espagnol : pour un aperçu de la jurisprudence, v. avant tout l'étude de E. BAZAGA, *ac*, 1997, 27-55. *Adde* J. C. FERNANDEZ ROZAS et S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Ed. Civitas, 1999, 135-139 ainsi que F. B. WEIGRAND, "Der Beitritt Spaniens und Portugal zum EuGVÜ", *R.I.W.*, 1991, (717), 721; J.-D. GONZALES CAMPOS, J. C. FERNANDEZ ROZAS et R. RECONDO PORRUA, *Derecho internacional privado*, Parte especial, I, Oviedo, s.n., 1984, 325-326.

Droit grec : P. KARGADOS et E. MOUSTAIRA, "Greece", in *Dedining Jurisdiction*, 248-251; K. KERAMEUS, "Rechtsvergleichende Bemerkungen zur internationalen Rechtshängigkeit", in *Festschrift für Karl Heinz Schaub zum 70. Geburtstag* P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, 1990, (257), 260; CH. FRAGISTAS, note d'arrêt, *Zeitschrift für ausl. und int'l. Privatrecht*, 1955, 155 (selon qui la question est controversée) et N. K. KLAMARIS, "Enforcement of Court Orders and Judgments : Greece", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, précité, (275), 313-314.

Pour le droit portugais, *cf.* *infra*, note 1793.



La jurisprudence luxembourgeoise n'accorde pas non plus de crédit à la simple saisine du tribunal étranger.<sup>1790</sup> Il en va enfin de même dans certains pays d'Europe de l'Est.<sup>1791</sup> Comme c'était déjà le cas dans les périodes antérieures, le rejet de la litispendance a parfois été coulé en texte de loi, - ce fut par exemple le cas en Roumanie<sup>1792</sup> et au Portugal.<sup>1793</sup>

On est donc loin d'une acceptation franche et générale de ce mécanisme de coordination. Il y a plus. La méfiance peut en effet se traduire de façon plus subtile, même lorsque le principe de la litispendance est accueilli.

**404. Un bilan contrasté (suite) : survivance de la méfiance et interprétation restrictive de la litispendance** - La reconnaissance de la litispendance ne fait pas automatiquement disparaître toute manifestation de méfiance à l'égard du mécanisme. L'hostilité plus ou moins ouverte peut ressurgir par le biais des conditions posées pour l'exception ou encore par une interprétation fortement restrictive de son application. Comment expliquer autrement la condition posée par le législateur péruvien, qui a subordonné le jeu de la litispendance à l'exigence que le tribunal étranger concurremment

---

Pour le Liban et l'Égypte, v. N.-A. DIAB, *Le tribunal internationalement compétent en droit Libanais et Français*, Paris, L.G.D.J., 1993, 49-50, n° 90-92. Le droit commun tunisien rejette aussi l'exception de litispendance internationale, V. Trib. Civ. Tunis, 25 février 1959, *J.D.I.*, 1961, 562; Trib. Première instance de Sousse, 15 février 1983, inédit, cité par M. EL ARBI HACHEM, "La convention franco-tunisienne du 28 juin 1972", *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 594, p. 11, n° 73. Dans le même sens, M. CHARFI, "Chronique de jurisprudence tunisienne", *J.D.I.*, 1979, (647), 655-656 ainsi que A. MEZGHANI, *Droit international privé Etats nouveaux et relations privées internationales*, Tunis, Cérès Productions, 1991, 368, n° 924 (la jurisprudence tunisienne est constante et refuse l'exception de litispendance internationale. Selon l'auteur, qui cite plusieurs décisions du tribunal de première instance de Tunis, "elle s'explique par le caractère d'ordre public conféré aux règles de compétence internationale"). Les articles 3 à 10 du Code tunisien de droit international privé, loi n° 98-97 du 17 nov. 1998 (parue à la *R.D.I.P.P.*, 2000, 541 e.s.) délimitent la compétence internationale des tribunaux tunisiens, mais restent muets sur l'exception de litispendance.

<sup>1790</sup> Cour Supérieure de Justice, 22 novembre 1966, *Pas. Lux.*, 1966-68, vol. 20, 245 (la Cour décide que "l'exception de litispendance ne peut être opposée devant une juridiction luxembourgeoise en raison d'une instance identique précédemment engagée devant une juridiction étrangère), ainsi que Cour, 22 février 1984, n° 6085, cité par F. SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de juridiction en droit international privé luxembourgeois*, par J.-C. WIWINIUS, Luxembourg, Ed. P. Bauler, 1996, 171. Ce même auteur mentionne cependant deux décisions inédites (Diekirch, 31 janv. 1984, no. 31/84 et Luxembourg, 7 novembre 1991, n° 529/91) qui ont admis le principe de la litispendance. M. Vogel (*Le divorce en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 1994, 317, n° 350) cite une décision du Tribunal d'arrondissement du Luxembourg du 26 janvier 1989, n° de rôle 39353, selon laquelle "il est généralement admis qu'il est dérogé aux règles ordinaires de compétence en faveur de la juridiction étrangère saisie la première, dans tous les cas où la juridiction du for n'a pas compétence exclusive, à moins que la décision que put rendre la juridiction étrangère ne soit pas susceptible d'être reconnue au pays". V. également Trib. Arrond. Luxembourg, 5 mai 1980, cité par le même auteur, qui rejete la litispendance.

<sup>1791</sup> Droit polonais : l'article 1098 du Code de procédure civile du 17 novembre 1964 (*supra*, note 1371). Cette disposition ne semble pas avoir été modifiée lors de la réforme de juillet 1990 (v. J. SOBKOWSKI, "Meilensteine in der Entwicklung der Rechtspflege auf den Wege zur Demokratie in Polen", *Z.Z.P.*, 1991, (192), 202). Pour la Roumanie, *infra* note suivante. En Tchèque : J. VONDRAČEK, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions : Czech Republic", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, précité, (111), 122-123. Il en va de même au Mexique, J. S. ARGOMEDO RUIZ DE VELASCO, "Mexico", in *Serving Process and Obtaining Evidence A broad*, Comp. Law Yearbook Int'l Business, 1998, S. COTTER (éd.), 241.

<sup>1792</sup> Article 156 de la loi du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, dont une traduction est parue à la *R.C.D.I.P.*, 1994, 172 e.s.

<sup>1793</sup> Le quatrième alinéa de l'article 497 CPC du 28 décembre 1961 (loi n° 44219) exclut expressément l'application de l'exception de litispendance aux actions introduites devant les tribunaux étrangers : "L'existence d'une action devant une juridiction étrangère est irrelevante, sauf disposition contraire dans une convention internationale" (nous traduisons). Sur cette disposition, v., C. M. FERREIRA DA SILVA, "De la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers au Portugal (hors du cadre de l'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano)", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, précité, (465), 490-491; A. DOS REIS, *Código de processo civil anotado*, II, Coimbra, 1981 148; J.-P. TEIXEIRA DE MATOS, "Portugal", in *Serving Process and Obtaining Evidence A broad*, précité, 305.

saisi se prononce dans les trois mois.<sup>1794</sup> Comme le note M. Droz, le délai de trois mois rend cette disposition complètement illusoire.<sup>1795</sup>

Il est d'autres manières, plus subtiles, de limiter le jeu de l'exception de litispendance. La pratique française est à cet égard révélatrice de la persistance d'une certaine méfiance. Depuis l'arrêt fondateur *Minerva di Fragne*, la jurisprudence française a certes accepté le jeu de la litispendance internationale en matière familiale<sup>1796</sup> – à la suite de quoi on peut légitimement dire que l'exception de litispendance fait partie intégrale du droit international privé commun français.<sup>1797</sup> Il reste cependant que, de l'avis général, les tribunaux montrent peu d'enthousiasme à appliquer les solutions dégagées en 1974.

Ce manque d'enthousiasme se traduit notamment par une appréciation restrictive des conditions d'identité des litiges.<sup>1798</sup> Elle conduit également à limiter le recours à la litispendance en donnant libre cours au caractère exclusif des articles 14 et 15 du Code civil.<sup>1799</sup> Bien souvent il suffira en effet au demandeur français d'invoquer l'article 14 pour exclure toute compétence concurrente de la juridiction étrangère, condition *sine qua non* du mécanisme de la litispendance.<sup>1800</sup> Les tribunaux sont conscients de l'obstacle que représente l'article 14 pour la coordination des procédures concurrentes, même s'ils hésitent à le remettre en question. Ainsi la Cour d'Appel de Colmar a-t-elle constaté dans une affaire de divorce tranchée en 1990 que, puisque le mari avait réclamé le bénéfice de l'article 14 du Code civil, qui entraîne l'incompétence des tribunaux étrangers, l'exception de litispendance ne pouvait être accueillie "sans qu'il faille s'interroger sur les conséquences et l'opportunité d'une jurisprudence qui favorise les contrariétés de décisions pouvant aller jusqu'à rendre inexécutable chacune d'elle dans le pays étranger concerné".

<sup>1794</sup> Selon l'article 2066 du Code civil, "Lorsque sera pendante une action antérieurement formée [...], le tribunal péruvien suspendra la cause s'il peut prévoir que la juridiction étrangère prononcera, dans un délai qui n'excède pas trois mois, une décision susceptible d'être reconnue et exécutée au Pérou" (traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1986, 192, nous soulignons).

<sup>1795</sup> G. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé", *Recueil des cours*, 1991-IV, 65. Sur cette question, cf. *infra*, n° 716.

<sup>1796</sup> P. ex. Lyon, 22 mai 1979, *D.*, 1980, IR, 332, note Audit (cède la priorité au juge yougoslave dans un litige concernant le droit de visite après divorce); Trib. Grde instance Paris, 12 février 1980, *J.D.I.*, 1980, 653, note A. HUET (accueille une exception de litispendance en faveur d'un tribunal portugais saisi de la même action en recherche de paternité); Trib. Grde instance Paris, 7 juillet 1976, *R.C.D.I.P.*, 1977, 725, note Fadlallah (se dessaisit d'une instance en divorce au profit des tribunaux suédois), réformé par Paris, 24 nov. 1977, *R.C.D.I.P.*, 1978, 527; *J.D.I.*, 1978, 306, note A. Huet; Paris, 24 mai 1983, *J.D.I.*, 1983, 827, note A. Huet (se dessaisit d'une instance en divorce au profit des tribunaux algériens).

<sup>1797</sup> V. Cass. fr., 8 juin 1999, *D.*, 1999, IR, 169; *R.C.D.I.P.*, 2000, 34, note P. REMY-CORLAY (casse la décision de la Cour d'appel de Paris qui avait rejeté l'exception de litispendance soulevée par l'épouse française d'un couple français sans vérifier si le tribunal américain, premier saisi, était compétent au regard des règles françaises de compétence internationale indirecte).

<sup>1798</sup> Conclusion à laquelle aboutit Mme. Gaudemet-Tallon après une étude fouillée de la jurisprudence, v. H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, 132-134. *Infra* sur cette question, n° 458.

<sup>1799</sup> Sur la question de l'exclusivité de l'article 1070 N.C.P.C., qui prévoit une règle de compétence spécifique pour les affaires de divorce, v. H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, *Mélanges Dominique Holleaux*, 129-131.

<sup>1800</sup> V. par ex. Cass. fr., 3 juin 1997, *R.C.D.I.P.*, 1998, 452, note Ancel (la Cour de Cassation constate que l'article 14 du Code civil, invoqué pour fonder la compétence du tribunal français, est exclusif de toute compétence concurrente de la juridiction étrangère, et que la question de la litispendance ne se pose dès lors même pas); Cass. fr., 25 mai 1987, *J.C.P.*, 1987, IV, 263. Les commentateurs sont unanimes à critiquer cette conséquence du caractère exclusif conféré aux art. 14 et 15 : H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, *Mélanges Dominique Holleaux*, 131-132 ; de la même, « Litispendance et connexité en droit européen et en droit international : la règle prior tempore... », *Dalloz Affaires*, 1996, (474), -477. ainsi que de B. AUDIT, "Le privilège de juridiction résultant de l'art. 15 C. civ. exclut toute compétence concurrente de la juridiction étrangère, dans la mesure où son bénéficiaire n'y a pas renoncé", *D.*, 1993, somm., 351.

Comment ne pas conclure au vu de ces limitations que les tribunaux cherchent à reprendre d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre? On peut voir dans ces résistances, comme le fait Mme. Gaudemet-Tallon, "des combats d'arrière garde qui s'estomperont" avec l'expérience et la pratique de la litispendance. Toujours est-il que dans l'état actuel de la jurisprudence, elles cantonnent le déclinatoire de litispendance à un rôle plus qu'exceptionnel. Comme le constatait M. Audit en 1994, "si le principe d'admissibilité de la litispendance internationale a été proclamé il y a une vingtaine d'années [...] son admission effective est demeurée exceptionnelle".<sup>1801</sup>

**405. Un bilan contrasté (suite) : les conquêtes de la litispendance** – S'il reste dès lors beaucoup de progrès à faire avant que l'on puisse évoquer à propos de la litispendance un principe de droit généralement admis,<sup>1802</sup> les avancées enregistrées depuis le début du 19<sup>ème</sup> siècle sont toutefois considérables. Ainsi le droit conventionnel semble-t-il tout entier acquis à la cause de la litispendance internationale. Ceci se vérifie non seulement pour les grandes conventions multilatérales, mais également pour les nombreuses conventions bilatérales (*infra*, n° 728). De même le mouvement de codification du droit international privé engagé à partir des années 1970<sup>1803</sup> a-t-il permis à la litispendance de faire son entrée dans de nombreux droits nationaux. Outre l'effet d'entraînement inévitable dans ce genre de mouvement, la faveur avec laquelle les législateurs nationaux ont accueilli la litispendance s'explique sans doute par l'influence du droit conventionnel, et en particulier de la Convention de Bruxelles – dont l'exception de litispendance est appliquée quotidiennement par les tribunaux.<sup>1804</sup> L'assouplissement du régime des jugements étrangers dans la plupart des codifications n'est sans doute pas non plus étranger à la consécration de la litispendance.

<sup>1801</sup> B. AUDIT, "Les conditions de la litispendance internationale en matière de divorce", *D.*, 1994, Somm. Commentés, 352; M.-L. NIBOYET-HOEGY, *T.C.F.D.I.P.*, 82 ("l'exception [de litispendance] est encore rarement accueillie en droit commun"); A. HUET, *Juris-Classique Droit international*, Fasc. 581-43, 1995, n° 39 et BATHIFOLLAGARDE, II, 469, n° 676 ("Dans la pratique judiciaire, cependant, l'accueil de l'exception demeure rare, les tribunaux se montrant très rigoureux sur les conditions de compétence du tribunal étranger et d'identité des litiges portés respectivement devant le tribunal étranger et devant le tribunal français [...]"). M. Schneider expliquait également que "Même dans les ordres juridiques où elle est considérée comme recevable en principe, l'exception de litispendance internationale est rarement admise au fond" ("L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève n° 50, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 307).

<sup>1802</sup> On s'accorde d'ailleurs pour dire que le droit international n'impose pas aux Etats d'accorder un quelconque crédit à la saisine concurrente d'un tribunal étranger, v. R. GEIMER, 1997, 674, n° 2691, qui cite M. Wengler. Cfr. également T. PARASSI, "Il regolamento della litispendenza in alcune convenzioni internazionali", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1953, (357-366), 357 ("Nè dal diritto internazionale generale derivano per gli Stati obblighi di dar rilevanza, nel loro ordinamento interno, alla litispendenza all'estero"); I. SZASZY, *International Civil Procedure*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 531 ("General international legal custom does not bind States to recognize the legal effects of procedure pending or terminated abroad, or of a specific procedural conduct abroad"); P. MAYER, *Droit international privé*, 5ème éd., Paris, 1994, 26-27, n° 30; J. MAHARI, *Zuständigkeitskonflikte...*, 1987, 27; M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 21; CH. FRAGISTAS, "Problèmes résultant...", *l.c.*, 102.

<sup>1803</sup> En général, A. FERRER CORREIA, "Les problèmes de codification en droit international privé", *Recueil des Cours*, 1975-II, vol. 145, 57-204 et E. JAYME, "Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé", *Recueil des Cours*, 1982-IV, vol. 177, 9-102. Cfr. également l'étude de E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les récentes codifications du droit international privé en Europe*, Bibliothèque de droit privé vol. 195, Paris, L.G.D.J., 1987, 531 p.

<sup>1804</sup> Sur l'effet de "rayonnement" de cette Convention, v. RIGAUX-FALLON, 1993, 207, n° 826, qui notent que "il est probable que le relatif libéralisme de la Convention de Bruxelles sur ce point [...] exercera une influence en Belgique également". Dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, "Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau?", *T.C.F.D.I.P.*, 1987-88, (171), 182 ("Nul doute que [l'article 21] ne produise un effet d'entraînement : obligé d'accueillir la litispendance en faveur d'un tribunal anglais ou allemand, le juge français la refusera moins facilement au profit d'un tribunal suisse ou américain").

La tendance a été amorcée par le législateur suisse, qui a entériné en 1987 la solution déjà consacrée par la jurisprudence,<sup>1805</sup> tout en y apportant quelques aménagements mineurs.<sup>1806</sup> Parmi ceux-ci on retiendra surtout la limitation apportée à l'effet de la litispendance étrangère, dont le juge du for ne tiendra compte que dès lors que son collègue étranger peut rendre justice aux parties dans un délai raisonnable.<sup>1807</sup> Le législateur suisse prit également soin de fournir au juge une règle lui permettant de déterminer le moment de sa saisine. D'autres pays avaient déjà donné l'exemple. On pense par exemple à certains codes de droit international privé issus d'Europe centrale<sup>1808</sup> ainsi qu'à la loi péruvienne. Le législateur péruvien avait en effet conféré un effet (fort limité) à la litispendance étrangère lors de la réforme du code civil en 1985.<sup>1809</sup>

La litispendance est vite devenue une clause classique figurant au menu de la codification du droit international privé – s'imposant ainsi là où la jurisprudence ne l'avait pas encore accueillie. Le législateur québécois l'a par exemple introduite à la faveur de la réforme du code civil, s'écartant de la solution traditionnellement retenue par les tribunaux québécois. On se rappellera en effet que ceux-ci avaient décidé au siècle dernier de ne pas donner suite à la litispendance devant un tribunal étranger, alléguant le défaut d'effet au Québec des jugements étrangers.<sup>1810</sup> Seules les relations avec d'autres tribunaux canadiens

<sup>1805</sup> Il a fallu attendre la seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle pour que le tribunal fédéral se laisse convaincre par les vertus de la litispendance. A la décharge des tribunaux, il faut reconnaître que le problème fut largement obscurci par la question de savoir si l'exception de litispendance internationale relevait du droit cantonal ou fédéral (sur cette question B. SCHNEIDER, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, (295), 303-304). Les juges fédéraux avaient certes relevé dès 1913 que "l'opinion d'après laquelle l'exception de litispendance doit être admise en matière internationale tend aujourd'hui à prévaloir" (ATF 38 I 536; S.J., 1913, 34). Il s'agissait cependant d'un simple obiter dictum, le tribunal se contentant par ailleurs de laisser ouverte la question de savoir s'il y avait lieu d'accueillir l'exception de litispendance en raison d'un procès pendant en France. La question fut habilement évacuée, le tribunal constatant que les deux procédures ne portaient pas sur le même objet. Les décisions ultérieures firent preuve de plus de réticence à l'égard du déclinatoire de litispendance. Par exemple ATF 56 II 335; J.T., 1931, I, 135; S.J., 1931, 301; ATF 64 II 61; S.J., 1939, 17. Il a fallu attendre 1954 pour que le Tribunal fédéral s'incline devant la saisine concurrente d'un juge étranger, américain en l'espèce : TF, 8 avril 1954, ATF 80 II 97; J.T., 1955, I, 43 (litige américano-suisse portant sur le divorce de deux époux). V. déjà ATF 65 II 177; J.T., 1939, I, 418; S.J., 1940, 572 (le tribunal admet la recevabilité de la litispendance en vertu du droit fédéral, tout en rejetant l'exception en l'espèce pour défaut d'identité d'objet entre les deux procédures) Sur l'histoire de la jurisprudence suisse, v. M. WITTIBSCHLAGER, 57-61 et B. SCHNEIDER, étude précitée, 303-305. Les tribunaux cantonaux avaient précédé leurs collègues fédéraux, s'ouvrant à la litispendance au tournant du siècle – même si leur jurisprudence n'était pas toujours constante. La Cour d'Appel de Zürich a par exemple accueilli le déclinatoire de litispendance dans une affaire tranchée en 1902 : Obergericht Zürich, 3 mai 1902, ZR, 1902, n° 189; Obergericht Zürich, 12 juillet 1902, ZR, 1903, n° 55; Obergericht Zürich, 1 oct. 1908, ZR, 1908, n° 162; Obergericht Zürich, 9 nov. 1910, ZR, 1902, n° 48. La Cour de justice civile de Genève avait dès 1909 rejeté une demande en divorce pour cause de litispendance internationale (Cour justice civile Genève, 6 novembre 1909, *Sem Jur.*, 1909, 1, v. aussi Cour justice civile Genève, 14 février 1930, *Sem Jur.*, 1930, 245 (la Cour a noté que "il n'y a pas de raison de principe de refuser d'admettre l'exception de litispendance soulevée à l'occasion de deux instances pendantes simultanément en France et en Suisse. Une décision dans ce sens est au contraire logique et conforme à l'évolution moderne des rapports juridiques entre nations").

<sup>1806</sup> Article 9 de la loi Suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987. Sur cette disposition, v. P VOLKEN, « Art. 9 », in *IPRG-Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, A. HEINI et al. (éds.), Zürich, Schulthess, 1993, 71-80 et M. WITTIBSCHLAGER 1994, 51-55 et 75-137.

<sup>1807</sup> Sur cette question, *infra*, n° 763.

<sup>1808</sup> V. déjà l'article 80 de la Loi Yougoslave du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois avec les dispositions des autres Etats dans le domaine de certains rapports (traduction parue à la *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1983, 353) ainsi que l'article 65 de la loi hongroise de 1979 sur le droit international privé, et les commentaires de M. KENGEL, "Die Anerkennung und Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen außerhalb des Geltungsbereich des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens in Ungarn", in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), La Haye, Kluwer Law International, (323), 341-342.

<sup>1809</sup> Article 2066 du Code civil du Pérou, traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1986, 192 e.s.

<sup>1810</sup> *Supra*, n° 376. L'article 210 du Code de procédure civile limitait fortement la possibilité d'invoquer l'autorité d'un jugement étranger.

échappaient à cet isolationnisme.<sup>1811</sup> Le nouvel article 3137 du Code civil étendit les possibilités de coordination à tous les tribunaux indistinctement.<sup>1812</sup>

Le législateur italien a suivi l'exemple lors de la codification du droit international privé en 1995, mettant fin à l'isolationnisme qu'imposait l'article 3 du Code de procédure civile.<sup>1813</sup> Ici encore la très grande libéralisation du régime des jugements étrangers<sup>1814</sup> n'est pas étrangère à la consécration de la litispendance. Le nouvel article 7 de la loi italienne a, de l'avis des commentateurs, clairement été inspiré par l'exemple de la litispendance européenne.<sup>1815</sup> Tout comme dans le Code suisse, mais à la différence de la codification québécoise, l'article 7 de la loi italienne fait de la litispendance une *obligation* et non une simple faculté pour le juge italien second saisi.<sup>1816</sup>

Enfin, tout récemment, c'est le Parlement néerlandais qui vient de confirmer cette tendance positive : à la faveur de la réforme du Code de procédure civile, le législateur a en effet introduit une exception de litispendance internationale qui s'inspire manifestement des exemples suisse et italien. L'article 12 du Code de procédure civile,<sup>1817</sup> sur lequel la jurisprudence avait d'ailleurs déjà largement anticipé comme à son habitude,<sup>1818</sup> porte sans conteste les traces de la méfiance atavique des tribunaux

<sup>1811</sup> P. ex. *Toulon Construction, Inc. v Rusco Industries, Inc.*, [1973] R.P. 138 (C.A.) et *Unger v Rosenfeld*, [1972] C.S. 673; *York Harbour Development, Ltd. c Commonwealth Ins., Co.*, [1992] 44 Q.A.C. 307. Sur cette jurisprudence, cons. W. S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1962, 2ème éd., 830-835 et "Canada (Québec)", in *Dedining Jurisdiction*, pp. 157-158 (qui fait référence à *The Howard Guernsey Manufacturing Co. v King* (1894) 5 CS 182 et *Unger v Rosenfeld* [1972] CS 673). E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, Ed. Y. Blais, Cowansville, 1990, 246, n° 249; J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, 691-693.

<sup>1812</sup> Article 3137 du Code civil Québécois. Sur cette disposition, v. G. GOLDSTEIN, "Canada (Québec)", in *Dedining Jurisdiction* pp. 157-163; E. GROFFIER, *La réforme du droit international privé québécois. Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 1993, 132-133, n° 110; J. TALPIS et J.-G. CASTEL, "Le Code civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé", in *La réforme du Code civil*, Presses de l'Université Laval, 1993, n° 427-432 et G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé...*, 1998, 321-328.

<sup>1813</sup> Article 7 de la loi Italienne n° 218 du 31 mai 1995. V. C. CONSOLO, "Profili della litispendenza internazionale", *Rivista diritto internazionale*, 1997, 5-77; A. MIGLIAZZA, "La litispendenza internazionale e la sua disciplina nella legge 31 maggio 1995, N. 218", *Comunicazione e Studi. Istituto di diritto internazionale della Università di Milano*, 1997, 39-49; P. PICONE, "La riforma italiana del diritto internazionale privato", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, 14-15; T. BALLARINO et A. BONAMI, *Diritto Internazionale Privato*, Cedam, Milan, 1996, 126-129; V. STARACE, "Le champ de la juridiction selon la loi de réforme du système italien de droit international privé", *R.C.D.I.P.*, 1996, 79 et les commentaires de R. LUZZATTO, "Articoli 3-12", *R.D.I.P.P.*, 1995, numéro spécial consacré à la réforme du dip italien, (924), 944-948, n° 7.

<sup>1814</sup> Pour plus de détails, M. GIULIANA CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere (artt. 64-67 L. N. 218/1995)*, Milan, Giuffrè, 2001, 199 p.

<sup>1815</sup> En ce sens, F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e contratti*, Turin, Utet, 1999, 61-62; F. POCAR et C. HONORATI, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milan, Giuffrè, 1997, 9. Ces derniers précisent toutefois (p. 29) que l'inspiration européenne ne signifie pas que l'interprétation de l'article 7 doit nécessairement se faire à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice.

<sup>1816</sup> M. Pocar et Mme. Honorati précisent cependant que le juge dispose d'une "ampio margine di discrezionalità" (oc, 1997, p. 29) pour appliquer le pronostic de reconnaissance prévu par cette disposition.

<sup>1817</sup> A l'origine il s'agissait de l'article 1.1.11 du projet néerlandais de révision du Code de Procédure civile. Cette disposition est devenue l'article 1.1.10 de la proposition de loi n° 24.651 (Tweede kamer, 1995-96). Cfr. les commentaires de D. KOKKINI-IATRIDOU et K. BOELE-WOELKI, "De regeling van de 'internationale rechtsmacht' in het voorontwerp van wet van 1993", *N.I.P.R.*, 1993, 359-361 ainsi que sur le projet dans son ensemble les rapports réunis par P. VLAS (éd.), *De internationale bewegelijkheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, numéro spécial NIPR, 1996, 156 p. Par la suite le projet fut retiré et une nouvelle version déposée, la proposition de loi n° 26 855 déposée à la Chambre le 25 octobre 1999 (TK, 1999-2000), dont l'article 1.1.10 reprenait l'exception de litispendance. Sur cette proposition, v. les commentaires de J. W. RUTGERS, "Toekomstig burgerlijk procesrecht. Rechtsmacht van de Nederlandse rechter", *Advocatenblad*, 2000, 364-368.

<sup>1818</sup> Dès 1995 la Haute Cour reconnu en effet la possibilité pour le juge néerlandais de donner effet à la saisine d'un juge étranger en dehors de toute obligation conventionnelle : HR, 3 juillet 1995, *N.J.*, 1997, n° 54, 241, note Th. M. dB. Une citoyenne néerlandaise avait in casu entamé une procédure de divorce devant les juridictions du

néerlandais à l'égard de la litispendance. Ainsi l'accueil de l'exception est-il laissé à la libre appréciation du juge du for second saisi, sans qu'il soit question d'une quelconque obligation.

**406. Un bilan contrasté (suite et fin)** – Ces nombreuses initiatives législatives confirment que la *méfiance* qui dominait autrefois le paysage juridique européen, appartient au passé.<sup>1819</sup> La litispendance a fait son entrée dans le droit de nombreux pays, que ce soit au gré d'une réforme législative, d'une modification de la jurisprudence ou encore de la conclusion d'une convention internationale. Elle s'est imposée comme mécanisme de solution des conflits de procédures. On ne peut dès lors que se réjouir que le législateur belge soit lui aussi en passe de rejoindre le cercle L'article 14 du projet de Code belge de droit international privé, qui met fin à plus de 150 années d'isolationnisme, prévoit en effet une exception de litispendance internationale.<sup>1820</sup> Il reste à espérer que ce projet recevra prochainement la sanction législative tant attendue.

L'évolution historique du déclinatoire de litispendance a mis en lumière les résistances qui ont longtemps empêché ou du moins sérieusement limité la coordination par la déférence des procédures concurrentes soumises aux tribunaux français. On va voir dans la section suivante que les résistances n'étaient pas moins grandes en droit anglais.

Surinam. Cette première procédure ne laissant entrevoir aucune issue rapide, elle saisit deux ans plus tard les tribunaux néerlandais d'une requête similaire, ce à quoi son époux répliqua en soulevant une exception de litispendance. Le Hoge Raad accueillit celle-ci dans un attendu de principe, en notant que le juge néerlandais "peut, lorsqu'un tribunal étranger a déjà été saisi d'un litige entre les mêmes parties et portant sur le même objet, surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal étranger se prononce, pour autant que l'on puisse prévoir que sa décision puisse être reconnue aux Pays-Bas". *N.J.*, 1997, n° 54, (241), 248. V. déjà HR, 22 décembre 1989, *N.J.*, 1990, n° 689, 2775, note J.C.S., et surtout les conclusions de l'avocat-général qui laissaient entrevoir une évolution en ce sens.

Le Hoge Raad a depuis lors confirmé sa jurisprudence, HR, 14 novembre 1997, *N.J.*, 1998, n° 439 (le HR confirme la possibilité pour le tribunal de surseoir à statuer en cas de procédure concurrence devant un juge étranger. En l'espèce toutefois, l'exception de litispendance invoquée par l'épouse pour contrer une demande en divorce de l'époux fut rejetée, au motif que la preuve de l'existence de la procédure pendante au Maroc n'a pas été suffisamment rapportée). V. également HR, 8 septembre 2000, *N.J.*, 2000, n° 641 (le HR refuse de casser une décision qui avait rejeté une exception de litispendance au profit d'une procédure américaine de divorce, en notant que les juges du fond ont décidé souverainement que le juge néerlandais avait été saisi en premier. Dans ses conclusions contraires, l'avocat général Strikwerda penchait toutefois pour la priorité au juge américain qu'il estimait premier saisi. Il résuma la jurisprudence de façon synthétique : "naar ongeschreven Nederlands internationaal privaatrecht in een geval dat over hetzelfde onderwerp tussen dezelfde partijen reeds een geding voor een buitenlandse rechter aanhangig is en diens uitspraak, naar te voorzien valt, voor erkenning in Nederland vatbaar zal zijn, de Nederlandse rechter bij wie de zaak nadien is aangebracht, de behandeling van de zaak kan aanhouden totdat door de buitenlandse rechter is beslist" (n° 6). d'ailleurs approuvée par la doctrine. Note Th. M. dB, *N.J.*, 248-250; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 6ème éd., 2000, 223-224, n° 229. L'exception de litispendance a commencé à faire son apparition dans les recueils de jurisprudence. Rb. Roermond, 2 oct. 1997, *N.I.P.R.*, 1998, n° 287 (accepte de surseoir à statuer au profit d'une procédure allemande); Rb. 's-Gravenhage, 10 novembre 1998, *N.I.P.R.*, 1999, n° 64 (rejette l'exception de litispendance en raison de l'antériorité de la procédure néerlandaise); Rb. 's-Gravenhage, 26 juin 1998, *N.I.P.R.*, 1998, 332, n° 280, confirmé par Hof 's-Gravenhage, 23 décembre 1998, *N.I.P.R.*, 1999, n° 235 (rejette une exception de litispendance en raison de la longueur abusive de la procédure belge).

<sup>1819</sup> V. également la loi modèle chinoise sur le droit international privé, dont une traduction est parue in *Yearb. Private Int'l L.*, 2001, 354 e.s., en particulier l'article 54.

<sup>1820</sup> Projet déposé au Sénat en juillet 2002, v. les commentaires de J. ERAUW, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van Wetboek ipr", *R.W.*, 2002, 1557-1566.

## § 2. L'émergence de l'exception de for inapproprié : l'exemple du droit anglais

407. **Introduction** – La concurrence de procédures n'est évidemment pas un phénomène réservé aux juridictions de droit civil. Les nombreuses décisions anglaises et américaines déjà évoquées dans cette étude le prouvent à suffisance. Il reste que les juristes formés à la *common law* ne cachent pas leur étonnement, voire leur mépris, pour la très chronologique exception de litispendance. Il faut dire que la confiance quasi religieuse que les juristes de droit civil accordent à la chronologie de la procédure pour trancher la concurrence a de quoi surprendre lorsqu'on est formé à la seule *common law*. Ainsi, même lorsqu'il s'agit de départager deux tribunaux anglais concurrentement saisis, la jurisprudence ne fera pas appel au seul ordre de saisine pour donner la préférence à l'un ou à l'autre.

Même si sa dénomination pourrait laisser penser le contraire, le *plea of lis alibi pendens* évoqué dans ces situations n'a pas l'automatisme et la rigueur chronologique de l'exception de litispendance internationale que l'on vient d'évoquer. Le juge anglais chargé de statuer sur une telle exception conserve en effet un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, si les tribunaux décident classiquement qu'il est "prima facie vexatoire" pour une partie d'assigner le même adversaire à deux reprises,<sup>1821</sup> il n'en ira pas nécessairement de même lorsque chaque partie a pris l'initiative d'une procédure. Pour obtenir qu'une procédure soit déclarée irrecevable, une partie devra ainsi montrer "le harcèlement, la vexation et l'abus de procédure qu'entraîne la poursuite de la procédure à laquelle elle tente de mettre fin".<sup>1822</sup> Il en va de même dans le cadre du contentieux familial, où le *plea of lis alibi pendens* a fait l'objet d'une consécration législative, sans rien perdre de son caractère discrétionnaire.<sup>1823</sup>

<sup>1821</sup> P. ex. *Slough Estates Ltd. v Slough Borough Council* [1968] Ch. 299, [1967] 2 All ER 270; *McHenry v Lewis* (1882) 22 Ch.D. (397), 400 ("where two actions are by the same man in Courts governed by the same procedure, and where the judgments are followed by the same remedies, it is prima facie vexatious to bring two actions where one will do") et *The Christianborg*, (1885) P.D. 141, 153 ("It is prima facie vexatious to sue concurrently in two British courts, but not necessarily to do so in a British and a foreign court").

La doctrine moderne se range également à cette opinion : p. ex. *Cheshire and North's Private International Law* par G. C. CHESHIRE et P. M. NORTH, 8ème éd., Londres, Butterworths, 1970, 116 ("If a litigant brings two actions about the same matter in two different courts in England, his conducts is in all cases deemed that he shall elect between the two proceedings") et D. C. JACKSON, *The 'Conflicts Process'. Jurisdiction and Choice in Private International Law*, New York, Oceana, 232 ("it is accepted that it is prima facie vexatious and oppressive to sue concurrently in two British courts").

<sup>1822</sup> J. JACOB, *The Supreme Court Practice* 1982, II, Londres, Sweet & Maxwell, 955, n° 3364 : "the oppression, vexation or abuse of the process of the Court resulting from the continuation of the proceedings sought to be stayed" (M. Jacob cite la décision *Slough Estates Ltd. v Slough Borough Council* [1968] Ch. 299, [1967] 2 All ER 270). V. également le formulaire n° 1364 intitulé "Summons to Stay or Dismiss on the Ground of Lis Alibi Pendens", in J. JACOB, *Chitty and Jacob's Queen Bench's Forms*, 12ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1986, 1013 (dans lequel le demandeur invite la Cour à accorder l'exception en raison de l'existence d'"an action between the parties involving the same subject-matter and relief or remedy and the same is frivolous and vexatious and an abuse of process of the Court [...]"). V. dans la jurisprudence, p. ex. *Posnett v Hill*, [1893] 1 Ch. 277 (C.A.); *Williams v Hunt* [1905] 1 K.B. 12 (C.A.).

Aux Etats-Unis, v. les applications suivantes de la 'motion to dismiss' à l'hypothèse des procédures concurrentes : *Goston v Craig*, 34 Ark. App. 23, 805 S.W. 2d 92 (Ark. 1991); *Singh v Kabish*, 153 A.D.2d 621, 544 N.Y.S. 2d 654 (1989) et *In re Marriage of Gornley*, 813 S.W. 2d 108 (Mo. Ct. Ap. 1991). En général, v. C.J.S. vol. 27, v° Dismissal and Nonsuit, St. Paul, West, 1999, 279-280, § 52.

<sup>1823</sup> *Family Law Act* de 1986, tel qu'amendé par le *Children Act* de 1989, s. 3(2) (sur cette disposition, Cheshire et North, 1999, 863-86, ainsi que *B. v B. (Scottish Contact Order : Jurisdiction to Vary)* [1996] 1 FLR 688) ainsi que le paragraph 8 du Schedule 1 attaché au *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973 (v. *T. v T. (Custody Jurisdiction)* [1992] 1 FLR 43 ; *A. v A. (Forum non conveniens)* [1999] 1 FLR 1. et Cheshire and North, 1999, 769-770).



Le *plea of lis alibi pendens* n'a donc de litispendance que de nom – du moins si l'on prend comme modèle le 'canon' européen.<sup>1824</sup> On comprend dès lors fort bien qu'il n'est pas non plus question pour les tribunaux anglais de se fonder sur la seule chronologie des saisines pour départager deux procédures concurrentes dans le contentieux international privé.

Le partage, s'il a lieu, se fera au contraire sur base d'une comparaison des titres respectifs des tribunaux à trancher le litige. Dans l'affaire de *Dampierre* (*supra*, n° 5), les tribunaux anglais avaient été saisi d'une demande de divorce qui faisait également l'enjeu d'une procédure en France. Sans s'attarder sur l'ordre dans lequel les tribunaux avaient été saisis, la Chambre des Lords a constaté que, bien que le dernier domicile conjugal des époux se situait à Londres, les tribunaux anglais n'étaient pas les mieux placés pour connaître de la dissolution du lien conjugal. Les Lords firent valoir que les époux avaient depuis leur séparation, quitté l'Angleterre, avec laquelle le lien n'avait été que temporaire. Ils donnèrent dès lors raison à l'époux qui insistait pour que la priorité soit accordée aux tribunaux français. On aura reconnu le mécanisme du *forum non conveniens*, une doctrine au rayonnement considérable.

Il n'est plus besoin en effet de présenter le mécanisme, dont la notoriété a depuis longtemps dépassé les frontières du monde de la *common law*.<sup>1825</sup> Cette notoriété s'est

<sup>1824</sup> Les nouvelles règles de procédure en vigueur en droit anglais, les *Civil Procedure Rules*, reprennent le pouvoir d'accorder un 'stay' parmi les règles portant sur la "court's case management powers", règle 3(1)(2)(f). Sur la litispendance dans les relations inter-américaines, v. *supra* le chapitre relatif à l'exception de chose jugée. On remarque d'ailleurs que l'expression *lis pendens* ne signifie pas nécessairement litispendance en droit américain. Elle peut prendre une autre signification. Ainsi en droit anglais et américain, on désigne ainsi la maîtrise qu'exerce un tribunal sur un bien immobilier pendant la durée de la procédure dont il forme l'enjeu : par l'effet de la procédure, le bien tombe *in custodia legis*. Le contrôle du tribunal permet d'éviter qu'une éventuelle aliénation à un tiers ait pour effet de nuire à l'efficacité d'une future décision. En pratique, toute transaction portant sur ce bien se fait aux risques et périls de l'acheteur qui ne peut acquérir plus de droit que n'en a le vendeur. Selon *Black's Law Dictionary* (6ème ed.), on entend par 'lis pendens' "Jurisdiction, power or control which courts acquire over property in litigation pending action and until final judgment". V. également 51 *Am Jur* 2d, v° Lis Pendens, 1970, The Lawyers Cooperative Publishing, San Francisco pp. 949-959, §1 – American Jurisprudence 2d, Vol. 51). Pour une application, cf. *Beffy King Intern, Inc. v Veigle*, 464 F. 2d 1102 (C.A. Fla). Pour le droit anglais, v. la définition donnée au *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2ème éd. par J. BURKE, Londres, Sweet & Maxwell, 1977, 1106 ("The old doctrine of lis pendens was that if property was in question in a suit or action, it could not be alienated during the pendency of the suit or action [...]"). M. Szaszy faisait observer que le droit romain connaissait déjà une telle règle : L.13 D. 10.2, cité par I. SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 544, mais qu'elle a été abandonnée par les droits modernes. Cette acception particulière n'est toutefois pas exclusive, les tribunaux se référant également à l'expression '*lis pendens*' dans le contexte des conflits de procédures. P. ex. *Jody L. Singer v Dong Sup Cha, M.D.*, 550 A.2d 191, 192 (Pa. Super. 1988) (deux procédures avaient été introduites devant deux juridictions d'états différents, par le même demandeur, la cour rejeta la demande de dessaisissement basée sur la doctrine de la '*lis pendens*' en notant que c'est "the settled law of the country that the plea of lis pendens in another State is no defence to this action. [...]").

<sup>1825</sup> Dès les années 1970, les études portant sur le forum non conveniens se sont multipliées. Les premières analyses se contentaient de présenter aux juristes du continent le mécanisme tel qu'il existe en Angleterre et aux Etats-Unis, p.ex. B. SCHNEIDER, "Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droits écossais, anglais et américain)", *ReuInt.Dr.Comp.*, 1975, 606-642; P. HERZOG, "La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : un aperçu", *R.C.D.I.P.*, 1976, 1-41. Très vite la doctrine s'est posée la question de savoir si le *forum non conveniens* pourrait éventuellement jouer un rôle dans les droits continentaux, v. déjà B. SCHNEIDER, *lc*, 641-642 et surtout U. WAHL, *Die verfehlte internationale Zuständigkeit – Forum non conveniens und internationale Rechtsschutzbedürfnis*, Schriften zum Prozessrecht n° 34, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, 150 p. ainsi que C. BLUM, *Forum non conveniens. Eine Darstellung der anglo-amerikanischen Doktrin und die Anwendungsmöglichkeiten im kontinentalen Recht am Beispiel der Zürcher Zivilprozessordnung*, Zürich, Schulthess, 1979, 206 p.; P. BERGER, "Zuständigkeit und forum non conveniens im amerikanischen Zivilprozessrecht", *RabelsZ.*, 1977, 39-70; K. LECKSZAS, "Die Lehre der Forum non conveniens im amerikanischen Recht", Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Série A, vol. 33, 1978 et E. JAYME, "Zur Übernahme der Lehre vom 'forum non conveniens' in das deutsche Internationale Verfahrensrecht", *Das Ständesamt, Zeitschrift für Ständesamtrwesen*, 1975, 91-94.



encore renforcée suite au vigoureux débat ayant porté sur la question de savoir si les tribunaux anglais – ainsi que leurs collègues écossais et irlandais – pouvaient refuser d'exercer une compétence que leur reconnaît la Convention de Bruxelles lorsqu'ils s'estimaient *forum non conveniens*.<sup>1826</sup>

**408. Une doctrine de facture récente, mais à l'histoire déjà longue** - Cette intense activité académique pourrait faire oublier que le *forum non conveniens* n'a somme toute été consacré que récemment. Il a ainsi fallu attendre 1947 pour que la Cour Suprême des Etats-Unis ouvre résolument la porte à la possibilité pour les tribunaux d'apprécier l'opportunité de leur saisine.<sup>1827</sup> La Chambre des Lords a attendu jusqu'en 1985 pour embrasser pleinement la doctrine du *forum non conveniens*.<sup>1828</sup>

Ce n'est pas à dire qu'avant ces deux arrêts de principe, il n'était pas possible de coordonner les procédures concurrentes dont étaient saisis les tribunaux anglais. Dès le 19<sup>ème</sup> siècle ces tribunaux acceptaient en effet, dans des hypothèses limitées et bien définies, de ne pas exercer une compétence dont ils étaient investis. Il ne s'agissait toutefois là que de formes particulières, aux limites bien circonscrites, de ce qui allait devenir plus tard le *forum non conveniens* tel qu'on le connaît aujourd'hui. Ce n'est que progressivement que les tribunaux ont accepté de conférer une portée plus générale à ces mesures de coordination. On constatera ultérieurement que si bien souvent ce sont des espèces mettant en jeu un conflit de procédures qui ont été à l'origine du développement de la doctrine, ces situations disparaîtront bien vite à l'arrière-plan. Car là est bien une originalité de la pratique anglaise : en principe, les conflits de procédures ne sont pas perçus comme un problème appelant une réponse spécifique. Il faudra dès lors se préoccuper de la place qu'ont occupé les conflits de procédures dans la doctrine (*infra*, n° 515).

**409. Plan de l'exposé** - On a pu écrire que les origines de la doctrine du *forum non conveniens* étaient "obscurées".<sup>1829</sup> Sans s'arrêter à la question de savoir si on peut faire remonter ces origines à l'ancien droit français ou encore au droit romain,<sup>1830</sup> on se contentera dans cette section de raconter quelle a été l'évolution de la jurisprudence anglaise.<sup>1831</sup> Si cette évolution mérite le détour, c'est pour montrer l'étonnant parallélisme avec le développement de la jurisprudence française déjà évoquée : alors qu'au départ, les tribunaux anglais n'acceptaient que du bout des lèvres la possibilité de renoncer à statuer au profit d'une procédure étrangère, ces tribunaux se sont peu à peu ouverts à la coordination par la déférence. Cette évolution s'est faite progressivement. Au risque de tomber dans la caricature, on peut distinguer deux périodes. La première débute au 19<sup>ème</sup>

<sup>1826</sup> Les études sur la question sont nombreuses. On retiendra celles de P. HUBER, *Die englische forum non conveniens-Doktrin und ihre Anwendung im Rahmen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens*, Schriften zum internationalen Recht n° 68, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, 243 p.; M. NIEGISCH, *Mehrsprachigkeit des internationalen Zivilverfahrensrechts in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft am Beispiel des Vereinigten Königreiches : die Doktrin forum non conveniens und das EuGVÜ*, Thèse Heidelberg, 1993, 295 p.; CH. DORSEL, *Forum non conveniens (richterliche Beschränkung der Wall des Gerichtsstandes im deutschen und amerikanischen Recht)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 217 p. et H. GAUDEMET-TALLON, "Le 'forum non conveniens', une menace pour la convention de Bruxelles? (A propos de trois arrêts anglais récents)", *R.C.D.I.P.*, 1991, 491-524. Plus récemment v. CH. CHALAS, pp. 535 e.s. et A. NUYS, pp. 165 e.s.

<sup>1827</sup> *Gulf Oil Corp. v Gilbert*, 330 U.S. 501, 67 S.Ct. 839, 9 L.Ed. 1055 (1947).

<sup>1828</sup> *Spiliada Maritime Corp. v Cansulex, Ltd.*, [1987] A.C. 411 (H.L.).

<sup>1829</sup> B. SCHNEIDER, *l.c.*, *Reu Dr. Int. Comp.*, 1975, (601), 606.

<sup>1830</sup> Sur cette hypothèse, A. NUYS, p. 106, n° 92 e.s.

<sup>1831</sup> L'histoire de cette doctrine a déjà été magnifiquement racontée. Deux études récentes, de grande ampleur, viennent d'y être consacrées, v. CH. CHALAS et A. NUYS.

siècle et s'étend sur la plus grande partie du siècle qui a suivi. Ce n'est que dans la deuxième moitié du 20<sup>ème</sup> siècle que les choses ont commencé à changer.

## I. LES ORIGINES : LE 'STAY' COMME SANCTION DE L'ABUS DE PROCEDURE

410. *A l'origine : l'inherent jurisdiction to stay* – Le *forum non conveniens* constitue un des avatars modernes du 'stay', ce pouvoir immanent des tribunaux anglais de suspendre la procédure dont ils sont saisis. Il n'est pas inutile de s'attarder sur ce concept, qui jouera un rôle important dans la pratique américaine des conflits de procédures.

De tout temps,<sup>1832</sup> les tribunaux anglais se sont reconnus le pouvoir de prendre certaines mesures d'administration de leur procédure, sans disposer pour cela d'une base légale spécifique. Ces mesures fort variées sont regroupées sous le dénominateur commun de '*inhérent jurisdiction*'. De façon quelque peu mystique, les tribunaux déduisaient ce pouvoir de la nature même de leur fonction.<sup>1833</sup> L'expression utilisée pour désigner ce pouvoir traduit bien qu'il y va d'une compétence 'naturelle', qui n'appelle aucune justification. En pratique la découverte de l'*inhérent jurisdiction* s'explique sans doute par la nécessité de faire face à certaines situations que les instruments existant ne permettaient pas d'appréhender.<sup>1834</sup> Le tour de passe-passe qui consiste à "découvrir" un pouvoir 'inhérent' que l'on justifie par la nature de sa fonction a certes été critiqué.<sup>1835</sup> Depuis lors le législateur est venu à la rescousse du fondement branlant de la compétence inhérente, en apportant une sanction législative à certaines utilisations particulières qui en avaient été faites.

La question quasi-métaphysique du fondement de la compétence n'a jamais véritablement préoccupé les tribunaux, qui se sont plutôt attaché à en déterminer les limites.<sup>1836</sup> Comme souvent en droit anglais, tout est affaire de pragmatisme : on

<sup>1832</sup> L'origine de cette compétence est difficile à déterminer; certains juges la font remonter aux temps "ancestraux" (v. Lord Blackburn dans *Metropolitan Bank v Pooley* [1885] 10 App. Cas. 210, 220 : "[...] from early times (I rather think, though I have not looked at it enough to say, from the earliest times), the court had inherently the right to see that its process was not abused by a proceeding without reasonable ground, so as to be vexatious and harassing [...]").

<sup>1833</sup> Selon M. JACOB, "the source of the inherent jurisdiction is derived from its nature as a court of law" : F. JACOB, "The Inherent Jurisdiction of the Court", *Current Legal Problems*, 1970, (23), 24.

<sup>1834</sup> Les auteurs anglais observent que le concept de 'inherent jurisdiction' est typique du système anglais et inconnu de la tradition civile, F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, 23, note 1. M.M. Briggs et Rees estiment que le pouvoir de stay "is characteristic of many common law jurisdictions, but is alien to most civil law systems" (1997, 191, n° 4.07).

<sup>1835</sup> Tout en reconnaissant la difficulté de l'exercice, M. JACOB a tenté une défense en règle de la jurisprudence des tribunaux. Selon ce spécialiste du droit de la procédure anglais, "the jurisdiction to exercise these powers was derived, not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law, and for this reason such jurisdiction has been called 'inherent' (F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, (23), 27). Répondant aux critiques qui reprochaient le caractère 'métaphysique' de l'opération, il poursuit en notant que "the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused. Such a power is intrinsic in a superior court; it is its very life blood, its very essence, its immanent attribute". En attribuant à cette compétence un caractère 'immanent', Jacob n'a plus besoin de la justifier autrement.

V. également M. S. DOCKRAY, "The Inherent Jurisdiction to Regulate Civil Proceedings", *L.Q.R.*, 1997, (120), 124-127, qui suggère, à la suite de Lord Morris (*Cornelley v DPP*, [1964] AC 1280) une autre explication un peu plus terre à terre : "inherent powers exist because they are necessary if the court in question is to manage the work which has been assigned to it in an appropriate fashion".

<sup>1836</sup> Une controverse oppose les auteurs à propos de la question de savoir si seuls les cours supérieures sont investies de l'*inhérent jurisdiction*, v. M. S. DOCKRAY, *l.c.*, *L.Q.R.*, 1997, (120), 125-126. Cons. également la remarque de la Cour d'Appel à propos de la *jurisdiction* dans l'affaire *Glencore Intl AG v Exter Shipping Ltd*, jugement inédit de la

reconnaît ainsi qu'il n'y a pas de théorie générale unifiant les diverses utilisations qui sont faites de l'*inherent jurisdiction*.<sup>1837</sup> Les applications de la compétence inhérente sont multiples. Au départ les tribunaux ont eu recours à leur pouvoir immanent pour assurer la maîtrise de la conduite du procès. M. Jacob a ainsi montré que les tribunaux anglais se sont servis de cette compétence inhérente pour sanctionner certains cas d'outrage à la cour.<sup>1838</sup> Très vite le mécanisme a également servi de justification pour réprimer ce qui était perçu comme étant un abus de procédure.<sup>1839</sup> La manifestation la plus intéressante du 'pouvoir immanent' pour notre propos est sans doute la possibilité d'accorder un 'stay', c'est-à-dire de mettre fin temporairement ou définitivement à une procédure.<sup>1840</sup>

Le pouvoir d'accorder un 'stay' possède un large champ d'application.<sup>1841</sup> Chacun s'accorde à dire qu'il est impossible de donner une liste exhaustive des situations qui justifient son utilisation.<sup>1842</sup> Logiquement, le *stay* a également été mis à contribution pour réprimer les abus de procédures.<sup>1843</sup> C'est précisément dans les situations de procédures concurrentes que les tribunaux ont décelé une situation abusive qui justifiait leur intervention. On peut voir dans l'utilisation au 19<sup>ème</sup> siècle du pouvoir de police que s'attribuaient les cours et tribunaux anglais pour réprimer les actions concurrentes jugées abusives l'ancêtre du *forum non conveniens* en droit anglais.

**411. Le 'stay' et les conflits de procédures** – Le 'stay', compris comme une mesure par laquelle le juge anglais met fin, ne fut-ce que de façon temporaire, à la procédure dont il est saisi, constitue un embryon de coordination internationale.<sup>1844</sup> Encore faut-il savoir

---

Cour du 18 avril 2002 : Lord Justice Rix observe, après avoir noté que les parties ont cité les études de M.M. Jacob et Dockray, que « there is no need to enter too deeply into these waters. There is no need to find in the inherent jurisdiction of the court the power to grant anti-suit injunctions, which is in any event provided by section 37 (1) of the Act » (§ 60).

<sup>1837</sup> M. Dockray observe à ce propos que "the law reports do not contain a theory which explains and unifies [the varied uses of the inherent jurisdiction]. The bodies of law in question do not have common aims, a common origin or a shared history; the content of the rules in each of these areas of law is different, as is the context in which those rules operate. In fact the only other thing which connects the group as a whole is the use of the term 'inherent jurisdiction'", *l.c.*, *L.Q.R.*, 1997, (120), 121.

<sup>1838</sup> F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, (23), 25-27.

<sup>1839</sup> *Idem.*

<sup>1840</sup> L'expression utilisée est trompeuse, le 'stay' peut conduire à un dessaisissement ou même à un jugement sur le fond.

<sup>1841</sup> Comme d'autres manifestations de l'*inherent jurisdiction*, le 'stay' a reçu l'appui du législateur. La première consécration législative remonte au *Supreme Court Judicature Act* de 1873, dont la section 24(5) dispose que "rien dans cet Acte ne doit empêcher [la cour] de suspendre la procédure dans n'importe quelle cause dont elle est saisie, si elle l'estime nécessaire" : "Nothing in this Act shall disable it from directing a stay of proceedings in any case or matter before it if it shall think fit". Les législations ultérieures confirmeront cette formule négative, qui montre bien qu'en réalité la compétence du juge précède sa reconnaissance législative : *Supreme Court Judicature (Consolidation) Act* de 1925, et plus récemment la section 37(1) du *Supreme Court Act* de 1981.

<sup>1842</sup> P. ex. F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, 31. On peut d'ailleurs dire la même chose de la compétence inhérente en général, dont les utilisations sont multiples, v. M. S. DOCKRAY, *l.c.*, *L.Q.R.*, 1997, (120), 120-121. M. Jacob écrivait en 1970 que "The inherent jurisdiction of the court may be invoked in an apparently inexhaustive variety of circumstances and may be exercised in different ways. This peculiar concept is indeed so amorphous and ubiquitous and so pervasive in its operation that it seems to defy the challenge to determine its quality and to establish its limits" : F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, 23.

<sup>1843</sup> F. JACOB, *l.c.*, *Current Legal Problems*, 1970, (23), 40-44.

<sup>1844</sup> On a déjà observé que le 'stay' se comprend d'une double façon. Il englobe en effet à la fois le refus d'exercice d'une compétence et ce qu'on a appelé plus tard l'injonction *anti-suit*. Cette dernière était considérée comme une variante du 'stay', le tribunal se proposant non pas de surseoir à statuer, mais bien d'interdire à une partie de chercher justice auprès du tribunal étranger. Comme on l'a déjà dit, les deux faces du mécanisme ont été pendant longtemps considérées comme les deux revers de la même médaille ; elles étaient à ce titre soumises aux mêmes conditions. Dans la 10<sup>ème</sup> édition du *Cheshire et North*, M. North traitait encore dans les mêmes pages du stay de la procédure étrangère et anglaise : "The question [...] is whether the English court will stay an action, either domestic or foreign [...]", *Private International Law*, 10<sup>ème</sup> éd., Butterworths, Londres, 1979, par P.M. North,

dans quelles circonstances les tribunaux anglais se montraient prêts à intervenir en refusant de se saisir d'un litige. On aura l'occasion d'observer ultérieurement qu'à l'origine, le 'stay' a d'abord été invoqué dans des espèces mettant en jeu des procédures concurrentes (*infra*, n° 523). L'utilisation qui en était alors faite présentait une étonnante ressemblance avec l'exception de litispendance que l'on vient d'évoquer. En ce sens on peut dire que le *plea of lis alibi pendens* a précédé en droit anglais celui du *forum non conveniens*.<sup>1845</sup> Ce n'est que progressivement que le stay a acquis une portée plus générale pour s'appliquer également à d'autres situations que celles mettant en jeu un conflit de procédures.

Ce qu'il importe de constater ici, c'est que les tribunaux anglais montraient à l'origine autant de réticence que leurs collègues français (et belges) à admettre la possibilité de ne pas exercer une compétence dont ils étaient investis. Le parallélisme est frappant et mérite quelques explications. La jurisprudence va véritablement se cristalliser à partir des années 1880, à partir de trois décisions de la Cour d'Appel. C'est donc par celles-ci que nous commencerons.

**412. Trois décisions fondatrices de la Cour d'Appel** – C'est au cours des années 1880 que les tribunaux vont dégager les principes qui régissent l'utilisation du 'stay' dans les espèces internationales.<sup>1846</sup> Cette jurisprudence va définitivement asseoir la possibilité pour les tribunaux de surseoir à statuer, tout en réservant le *stay* aux circonstances les plus exceptionnelles. C'est le triomphe du demandeur comme *dominus litis*, la jurisprudence étant toute imprégnée du respect dû au choix du for opéré par le demandeur.

Dans l'affaire *McHenry v Lewis*, déjà évoquée (*supra*, n° 219), un investisseur anglais avait saisi à la fois les tribunaux anglais et américains, reprochant aux trustees nommés par la justice pour procéder à l'assainissement d'une compagnie ferroviaire américaine, la façon dont ils s'étaient acquittés de leur mission. Les deux procédures étaient séparées d'un mois à peine. Les trustees demandèrent à la Cour le bénéfice du 'stay'.

La Cour d'Appel, tout en confirmant le principe selon lequel les tribunaux anglais pouvaient refuser d'exercer une compétence qui leur était acquise, déduisit la possibilité d'accorder un 'stay' du "pouvoir de police des tribunaux leur permettant de combattre les abus de procédure dont pourrait être victime un justiciable".<sup>1847</sup> On a déjà expliqué que la Cour a subordonné son intervention au caractère 'oppressif et vexatoire' de la procédure dont le défendeur demande la suspension. Cette exigence générale traduit l'idée d'*injustice*

115 (le stay est traité aux pp. 114-119). Il en va de même de la 10<sup>ème</sup> éd. du Dicey & Morris : Londres, Stevens & Sons, 1980, par J.H.C. Morris, rule 30 qui traite à la fois du 'stay' et de l'injonction. Ce parallélisme se comprendrait puisque s'agissant de réprimer les abus, peu importait que l'abus découle de la saisine du juge anglais ou du juge étranger. On a vu que ce n'est que dans les années 1980, après l'introduction du forum non conveniens, que le lien entre les deux figures a définitivement été brisé – la libéralisation du stay entraînant une trop grande possibilité d'obtenir une injonction. *Aerospatiale v Lee Kui Jack*, [1987] 3 All ER (51), 522 (Lord Goff) (PC) et *supra*, n° 225. Depuis lors, le régime des deux instruments a évolué séparément, la sévérité originale ne s'appliquant plus qu'à l'injonction.

<sup>1845</sup> *Cors.* l'observation de M. Nygh, qui écrit que "The fact that the United Kingdom was a multi-jurisdictional State with English, Scottish and Irish subdivisions and in turn presided over a huge Empire with over 100 individual colonial units, meant that the problems of parallel litigation and the use of inappropriate fora rose at an early stage of the development of private international law" : P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", in J BASEDOW e.a. (réd.), *Private law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification. Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haye, T. M. C. Asser Press, 2000, (511), 512.

<sup>1846</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397 (1882 C.A.); *Peruvian Guano Corp. v Bockwoldt*, 23 Ch.D. 225 (1883 C.A.) et *Hyman v Helm*, 24 Ch. D. 531 (1883 C.A.).

<sup>1847</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 399 (Jessel, M.R.) : "it is part of the general jurisdiction of the Court to prevent a Defendant being improperly vexed by legal procedure". Dans le même sens, 22 Ch. D. 397, 405 (Cotton, L.J.).

à laquelle les juges raccrochent l'exercice de leur compétence, la procédure anglaise ne pouvant faire l'objet d'une suspension qu'en cas d'*abus*.<sup>1848</sup>

En l'espèce, les trois juges de la Cour d'Appel décidèrent unanimement que la double saisine ne présentait pas un caractère 'vexatoire et oppressif'. Les juges relevèrent notamment que pour des raisons liées à la procédure, certains défendeurs ne pouvaient être assignés qu'aux Etats-Unis, en particulier la société qui avait été créée par les trustees pour poursuivre les activités de la compagnie défunte. De plus des doutes existaient sur la possibilité de faire exécuter une éventuelle décision anglaise aux Etats-Unis et vice versa. Tout ceci fit conclure aux juges qu'on ne pouvait parler d'abus puisque le demandeur tentait de bonne foi d'obtenir pleine et entière justice en poursuivant les trustees à la fois en Angleterre et aux Etats-Unis.

Les principes dégagés sont clairs : les tribunaux anglais peuvent ignorer l'élection de for du demandeur, en ce compris dans les espèces internationales. Ils ne le feront que lorsque l'action litigieuse est "vexatoire et oppressive" et qu'il convient "d'éviter que la justice ne soit pervertie à des fins injustes".<sup>1849</sup> Comme déjà indiqué, la jurisprudence était en effet fortement imprégnée de l'idée que le demandeur possède entière discrétion pour choisir le for auquel il demande justice.<sup>1850</sup> Les tribunaux n'intervenaient dès lors qu'exceptionnellement pour passer outre le choix du demandeur

**413. Application des principes généraux** - Les décisions ultérieures ne dévieront pas de la ligne tracée par la Cour d'Appel. Trois mois après la décision dans l'affaire *McHenry*, la même Cour d'Appel fut de nouveau invitée à se pencher sur un conflit de procédures, cette fois-ci mettant en jeu une procédure concurrente en France.<sup>1851</sup> Le demandeur réclamait la livraison d'une importante cargaison de guano péruvien qui avait été transportée par les soins du défendeur. Celui-ci avait été assigné en Angleterre, sur quoi les navires transportant la marchandise litigieuse firent route vers la France. Une fois arrivés à destination, ils furent saisis et le demandeur commença une seconde action.

La Cour d'Appel refusa d'intervenir pour mettre fin à une des deux procédures. Les juges prirent soin de mettre l'accent sur le *droit* du justiciable de demander justice où bon lui semble, un droit dont il ne pouvait être privé que dans des circonstances exceptionnelles.<sup>1852</sup> La Cour releva qu'il serait plus facile au demandeur d'obtenir

<sup>1848</sup> V. Lord Bowen in *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 408 : "I would much rather rest on the general principle that the Court can and will interfere whenever there is vexation and oppression to prevent the administration of justice being perverted for an *unjust end*" (nous soulignons). Et du même dans l'affaire *Pennian Guano*, 23 Ch. D. 225, 233 : "[...] the courts have always [...] interfered to prevent a plaintiff under colour of asking for justice from harassing others [...] when that which he is asking for is frivolous, or sometimes when he is asking for it in a way which necessarily involved injustice, the Courts have interfered".

<sup>1849</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 408 (Bowen, L.J.) : "[...] the general principle that the Court can and will interfere whenever there is vexation and oppression [...]"

<sup>1850</sup> M. Nygh a très justement écrit que les tribunaux anglais avaient élevé le choix du for par le demandeur au rang de droit quasi-constitutionnel : P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", *l.c.*, (511), 513.

<sup>1851</sup> *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225 (C.A. 1883).

<sup>1852</sup> *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 231 (C.A. 1883), par Jessel, M.R. : "[...] the danger of our depriving men of the opportunity of asserting their rights, which they are asserting *bona fide*, unless we arrived clearly at the conclusion that the asserting of them was vexatious [...]" et la première phrase de son jugement : "It is very important in these cases that the Court should clearly see that in stopping an action it does not do injustice", 229. V. également Bowen, L.J., 23 Ch. D. 225, 234 : "When a plaintiff comes into an English court, he asks for justice. The Court is bound therefore not to refuse to hear his case, or to put him under difficulties in the way of having his action brought to a conclusion", et du même, "we have no sort of right, moral or legal, to take away from a plaintiff, any real chance he may have of an advantage".

l'exécution d'une éventuelle décision en France qu'en Angleterre, puisque le défendeur était établi dans le premier pays.<sup>1853</sup> Elle nota également que les deux actions ne coïncidaient pas parfaitement, le demandeur ayant pris soin de réclamer davantage en Angleterre qu'en France.<sup>1854</sup> En somme le demandeur avait convaincu la Cour qu'il pouvait espérer un résultat différent en France et en Angleterre, ce qui suffisait à légitimer aux yeux du juge anglais la dualité de procédure. Et le *Master of the Rolls* de conclure que "il n'y a pas abus lorsqu'un partie saisit les juges de chaque pays dans lequel elle peut espérer obtenir un avantage substantiel"<sup>1855</sup>.

**414. Une jurisprudence toute entière soumise au privilège du demandeur** - Les principes dégagés par la Cour d'Appel traduisent la très grande déférence dont les tribunaux faisaient preuve à l'égard de l'élection de for du demandeur. Les juges partaient du principe que le demandeur a un droit de demander justice aux tribunaux de son choix,<sup>1856</sup> droit dont on ne pouvait lui refuser l'exercice qu'en cas d'abus.<sup>1857</sup> Les tribunaux ne feront usage de cette compétence "dictatoriale"<sup>1858</sup> que si le défendeur montrait que l'action du demandeur ne poursuivait aucun but légitime, et en particulier qu'il ne pouvait espérer obtenir aucun avantage légitime du tribunal étranger, la notion d'avantage étant entendue de façon extrêmement large pour comprendre toute particularité du droit étranger, qu'elle relève de la procédure ou du droit matériel.

Il est difficile de savoir exactement ce que recouvrait l'expression, somme toute assez vague, de procédure '*vexatious or oppressive*', d'autant plus que les juges se refusaient à en donner une définition exhaustive.<sup>1859</sup> La lecture des décisions de l'époque révèle que la notion d'abus n'était pas dénuée de toute coloration *subjective* : au-delà des faits objectifs le défendeur devait montrer l'existence d'une intention malicieuse dans le chef de son adversaire, une intention de nuire ou de harasser.<sup>1860</sup> Si le demandeur montrait au contraire que les deux procédures se complétaient et qu'il était animé d'un espoir légitime de tirer avantage des deux procédures, il triomphait, son droit d'action supplantant les éventuels inconvénients qui découlaient de la double saisine pour son adversaire.<sup>1861</sup>

<sup>1853</sup> 23 Ch. D. 225, 234, par L. J. Bowen.

<sup>1854</sup> Selon Jessel, M.R., le demandeur "brings two actions for two different subject-matters". Et le juge d'observer que s'il s'agit là d'une manoeuvre destinée à échapper à la sanction, "it is a very good device" : *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 231 (C.A. 1883).

<sup>1855</sup> "It is not vexatious to bring an action in each country where there are substantiel reasons of benefit to the plaintiff" : *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 230 (C.A. 1883).

<sup>1856</sup> L'insistance des juges anglais sur le *droit* du demandeur n'est pas sans rappeler la qualification des articles 14 et 15 du Code civil comme instituant un *privilège* de juridiction.

<sup>1857</sup> Le Master of the Rolls Jessel expliqua dans l'affaire *Pennian Guano* que "When a plaintiff comes into an English court, he asks for justice. The Court is bound therefore not to refuse to hear his case, or to put him under difficulties in the way of having his action brought to a conclusion", *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 233 (C.A. 1883). V. également Cotton L.J. in *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 406 : "It is a jurisdiction which one ought to exercise with extreme caution. Stopping in the middle of a suit a plaintiff from going on when he has a right of action as against the defendant, is a jurisdiction which has to be exercised with very considerable caution".

<sup>1858</sup> Qualification que lui donne le juge Bowen in *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 234 (C.A. 1883).

<sup>1859</sup> Lord Bowen in *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 407-408 : "I agree that it would be most unwise, unless one was actually driven to do so for purpose of deciding this case, to lay down any definition of what is vexatious or oppressive, or to draw a circle, so to speak, round this Court unnecessarily, and to say that it will not move outside it".

<sup>1860</sup> Ainsi Jessel M.R. expliquait qu'une action peut être vexatoire lorsqu'elle est introduite "dans le seul but d'ennuyer" ("only for annoyance") ou encore parce qu'elle est "carrément absurde" ("utterly absurd") : *Pennian Guano Comp. v Bockwoldt*, 23 Ch. D. 225, 230 (C.A. 1883).

<sup>1861</sup> Les juges ne sont certainement pas indifférents aux inconvénients qu'entraînent la concurrence de procédures. Evoquant dans l'affaire *McHenry*, (22 Ch. D. 397, 403), la possibilité de laisser les deux procédures se poursuivre

Il n'est pas besoin de montrer que dans ces conditions, le 'stay' n'était que rarement accordé. En particulier, la simple concurrence de saisines ne justifiait pas à elle seule une intervention du tribunal.<sup>1862</sup> La jurisprudence distinguait entre deux types de cas<sup>1863</sup> : dans une premier type de cas, la procédure concurrente avait été introduite en Angleterre ou dans un pays limitrophe, telle que l'Ecosse ou l'Irlande.<sup>1864</sup> La parenté entre les systèmes juridiques concernés faisait alors naître une *présomption* que la multiplication des procédures dans le chef d'une même partie constituait un abus, qui justifiait une intervention du tribunal.

La Cour d'Appel a posé le principe en des termes non équivoques dans l'affaire *McHerry*. Le Master of the Rolls Jessel expliqua que "lorsque les deux procédures sont introduites par la même partie devant des tribunaux qui appliquent la même procédure, et que les jugements emporteront les mêmes conséquences, il est *prima facie* vexatoire d'introduire deux actions".<sup>1865</sup> La Cour étendit ensuite le principe à toutes les situations dans lesquelles le jugement étranger pouvait facilement être reconnu, en nommant expressément l'Irlande et l'Ecosse.<sup>1866</sup> Cette présomption pouvait certes être renversée. Il reste qu'entre ces pays les procédures concurrentes instituées par la même personne n'étaient en principe pas tolérées.

Il en allait autrement de la deuxième catégorie, celle des procédures concurrentes dont l'une a été introduite à l'étranger. Lorsqu'une partie saisit un juge étranger, la procédure sera différente, ainsi que les moyens d'action. Le justiciable pourra dans un pays obtenir réparation sous une autre forme ou pour un autre montant qu'en Angleterre. La Cour en déduisit que l'on "n ne peut présumer en l'absence de preuve à cet effet que le simple fait d'initier une procédure à la fois en Angleterre et devant un juge étranger, constitue un abus".<sup>1867</sup> En d'autres termes, les différences de nature entre les procédures font qu'on ne

---

simultanément, Jessel M.R. observa que "It is no doubt to a certain extent a hardship on the Defendant, and to a certain extent a hardship on the Plaintiff who is bringing two actions"). Cette 'hardship' n'est toutefois pas en mesure de priver le demandeur de son droit de saisir les tribunaux. *Cons.* également *Pennian Guano Comp. v Bodeuoldt*, 23 Ch. D. 225, 230 (C.A. 1883) : "It is very unpleasant, no doubt, to be sued twice - it is unpleasant to many people to be sued once - but still that does not make it vexatious where the plaintiff seeks to get a real and substantial advantage".

<sup>1862</sup> V. Lindley in *Pennian Guano Comp. v Bodeuoldt*, 23 Ch. D. 225, 232 (C.A. 1883) : "[...] when the plaintiff is suing in this country and also abroad, in respect of the same matter, and a motion is made to compell the plaintiff to elect, it is not sufficient for the person so moving to point out that there are two proceedings being taken with reference to the same matter; he must go a step further and shew that there is vexation in point of fact, that is to say, that there is no necessity for harassing the Defendant by double litigation".

<sup>1863</sup> V. surtout l'analyse de X, "Concurrent Proceedings in Different Countries", *The Solicitor's Journal*, 1892, vol. 36, 341-342 ainsi que celle de H. H. PHEAR, "De l'exception de litispendance à raison d'une instance pendante devant un tribunal étranger d'après la jurisprudence anglaise", *J.D.I.*, 1891, 459-465.

<sup>1864</sup> M. *McCLean* critiquera plus tard la pertinence de la distinction opérée entre les situations impliquant des pays 'proches' et celles où le for concurrent est véritablement "étranger". Il écrit notamment que le fait que les premières espèces concernaient un pays amis n'était qu'un "historical accident", qui "merely reflects the contemporary pattern of English investment and migration" Et M. *McCLean* d'ajouter que "it scarcely need to be said that the distinction in this as in other contexts is one of the 'false starts' left behind as the conflict of laws rules matured" : J. D. MCCLEAN, "Jurisdiction and Judicial Discretion", *I.C.L.Q.*, 1969, (931), 941.

<sup>1865</sup> *McHerry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 400 : "In this country, where the two actions are by the same man in Courts governed by the same procedure, and where the judgments are followed by the same remedies, it is *prima facie* vexatious to bring two actions where one will do".

<sup>1866</sup> "The same principle applies, it appears to me, wherever the judgment can be enforced", 22 Ch. D. 397, 400.

<sup>1867</sup> "It is by no means to be assumed in the absence of evidence that the mere fact of suing in a foreign country as well as in this country is vexatious", *McHerry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 401 (Jessel, M.R.). Du même dans l'affaire *Pennian Guano* : "[...] it is not vexatious to bring an action in each country where there are substantial reasons of benefit to the plaintiff. He has the *right* to bring an action, and if there are substantial reasons to induce him to bring the two actions, why should we deprive him of that right?", (23 Ch. D. 225, 230).



peut exclure qu'un plaideur tire un avantage à la fois de la procédure étrangère et de celle du for. La multiplication de procédures n'est dès lors pas *en soi* vexatoire. Pour justifier une intervention des tribunaux, le défendeur devait apporter la preuve, au-delà de la simple concurrence, de l'existence d'un abus, par exemple parce que le demandeur n'avait rien à gagner de la procédure étrangère que ne pouvait lui offrir la procédure du for.<sup>1868</sup>

**415. Une même réticence à intervenir lorsque les procédures concurrentes sont engagées par des parties différentes** - Ces principes inaugurèrent l'âge d'or du demandeur, à qui on reconnaissait une liberté quasi-illimitée. Ils furent ensuite étendu aux actions concurrentes qui sont l'oeuvre de deux parties, à commencer avec l'affaire *Hyman v Helm*.<sup>1869</sup>

Le timide pouvoir de sanction que les tribunaux anglais s'étaient réservé pour réprimer un éventuel abus de procédure, n'était pas d'un grand secours pour mettre fin à ce type de conflit de procédures. Il était en effet facile au demandeur de se disculper de tout reproche d'abus, puisqu'il n'était à l'origine que d'une seule des deux procédures. C'est ainsi que dans l'affaire *Hyman*, la Cour d'Appel refusa d'intervenir pour mettre fin à la procédure engagée devant les tribunaux de San Francisco par un commerçant anglais contre son cocontractant américain dont il était l'agent pour l'Angleterre.<sup>1870</sup> Le commerçant cherchait à obtenir paiement des commissions qu'il estimait lui être dues. L'entreprise américaine avait auparavant saisi la justice anglaise, en reprochant une série de malversations à son agent. Elle ajouta à son action une demande d'interdiction de la procédure américaine. En première instance, le juge Chitty invoqua la jurisprudence *McHenry* et constata que le demandeur n'avait pas fait preuve d'un "*special case*" justifiant son intervention.<sup>1871</sup>

La Cour d'Appel entérina cette décision. Le *Master of the Rolls* rappela d'abord que la simple circonstance que deux tribunaux avaient été saisis ne suffisait pas pour justifier une intervention.<sup>1872</sup> Soulignant qu'en l'espèce les deux procédures étaient l'oeuvre des deux parties, il indiqua que dans ce cas, le demandeur ne pouvait se contenter d'évoquer la dualité de procédures pour justifier l'intervention de la cour - ce qu'avait fait le demandeur en l'espèce, qui devait dès lors succomber.<sup>1873</sup>

<sup>1868</sup> P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", *l.c.*, (511), 512 : "The bringing of a double action only becomes vexatious if there is nothing which can be gained by them over and above what might be gained in local proceedings".

<sup>1869</sup> *Hyman v Helm*, (1883) 24 Ch. D. 531 (C.A.).

<sup>1870</sup> Il y allait en l'espèce d'une demande d'injonction visant à mettre un terme à la procédure américaine. Comme déjà souligné, les mêmes conditions présidaient à la version offensive et la version passive du stay, ce que la Cour d'Appel reconnut d'ailleurs en appliquant la jurisprudence *McHenry*. Il nous semble dès lors permis de commenter cette décision dans le présent chapitre.

<sup>1871</sup> *Hyman v Helm*, (1883) 24 Ch. D. 531, 534 (C.A.).

<sup>1872</sup> *Hyman v Helm*, (1883) 24 Ch. D. 531, 537 (C.A., par Brett, M.R.) : "where a party claims this interference of the Court to stop another action between the same parties, it lies upon him to shew to the Court that the multiplicity of action is vexatious, and that the whole burden of proof lies upon him. He does not satisfy that burden of proof by merely shewing that there is a multiplicity of actions, he must go further".

<sup>1873</sup> *Hyman v Helm*, (1883) 24 Ch. D. 531, 538-539 (C.A.). V. également dans la même décision le speech de Cotton, L.J ((1883) 24 Ch. D. 531, 540) : "there is no case where a defendant in an English action [...] has been prevented on the ground of vexation from commencing against the plaintiff in England an action in a foreign country", et le juge d'insister sur le fait que naturellement, les actions des deux parties seront différentes, et qu'il est dès lors difficile de parler d'abus.



D'autres décisions confirmeront que lorsque les procédures ont été engagées par chacune des parties, les tribunaux étaient moins prompts à accepter l'existence d'un abus.<sup>1874</sup> La Cour d'Appel eut même l'occasion en 1918 de décider que "lorsque le demandeur devant le juge étranger n'est pas demandeur mais bien défendeur dans la procédure anglaise, il est encore plus difficile de justifier une intervention du tribunal, parce que la partie qui est privée de la possibilité de se faire entendre, n'est pas elle-même à l'origine des deux procédures".<sup>1875</sup>

**416. Une intervention toute exceptionnelle des tribunaux - l'affaire *Christianborg*** - Au total, cette période formative de la jurisprudence anglaise est caractérisée par une extrême réticence à intervenir et priver le demandeur de son 'droit' à être entendu par le juge. Le demandeur est roi! Un certain chauvinisme juridique n'était certainement pas étranger à cette attitude, les tribunaux anglais faisant sans doute preuve d'un certain sentiment de supériorité. On ne s'étonnera pas que dans la majorité des cas, le 'stay' fut refusé. Il faudra des circonstances exceptionnelles, démontrant un véritable abus dans le chef du demandeur, pour que les tribunaux anglais se départissent de leur refus d'intervenir.<sup>1876</sup>

L'affaire *Christianborg* constitue l'exception qui confirme la règle, les circonstances exceptionnelles de l'espèce justifiant une intervention du tribunal.<sup>1877</sup> *In casu*, deux armateurs se querellaient à propos des conséquences financières d'un abordage entre leurs navires en haute mer. L'armateur allemand avait fait saisir le navire de son collègue danois qui mouillait dans les eaux hollandaises. Il réclamait une forte somme et engageait une procédure au fond. Après dépôt d'une caution de 175,000 florins, le navire fut autorisé à partir pour l'Angleterre où l'armateur allemand fit procéder à une nouvelle saisie. L'armateur danois demanda aux tribunaux anglais d'annuler la saisie et de renvoyer les parties devant le tribunal néerlandais.

En première instance, le juge Hannen prit le contre-pied de la jurisprudence de la Cour d'Appel, en décidant que "lorsqu'une procédure a été instituée devant un tribunal, et il

<sup>1874</sup> P. ex. *Muirie v Birney*, (1887) 35 Ch. D. 614, 634 (C.A.) : une procédure au Honduras britannique et une autre en Angleterre, dans un litige entre deux entreprises entre lesquelles existait une relation d'agence commerciale. En première instance, le juge North avait accepté de surseoir à statuer, en indiquant qu'il serait "highly inconvenient and unreasonable" pour un juge de vouloir trancher une espèce dont était déjà saisi un juge étranger. La Cour d'Appel réforma. V. également *Thornton v Thornton*, [1886-90] All E Rep. 311; (1886) 11 P.D. 176 (C.A.) (deux procédures de divorce, la première en Inde et la seconde en Angleterre. La Cour d'Appel refuse de surseoir à statuer, tout en reconnaissant que la majorité des témoins vivaient en Inde, où avait vécu le couple, et que laisser subsister deux procédures entraînerait une augmentation des dépenses (p. 313, Cotton, L.J.). La Cour refuse toutefois de "deprive the wife, in a suit duly instituted by her, in a court having jurisdiction, of her right to have the questions which arise in that suit decided in England").

<sup>1875</sup> *Cohen v Rothfield*, [1919] 1 K.B. 410 (C.A.) : "When the plaintiff in the foreign action is no plaintiff, but defendant in the English action, the case against interference is even stronger, for the person to be stayed has not himself initiated the two proceedings". En l'espèce, le litige opposait deux ex-associés d'un comptoir de prêts à propos du partage des bénéfices réalisés par l'entreprise pendant que l'un d'eux croupissait en prison... Cohen était le maître d'oeuvre et avait engagé Rothfield pour le seconder en Ecosse. A sa sortie de prison, Cohen demanda des comptes à Rothfield. Ne recevant pas satisfaction, il assigna Rothfield en Angleterre, qui l'assigna à son tour en Ecosse. Sur ce Cohen demanda aux tribunaux d'interdire à Rothfield de poursuivre la procédure écossaise. Comme on l'a déjà souligné, l'injonction était soumise à l'époque aux mêmes conditions restrictives que l'abstention.

<sup>1876</sup> Comme on l'a déjà expliqué, le juge Goff constatera un siècle plus tard que le test du caractère 'vexatious or oppressive' "was very rarely fulfilled" (*Bank of Tokyo Ltd. v Karoon* [1987] 1 A.C. 59, 60 (C.A.)). V. également la constatation de Lord Wilberforce, qui observait qu'en matière d'action *in rem*, lorsque le défendeur à l'étranger était demandeur devant les tribunaux anglais, la jurisprudence n'offre aucun exemple de décision où le stay a été accordé : *The Atlantic Star* [1973] 2 All ER 195. *Adde The Tillie Lykes* [1977] Lloyd's Rep. 124 ("Before The Atlantic Star, a stay was always refused in cases of this kind").

<sup>1877</sup> *The Christianborg*, 10 P.D. 141 (Law Reports, Probate Division) (1885).

n'est pas démontré que cette procédure ne répond pas aux exigences minimales de la justice, introduire une nouvelle action devant un autre tribunal constitue *prima facie* un comportement abusif<sup>1878</sup>. Ce faisant, il renversait la charge de la preuve et imposait au double demandeur de démontrer que la multiplication des procédures ne constituait pas un abus. Constatant que l'armateur allemand pouvait obtenir entière et pleine satisfaction auprès des tribunaux néerlandais, dont la décision pourrait être exécutée sur la caution, il conclut à l'existence d'un abus et rejeta la demande.<sup>1879</sup>

La Cour d'Appel refusa de réformer cette décision, même si elle exprima son désaccord avec le raisonnement du juge de première instance. La Cour réaffirma l'absence de présomption d'abus déduit de la saisine concurrente du juge anglais et du juge étranger.<sup>1880</sup> A la suite de la jurisprudence *McHenry*, les juges confirmèrent que l'abus devait être prouvé. En l'espèce, la Cour conclut que la saisine du juge anglais était "vexatoire", parce que le défendeur avait fourni aux Pays-Bas une caution suffisante. L'armateur ne pouvait dès lors pas prétendre saisir de bonne foi les tribunaux anglais.<sup>1881</sup>

Cette décision, qui n'a d'ailleurs pas été rendue à l'unanimité,<sup>1882</sup> demeura isolée. Dans la toute grande majorité des cas, les tribunaux anglais refusèrent d'intervenir faute de ce qui constituait à leurs yeux un abus.<sup>1883</sup> Partant, les plaideurs pouvaient multiplier en toute impunité les procédures, par exemple pour se prévaloir des différences en matière d'indemnisation suite à une collision de navires.<sup>1884</sup> La Cour d'Appel va ensuite consacrer le critère de l'abus dans une décision de principe.

417. Consécration du critère de l'abus – l'affaire *Saint Pierre* - Les tribunaux anglais ont dans la deuxième moitié du 19<sup>ème</sup> siècle développé les critères régissant l'exception de sursis à statuer. On a parfois essayé de montrer que la jurisprudence anglaise de cette époque participait de la même influence que le *forum non conveniens*.<sup>1885</sup> Avec Mlle. Chalas,<sup>1886</sup> nous pensons qu'on ne peut assimiler la (timide) sanction des abus de procédure à une véritable doctrine du *forum non conveniens* : fondamentalement, ce qui justifiait l'abstention du juge anglais à cette époque ce n'était pas le désir de voir le litige

<sup>1878</sup> "[...] where an action has been brought in one court, and it is not shewn that such court would not do justice, it is prima facie oppressive to institute an action in any other court" : 10 P.D. 141, 143.

<sup>1879</sup> "The plaintiff seems to think that they may arrest this ship wherever they find her and so defeat the object of giving bail in Holland [...] justice requires that both suits instituted in this country should be stayed and that the vessel should be released" : 10 P.D. 141, 144.

<sup>1880</sup> "[...] prima facie it is vexatious to sue the same party in two different actions in two British courts, but that is not necessarily so where one of the actions is in a foreign court" : 10 P.D. 141, 153, par le juge Baggallay.

<sup>1881</sup> "the institution of the action in the Admiralty court in this country was against good faith" : 10 P.D. 141, 155 par Fry, L.J.

<sup>1882</sup> Le Master of the Rolls était d'avis que la décision de première instance devait être réformée, en insistant sur le droit du justiciable de demander justice où bon lui semble : "it is a jurisdiction which one ought to exercise with extreme caution. Stopping in the middle of a suit a plaintiff from going on when he has a right of action as against the defendants is a jurisdiction which has to be exercised with very considerable caution" : 10 P.D. 141, 147 par Lord Esher. Le juge insista sur le fait que le 'stay' ne pouvait être accordé que lorsque "the procedure in the foreign Admiralty Court is in all respects the same as that in the English court [...]" (10 P.D. 141, 151).

<sup>1883</sup> V. toutefois dans la jurisprudence ultérieure, *The Marinero* [1955] 1 All ER 676; [1955] P. 681.

<sup>1884</sup> P. ex. *The Madrid*, [1937] 1 All ER 216; [1937] P. 40 (procédures en Argentine et en Angleterre suite à une collision de navires); *The Janera*, [1928] P. 55 (refuse le stay en faveur d'une procédure initiée en Egypte par les défendeurs); *The London* [1931] P. 14; [1930] 38 Lloyd' Rep. 126; *The Quo Vadis* [1951] 1 Lloyd' Rep. 425; *The Monte Urbasa* [1953] 12 Lloyd' Rep. 587; *The Lucile Bloomfield* [1964] 1 Lloyd' Rep. 324; *The Soya Margareta* [1960] 2 All ER 756; [1961] 1 WLR 709.

<sup>1885</sup> V. la présentation contrastée des opinions de la doctrine que donne D. McCLEAN, *l.c.*, I.C.L.Q., 1969, 945. Adde les auteurs cités par CH. CHALAS, 112, n° 103, note 298.

<sup>1886</sup> CH. CHALAS, 112-128.

tranché par son juge 'naturel', mais bien le souci de réprimer ce que la saisine du for peut avoir de vexatoire et d'abusif.<sup>1887</sup> En s'attachant à sanctionner les procédures 'frivoles' 'vexatoires' ou 'abusives', les tribunaux anglais ne faisaient pas du *forum non conveniens* avant la lettre. C'est d'ailleurs ce que va confirmer la Cour d'Appel dans l'affaire *St Pierre*,<sup>1888</sup> qui va devenir la référence ultime en matière de 'stay' jusque dans les années 1970.<sup>1889</sup>

En l'espèce, deux sociétés anglaises locataires de biens immobiliers situés au Chili tentaient d'obtenir du juge anglais, devant lequel le propriétaire chilien des immeubles les avaient assignées en paiement du loyer, qu'il accorde un stay et renvoie les parties devant le juge chilien, déjà saisi du litige.<sup>1890</sup> A l'appui de leur exception de 'stay' les locataires évoquèrent le caractère entièrement 'chilien' du litige, qui compliquait et alourdissait la poursuite d'une procédure en Angleterre : le contrat avait été rédigé en Espagnol, il était régi par la loi chilienne et portait sur un bien situé au Chili. En outre, les sociétés locataires ne possédaient qu'un lien purement formel avec l'Angleterre où elles étaient enregistrées, puisque l'essentiel de leur activité était localisée au Chili. On doit avouer que l'espèce présentait un exemple classique d'une situation de for inapproprié, le litige étant quasi-entièrement localisé au Chili.<sup>1891</sup>

Ces arguments ne purent convaincre la Cour. Rejetant la version écossaise de l'exception, Lord Scott nota que "le simple fait que le for étranger soit plus approprié ne justifie pas que l'on prive le demandeur des avantages qu'il pourrait retirer de la conduite d'une procédure en Angleterre".<sup>1892</sup> Rappelant la formule traditionnelle qui veut que le "droit de saisir les tribunaux du Roi ne peut être dénié à la légère", le juge énuméra les deux conditions auxquelles le 'stay' devait à ses yeux être subordonné, véritable codification de la doctrine qui fera date : d'une part le défendeur devait prouver que "la poursuite de l'action constituerait une injustice, parce qu'elle constituerait un acte vexatoire ou oppressif à son encontre, ou encore représenterait un abus de procédure d'une manière

<sup>1887</sup> Les tentatives de classification ne sont bien sur que des jeux de mots, tout dépend en fait de la définition que l'on adopte du forum non conveniens. M. Nixts explique par exemple, à la suite de Robertson, que la jurisprudence *St Pierre* relève de la théorie générale du forum non conveniens (pp. 119-120, n° 105). Cette classification n'est rendue possible que parce qu'il propose, au demeurant de façon fort éclairante, de distinguer entre plusieurs 'versions' du forum non conveniens. L'arrêt *St Pierre* et la jurisprudence qui le précède constituerait alors une version restreinte de la doctrine, fondée davantage sur l'abus de procédure que le caractère approprié des fors. Cette présentation n'est sans doute pas innocente, surtout quand on propose, comme le fait M. Robertson, de revenir à une version ancienne de la règle...

<sup>1888</sup> *St Pierre and Others v South American Stores (Gath and Chaves) Ltd. and Others* [1936] 1 K.B. 382; [1935] All ER Rep. 408 (C.A.). Le dictum de Lord Scott dans cette affaire sera pendant longtemps considéré comme l'expression classique de la doctrine. Lord Wilberforce dira du dictum de Lord Scott qu'il s'agit d'un "clear and emphatic statement [qui] has been applied by judges, without difficulty, to a large variety of cases" : *The Atlantic Star*, [1974] AC 460, 468 (H.L.).

<sup>1889</sup> Techniquement, le stay demandé en l'espèce l'était en vertu de la section 41 du *Supreme Court Judicature (Consolidation) Act* de 1925. On s'accorde pour dire que la décision de la Cour d'Appel avait une portée générale dépassant cette législation particulière.

<sup>1890</sup> La procédure au Chili, initiée par les locataires, tendait à faire constater que les locataires pouvaient s'acquitter de leur obligation dans la monnaie locale. Le propriétaire insistait au contraire pour obtenir le paiement en or fin comme le prévoyait le contrat.

<sup>1891</sup> Ce que Scott L.J. reconnut d'ailleurs en disant que les défendeurs avaient avancé "several strong reasons for contending that the Chilean court is a more convenient forum [...]. But these grounds go only to convenience" : [1936] 1 K.B. 382, 397-398. V. également le commentaire de la Cour d'Appel de Colombie Britannique à propos de cette décision (*472900 B.C Ltd. v Thrifty Canada, Ltd.*, (1998) 168 DLR (4th) 602, 610) : "If the circumstances of that case did not require the English action to be stayed in deference to that proceeding in Chile, it might be asked, what set of circumstances could lead to a stay?"

<sup>1892</sup> "A mere balance of inconvenience is not a sufficient ground for depriving a plaintiff of the advantages of prosecuting his action in an English court", [1936] 1 K.B. 382, 398.

ou d'une autre".<sup>1893</sup> Même lorsque l'abus est démontré, le demandeur avait le loisir de s'opposer au 'stay' lorsque celui-ci lui causerait une 'injustice'.<sup>1894</sup>

418. Consécration du critère de l'abus – l'affaire *Saint Pierre* (suite) - Avec ces deux conditions on est bien loin d'une appréciation objective du caractère approprié des fors en présence, qui constitue l'essence même du *forum non conveniens*.<sup>1895</sup> On ne s'étonnera pas d'apprendre qu'en l'espèce les locataires ne purent convaincre la Cour d'Appel que la saisine du juge anglais constituait un abus appelant une sanction.

Les tribunaux ne se montraient certes pas complètement indifférents aux circonstances objectives de la cause, et en particulier au rattachement du litige avec le for anglais. Certaines décisions de l'époque contiennent ainsi des références à la localisation des témoins, ou encore au fait que les opérations litigieuses aient été effectuées à l'étranger.<sup>1896</sup> On pourrait voir dans ces références une ébauche de raisonnement en termes de caractère plus ou moins approprié des fors.<sup>1897</sup> La comparaison avec la pratique contemporaine du *forum non conveniens* (*infra*) révèle toutefois le fossé séparant les deux époques : si les tribunaux se permettaient parfois d'invoquer des éléments objectifs qui deviendront plus tard des critères décisifs du *forum non conveniens*, ils n'y voyaient au mieux que des *indices* permettant de conclure à l'existence d'un abus.<sup>1898</sup> En réalité, l'exception telle qu'elle était comprise à cette époque était toute entière fondée sur les notions très subjectives d'abus et d'injustice.

La Cour d'Appel n'a pas dit autre chose lorsqu'elle a indiqué dans l'affaire *Logan* que "les difficultés que peut entraîner la conduite d'une procédure dans un for donné peuvent être telles qu'il en résulte pratiquement une profonde injustice pour le défendeur".<sup>1899</sup> Le rattachement objectif d'un litige avec le for n'était dès lors pas important en lui-même,

<sup>1893</sup> [1936] 1 K.B. 382, 398.

<sup>1894</sup> [1936] 1 K.B. 382, 398 : "A mere balance of inconvenience is not a sufficient ground for depriving a plaintiff of the advantages of prosecuting his action in an English court [...]. The right of access to the King's Court must not lightly be refused. In order to justify a stay two conditions must be satisfied, one positive and the other negative : (a) the defendant must satisfy the Court that the continuance of the action would work an injustice because it would be oppressive or vexatious to him or would be an abuse of process of the Court in some other way, and (b) the stay must not cause an injustice to the plaintiff".

<sup>1895</sup> Les décisions n'utilisent d'ailleurs pas encore l'expression 'forum non conveniens', sinon pour se référer à la pratique des tribunaux écossais qu'ils se refusent d'adopter, v.

<sup>1896</sup> V. surtout *Thornton v Thornton*, [1886-1890] All E Rep. 311, 313; 11 P.D. 176 (Cotton L.J. constate que renvoyer les parties en Inde, où une procédure de divorce était pendante, pourrait faciliter l'administration de la justice dans la mesure où la majorité des témoins résidaient dans ce pays). V. également *Cohen v Rothfield*, [1919] 1 K.B. 410, 416 (Scrutton L.J. observe que la procédure écossaise était bien avancée et que "the evidence can more easily be taken in Scotland than in England"); *Logan v Bank of Scotland (No 2)*, [1906] 1 K.B. 141 (la Cour note que la majorité des parties, les témoins ainsi que les pièces comptables se trouvent en Ecosse). Certaines décisions plus anciennes avaient interdit à une partie de poursuivre une procédure devant un juge étranger en invoquant le fait que le juge anglais était le juge 'naturel' de la cause, p.ex. *Bushby v Munday*, (1821) 5 Madd. 297, dans laquelle le Vice-Chancellor Leach a accordé une injonction à l'encontre d'une procédure écossaise en notant que le litige était régi par le droit anglais, que les témoins étaient domiciliés en Angleterre et que le juge anglais était "a more convenient jurisdiction" ((1821) 5 Madd. 297, 308).

<sup>1897</sup> Dans l'arrêt *Logan*, la Cour d'Appel a d'ailleurs évoqué la parenté existant entre la version anglaise du stay et la pratique des tribunaux écossais : "It is true that the Court of this country have not gone so far as to express themselves upon the question of convenience in terms similar to those in the Scotch cases though [...] it may be doubted whether there is any substantial difference between the two" : *Logan v Bank of Scotland (No 2)*, [1906] 1 K.B. 141, 151.

<sup>1898</sup> C'est ce que fera observer la Cour d'Appel de la Colombie Britannique 60 ans plus tard, après avoir passé en revue l'histoire de l'évolution de la jurisprudence anglaise, la Cour constate que le *forum non conveniens* dans la jurisprudence St Pierre servait à "describe a factor which could be considered with others in deciding whether the action was vexatious or oppressive" : *472900 B.C Ltd. v Thrifty Canada, Ltd.*, (1998) 168 D.L.R. (4th) 602, 617.

<sup>1899</sup> "The inconvenience of trying a case in a particular tribunal may be such as practically to work a serious injustice upon a defendant" : *Logan v Bank of Scotland (No 2)*, [1906] 1 K.B. 141, 151.

mais seulement parce que l'absence de lien contribuait à démontrer l'existence d'un abus. Celui-ci constituait le moteur et la clé de la jurisprudence. On en veut pour preuve que dans les affaires qui ont directement suivi la décision *Logan*, la Cour d'Appel a pris la peine d'affirmer expressément qu'une appréciation du caractère approprié de chaque for était insuffisante pour justifier le sursis à statuer.<sup>1900</sup> La Cour réaffirma au contraire que le seul un comportement vexatoire, qui vise à harceler et à gêner le défendeur, pouvait justifier le 'stay'.<sup>1901</sup>

A l'analyse des décisions on constate que le 'stay' anglais se rapprochait plus de l'exception de renonciation des droits français et belge que de la doctrine du *forum non conveniens* en vigueur à l'époque en Ecosse : l'abstention n'était pas fondée sur une appréciation objective du caractère approprié des fors en présence, et des liens unissant le litige à ces fors. Le 'stay' était au contraire réservé aux hypothèses exceptionnelles d'abus de procédure. Tout comme les tribunaux français, leurs collègues anglais n'envisageaient que du bout des lèvres la possibilité de renoncer à une instance dont ils étaient saisi. Si le principe d'une telle renonciation était admis, son application pratique laissait apparaître une très grande réticence des tribunaux à priver le demandeur du privilège de demander justice au for.<sup>1902</sup> Que ce soit en France ou en Angleterre, la coordination par la déférence a donc eu bien du mal à s'imposer !

Ni litispendance, ni *forum non conveniens*, le 'stay' tel que pratiqué par les tribunaux anglais était au mieux un contrôle marginal du choix du for du demandeur, limité à la prévention des situations abusives.<sup>1903</sup> Ce n'est que dans les années 1970 que ces tribunaux vont progressivement adopter une version plus large de l'abstention.

## II. LE 20<sup>ÈME</sup> SIÈCLE : LA LIBÉRALISATION

419. Le très long règne de la présomption en faveur du demandeur - La version quasi-nationaliste du stay, qui prétendait confiner l'abstention à des situations exceptionnelles où l'abus le disputait à la mauvaise foi, perdurera jusque dans les années

<sup>1900</sup> *Re Norton's Settlement*, 1908 1 Ch. 471, 482 : "questions of expense or inconvenience are not sufficient to justify the Court in staying proceedings", et plus loin : "The greater convenience to the defendant in being sued in India is by itself no sufficient reason for depriving the plaintiff of her right to sue in this country. The question of staying an action cannot [...] be decided on considerations, more or less speculative, as to the balance of convenience" : 1908, 1 Ch. 471, 486.

<sup>1901</sup> *Egbert v Short*, [190] 2 Ch. 205, 214 : le tribunal pourra intervenir lorsque l'action "is brought in the tribunal [...] not bona fide for the purpose of obtaining justice, but for the purpose of harassing and annoying the defendant, and of obtaining something to which the plaintiff may not be in justice entitled".

<sup>1902</sup> Comme l'expliquera M. *Fawcett*, « Not so long ago, the pro-plaintiff bias was very strong and was openly acknowledged by the judiciary » : J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad : The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, (205), 218-219.

<sup>1903</sup> Selon Mlle. *Chalas*, non seulement la jurisprudence anglaise précédant les années 1970 n'était pas l'expression d'une théorie du forum non conveniens (pp. 112-118), mais de plus on ne pourrait dire que le pouvoir inhérent que les juges anglais se sont reconnus d'empêcher que leur procédure ne soit abusée, constitue l'expression d'un pouvoir discrétionnaire leur permettant de refuser d'exercer leur compétence. Elle en veut pour preuve que "la rigidité de l'interprétation donnée par la jurisprudence aux termes 'vexatious and oppressive' laisse peu de place à la libre détermination et interprétation des facteurs permettant d'estimer que ces conditions sont remplies (p. 119, n° 111). Ainsi la marge de discrétion laissée au juge serait trop faible que pour que l'on puisse parler d'un "véritable pouvoir discrétionnaire sur l'exercice de [la] compétence juridictionnelle" (p. 122, n° 116).

On ne peut nier que les juges anglais aient réservé le 'stay' à des situations exceptionnelles. Savoir si ce mécanisme relève ou non d'une appréciation discrétionnaire par le juge de sa compétence tient sans doute de la querelle de mots. *Comp.* avec ce que Scott L.J. expliquait dans *St Pierre* : il niait que le 'stay' était "discretionary", et indiquait que toute est une "question of degree" (1. K.B. 382, 398).

1970. Pendant toute cette période, les tribunaux continuèrent à jurer par la présomption en faveur du demandeur, dont l'élection de for n'était soumise qu'à un contrôle marginal.

Deux affaires illustrent l'étroitesse du carcan dans lequel le stay était enfermé. La première mettait en jeu une transaction portant sur un tableau attribué à Boucher, sur l'authenticité duquel pesaient de sérieux doutes.<sup>1904</sup> L'acheteuse, domiciliée en France, avait profité du passage du vendeur, un marchand d'art américain établi en France, aux courses d'Ascott pour le faire assigner devant un juge anglais. Les tribunaux anglais déduisirent comme de coutume leur compétence de la notification de l'assignation sur le territoire britannique.<sup>1905</sup> La Cour d'Appel, par la plume de Lord Denning, rejeta la demande de 'stay' en soulignant qu'il n'y avait en l'espèce ni abus, ni vexation, mais simple exercice normal d'une compétence que l'absence de liens entre le for et le litige ne rendait pas vexatoire.<sup>1906</sup>

A la défense de Lord Denning, il faut reconnaître que l'opération litigieuse n'était pas entièrement française, le tableau ayant fait l'objet d'une expertise en Angleterre. Il reste que le raisonnement suivi témoigne d'une grande déférence à l'égard du choix du demandeur, mêlée sans doute d'une certaine fierté à propos de la justice nationale.<sup>1907</sup> Ces deux éléments limiteront également la portée du 'stay' lorsque le juge anglais est saisi parallèlement à un juge étranger. C'est ce qu'illustre l'affaire *Ionian Bank*, décidée en 1969 par la même Cour d'Appel.<sup>1908</sup> Une banque établie en Angleterre avait financé par le biais de montages financiers complexes les achats de vin du défendeur. Lorsque ce dernier ne fut plus en mesure de rembourser ses dettes, la banque demanda justice en France, où elle fit procéder à une saisie conservatoire avant de plaider au fond. Un jour à peine après le début de cette procédure, elle assigna de nouveau l'emprunteur malheureux, cette fois devant les tribunaux anglais.

La Cour d'Appel refusa de faire droit à la demande de 'stay'. S'appuyant sur la jurisprudence *McHenry* et *Peruvian Guano*, Lord Denning réaffirma en des termes directement inspirés des décisions du siècle passé, que "le juge anglais ne surseoirait pas à statuer pour la simple raison que le demandeur qui l'a saisi a également fait appel à la justice étrangère. Le justiciable a le droit de demander justice aux tribunaux de la Reine. Un sursis à statuer ne sera accordé que si le défendeur démontre [...] que la poursuite de la procédure anglaise serait vexatoire et harassante."<sup>1909</sup> En l'espèce, la Cour releva que la banque possédait un intérêt légitime à poursuivre son adversaire en Angleterre, une

<sup>1904</sup> *Maharajah of Baroda v Wildenstein*, [1972] 2 Q.B. 283; [1972] 1 W.L.R. 1077; [1972] 2 All ER 689 (C.A.).

<sup>1905</sup> Sur les origines et la portée de ce chef de compétence, v. A. NUYTS, p. 30, n° 18 e.s.

<sup>1906</sup> "If a defendant is properly served with a writ while he is in the country albeit on a visit, the plaintiff is entitled to continue the proceedings to the end. He has validly invoked the jurisdiction of the Queen's courts, and he is entitled to require those courts to adjudicate upon his claim. The courts should not strike it out unless it comes within one of the acknowledged grounds, such as it is vexatious or oppressive, or otherwise an abuse of the process of the court" : [1972] 2 All ER 689, 692.

<sup>1907</sup> V. également *The Soya Margareta*, [1960] 2 All ER 756; [1961] 1 W.L.R. 709; *Re Kernot (An Infant)*, [1965] Ch. 217 (procédure concurrente en Italie, le stay est refusé) et *The Quo Vadis*, [1951] 1 Lloyd's Rep. 425.

<sup>1908</sup> *Ionian Bank Ltd. v Courveur* [1969] 2 All ER 651 (C.A.).

<sup>1909</sup> *Ionian Bank, Ltd. v Courveur*, [1969] 2 All ER (651), 654 : "[t]he Court will not stay an action by a plaintiff in the English courts simply because he has also started proceedings in another country. He is entitled to come to the Queen's courts to enforce his right. No stay will be granted unless the defendant shows [...] that the continuance of the English proceedings is vexatious or oppressive". *Comp. Sealy (or Callan) v Callan* [1953] 1 All ER 942; [1953] P. 135 (la Cour décide que "it requires a very strong case to persuade the court to prevent a party from proceeding with an action [...] on the ground that defendant or respondent had, either before or after the commencement of the proceedings in this country, started in a foreign jurisdiction an action [...] against plaintiff or petitioner").

éventuelle condamnation pouvant en effet être plus facilement exécutée sur le sol britannique.<sup>1910</sup>

420. **Deux décisions en forme de chant de cygne** - Ces deux décisions de la Cour d'Appel constituent sans doute l'apogée d'un système où l'abstention était reconnue du bout des lèvres, les tribunaux s'agrippant fermement à leur saisine et déroulant le tapis rouge pour le demandeur à qui une liberté presque absolue était laissée de multiplier sans encombre les procédures. La jurisprudence évoluera rapidement à partir des années 1970, qui vont voir les tribunaux anglais abandonner leur réticence face à l'abstention et dans le même temps procéder à un rééquilibrage entre les intérêts du demandeur et ceux du défendeur. Avant d'examiner cette évolution, il convient de dire un mot de l'autre versant du pouvoir d'appréciation des tribunaux anglais, que l'on désigne sous le nom de *forum conveniens*.

A. *Le forum conveniens* - une manifestation de l'abstention?

421. **Attribution aux tribunaux anglais d'une compétence extraterritoriale** - La pratique anglaise révèle que le concept de 'for approprié' n'est pas seulement mis à contribution pour permettre à un tribunal de refuser d'exercer une compétence dont il est investi. Ce concept intervient également dans la détermination de l'existence même de cette compétence.

Selon des principes anciens, la compétence des tribunaux étaient fondée sur la présence physique des justiciables sur le territoire anglais, la délivrance de l'assignation au défendeur sur un territoire soumis à la Couronne exprimant le lien qui justifie l'exercice de la compétence. Au 19<sup>ème</sup> siècle, cette conception strictement territorialiste de la compétence a montré ses limites, certaines espèces échappant à l'emprise des tribunaux anglais faute de pouvoir notifier l'acte introductif d'instance en Angleterre. Le législateur est intervenu dès 1832 pour étendre la compétence des tribunaux à certaines situations sans avoir égard à la possibilité de soumettre symboliquement la défendeur à la justice souveraine.<sup>1911</sup> La loi ainsi adoptée énumérait une série de circonstances dans lesquelles les tribunaux pouvaient autoriser le demandeur à procéder à la notification du 'writ' à l'étranger.<sup>1912</sup>

L'exercice de cette compétence "extraordinaire"<sup>1913</sup> n'allait toutefois pas de soi. Dès l'origine les tribunaux se sont empressés de circonscrire les effets de cette extension

<sup>1910</sup> V. les critiques de D. McCLEAN, *l.c.*, *I.C.L.Q.*, 1969, 943, selon qui "the statements of general principle seem to have been made without a full analysis of the possible factual permutations and are open to criticism as a result".

<sup>1911</sup> Les premiers textes furent codifiés en 1852 avec le *Common Law Procedure Act*, qui fut modifié à plusieurs reprises pour finalement intégrer le fameux *Order XI* des *Rules of the Supreme Court*, règles quasi-législatives mises au point, en vertu d'une délégation expresse par le législateur, par une commission spéciale où siègent des juges et des praticiens. A la suite de la réforme de la procédure civile initiée par Lord Woolf, l'*Order XI* n'a pas été modifié substantiellement mais a été annexé aux *Civil Procedure Rules*. Sur l'historique, v. L. COLLINS, "Some Aspects of Service Out of the Jurisdiction in English Law", *I.C.L.Q.*, 1972, 656 ainsi que M. PRYLES, "The Basis of Adjudicatory Competence in Private International Law", *I.C.L.Q.*, 1962, (61), 67.

<sup>1912</sup> V. l'aperçu critique qu'en donne CH. CHALAS, 130-142.

<sup>1913</sup> *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex, Ltd.*, [1987] A.C. 460, 481 (H.L.). V. également *The Brabo*, [1949] AC 326, 257 (H.L.) : Lord Normand dit de la compétence exercée en vertu de l'*Order XI* qu'elle constitue "a departure from the jurisdiction recognised by comity and an invasion of the sovereignty of the state within which leave is granted".

législative de compétence jugée audacieuse, voire exorbitante.<sup>1914</sup> En pratique, les tribunaux se sont adjugés le droit d'apprécier souverainement si les circonstances justifiaient que le demandeur procède à la notification du *writ* en dehors du territoire national.<sup>1915</sup> Progressivement l'idée s'imposa que le caractère approprié du for anglais constituait la mesure à l'aune de laquelle les tribunaux devaient apprécier l'opportunité de l'exercice d'une compétence.<sup>1916</sup> Cette idée s'imposera dans la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle.<sup>1917</sup> On voit que le *forum conveniens* s'est imposé avant l'adoption par les tribunaux anglais du *forum non conveniens*.<sup>1918</sup>

**422. Le *forum conveniens* n'est pas une forme de déférence** - Il ne nous semble pas nécessaire de procéder à une étude détaillée de l'historique du *forum conveniens*, ni de son rôle dans la pratique contemporaine des conflits de juridiction.<sup>1919</sup> Tout d'abord la jurisprudence récente a gommé les différences entre le *forum conveniens* et le *forum non conveniens* : l'appréciation du juge naturel répond aux mêmes directives quel que soit le contexte.<sup>1920</sup> Ensuite et surtout, la technique du *forum conveniens* ne constitue pas en soi une forme de coordination par l'abstention, telle que celle-ci a été définie (*supra*, n° 368) : le *forum conveniens* n'agit pas *a posteriori*, une fois le juge déclaré compétent, pour lui permettre de ne pas exercer cette compétence; il constitue une condition même de l'établissement de la compétence du juge.

Le *forum conveniens* et le *forum non conveniens* sont indéniablement apparentés, puisque dans les deux cas c'est l'appréciation discrétionnaire par le juge du caractère approprié du for qui constitue le coeur du mécanisme. Le rapprochement entre les deux doctrines ne doit toutefois pas faire oublier que lorsque le juge a fait application du *forum conveniens*, c'est la question de l'existence d'une compétence qui est en jeu, alors que dans le cadre du *forum non conveniens*, l'appréciation porte sur l'exercice d'une compétence existante. La distinction entre l'appréciation discrétionnaire de l'existence et de l'exercice d'une compétence n'est peut être qu'un jeu de mots, puisqu'en pratique, le résultat et le raisonnement suivi par le juge seront identiques.<sup>1921</sup> Il reste que puisque les critères utilisés sont essentiellement les mêmes, l'étude du *forum non conveniens* suffit amplement pour les besoins du présent exposé. On retiendra surtout que dès l'origine, l'existence d'une procédure pendante à l'étranger entre les mêmes parties et portant sur la même cause a été prise en compte par les tribunaux dans l'appréciation de l'opportunité d'accorder ou non l'autorisation de procéder à la notification.<sup>1922</sup>

<sup>1914</sup> Dans l'affaire *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co., Ltd.* [1984] AC 50, 65 la Chambre des Lords a encore rappelé que "The jurisdiction exercised by an English court over a foreign corporation which has no place of business in this country [...] is an exorbitant jurisdiction, i.e. it is one which, under general English conflict rules, an English court would not recognise as possessed by any foreign court in the absence of some treaty providing for such recognition".

<sup>1915</sup> V. au siècle passé, *Société Générale de Paris v Dreyfus Brothers*, (1887) 37 Ch. D. 215 (C.A.), jurisprudence confirmée depuis lors.

<sup>1916</sup> Sur l'évolution de la jurisprudence, CH. CHALAS, 144-151.

<sup>1917</sup> V. surtout *The Haguen*, [1908] P. 189 et *Kroch v Rosel, Kroch v Le Petit Parisien* [1937] 1 All ER 725.

<sup>1918</sup> Cette compétence n'est alors pas 'as of right' ou 'ex juris', mais nécessite l'obtention d'une 'leave to serve the writ'.

<sup>1919</sup> On se reportera pour cela à l'analyse que livrent les ouvrages classiques, et en particulier CHESHIRE et NORTH, 1999, pp. 285 e.s. et BRIGGS et REES, 1997, pp. 218 e.s.

<sup>1920</sup> La fusion fut réalisée à l'occasion de l'affaire *Spiliada Maritime Corp. v Cansulex, Ltd.*, [1987] A.C. 411 (H.L.), *infra*.

<sup>1921</sup> *Cors.* les réflexions à cet égard de CH. CHALAS, 151-164.

<sup>1922</sup> *The Haguen*, [1908] P. 189 (H.L.). Selon la Chambre des Lords, la saisine du for anglais par le demandeur ne poursuivait pas un but légitime parce qu'une procédure était déjà pendante en Allemagne. Sur la distinction entre *forum conveniens* et *forum non conveniens*, v. la confusion introduite par B. D. INGLIS, "Jurisdiction, the Doctrine of Forum Conveniens and Choice of Law in the Conflict of Laws", *L.Q.R.*, 1965, 380-394.



## B. La révolution des années 1970

423. Une évolution progressive - Inspirés sans doute par les auteurs appelant de leurs vœux une libéralisation du 'stay',<sup>1923</sup> les tribunaux anglais vont à partir des années 1970 progressivement relâcher l'étai qui enserrait le *stay* pour adopter la théorie du *forum non conveniens* telle qu'on la connaît aujourd'hui. L'évolution de la jurisprudence va contribuer à marginaliser encore la pertinence du conflit de procédures, circonstance qui va être rabaissée au rang d'un simple facteur parmi d'autres dans l'appréciation globale du caractère approprié du for – ce qui ne manque pas de paradoxe quand on sait que dans deux des quatre décisions majeures qui ont rythmé l'évolution de la jurisprudence, le juge anglais était saisi concurrentement à un juge étranger.<sup>1924</sup> L'abandon de l'abus de procédure comme fondement du 'stay' va également marquer le glas du parallélisme traditionnellement maintenu entre les deux versions du 'stay', l'abstention et l'injonction, un développement sur lequel nous ne reviendrons plus (*supra*, n° 225).

Le glissement de la version étroite du *stay*, toute entière régie par les intérêts du demandeur, à une conception de l'abstention fondée sur le concept de for 'naturel' et débarrassée de tout "chauvinisme judiciaire" ne s'est pas fait en un jour.<sup>1925</sup> Il a fallu près de 15 ans, et 4 décisions majeures, à la Chambre des Lords pour dégager la conception moderne du *forum non conveniens*. Voilà ainsi tracé le cadre de l'exposé.

424. *The Atlantic Star* : changement à l'intérieur du cadre traditionnel - L'évolution vers une conception moderne de la doctrine du *forum non conveniens* débuta avec l'affaire *The Atlantic Star*.<sup>1926</sup> Après une banale collision sur l'Escaut entre plusieurs navires, deux armateurs néerlandais se pourvurent l'un devant le tribunal de commerce d'Anvers, l'autre, à la faveur de la présence de l'*Atlantic Star* dans le port de Liverpool, devant la Cour de l'Amirauté anglaise. Après paiement de la traditionnelle caution pour éviter la saisie du navire, les défendeurs prièrent le juge anglais d'avoir recours à sa compétence inhérente pour rejeter la demande. De prime abord, l'affaire semblait soulever peu de problèmes, tant il était manifeste que le lien unissant le litige au juge anglais était fortuit, alors que l'ensemble des circonstances de la cause, y compris l'existence d'une série de procédures au fond, pointaient vers la Belgique. C'était oublier que selon la jurisprudence classique, le 'stay' nécessitait la preuve d'un abus de procédure.

Tant la Cour de l'Amirauté<sup>1927</sup> que la Cour d'Appel<sup>1928</sup> refusèrent dès lors de faire droit à l'exception de 'stay' : tout en notant que le juge anversois était sans doute mieux placé pour prendre connaissance de la cause, et qu'il serait préférable d'éviter une course au jugement en mettant fin à une des procédures,<sup>1929</sup> les juges anglais refusèrent de priver le

<sup>1923</sup> V. surtout B. D. INGLIS, *l.c.*, *L.Q.R.*, 1965, 380-394 et J. D. McCLEAN, *l.c.*, *I.C.L.Q.*, 1969, 931-948.

<sup>1924</sup> Sur cette marginalisation des procédures concurrentes, cf. *infra*, n° 529.

<sup>1925</sup> Sur cette évolution v. la fresque tracée par CH. CHALAS, 184-234.

<sup>1926</sup> *The Atlantic Star v The owners of the Bona Spes*, [1974] AC 436; [1973] 2 All ER 175. V. les commentaires de H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, "L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites. L'arrêt de la Chambre des Lords du 10 avril 1973 (*Atlantic Star c. Bona Spes*)", *R.C.D.I.P.*, 1974, 607-624 et de M. G. BRIDGE, "Changing Attitudes to Jurisdiction", *Modern L. Rev.*, 1973, 649 e.s.; A. McCLEAN, "Foreign Collisions and Forum Conveniens", *I.C.L.Q.*, 1973, 748 e.s.

<sup>1927</sup> [1972] 1 Lloyd's Rep. 534.

<sup>1928</sup> [1972] 3 All ER 705, [1972] 3 W.L.R. 746, [1973] QB 364 (C.A.).

<sup>1929</sup> [1972] 1 Lloyd's Rep. 534, 539 (Lord Brandon).

demandeur de la possibilité d'obtenir justice en Angleterre. En appel, Lord Denning réaffirma avec force la position privilégiée du demandeur en ces termes :

“Nul ne doit demander en vain justice aux tribunaux anglais [...]. Le droit d'ester devant ces tribunaux n'est pas réservé aux anglais. Les étrangers sans intention malveillante peuvent également en bénéficier. On peut y voir du 'forum shopping', mais si le for est anglais, c'est un bon endroit pour se fournir, que ce soit pour la qualité des marchandises que la rapidité du service”<sup>1930</sup>

**425. *The Atlantic Star* : changement à l'intérieur du cadre traditionnel (suite) -** La Chambre des Lords prit expressément ses distances de cette approche qui n'était pas, il faut le dire, dénuée d'un certain 'nationalisme' juridique. Se proposant de réexaminer l'approche traditionnelle qualifiée de “particulièrement insulaire”,<sup>1931</sup> les Lords adoptèrent une interprétation plus souple de l'exigence du caractère abusif et vexatoire de la procédure litigieuse : sur la forme, les choses ne changent pas puisque le principe consacré dans l'arrêt *Saint Pierre* restait d'actualité. Le point de départ du raisonnement était d'ailleurs toujours que “le demandeur ne peut être privé à la légère de son droit d'ester devant la justice anglaise [...]”<sup>1932</sup>

Sur le fond l'évolution est notable, les juges se proposant d'adopter “une interprétation libérale de ce qui constitue un abus dans le chef du demandeur”.<sup>1933</sup> La charge de la preuve pesant sur le défendeur en fut considérablement allégée : dorénavant, il n'était plus nécessaire qu'il démontre que la saisine du juge anglais procédait de la mauvaise foi et de l'intention de nuire dans le chef du demandeur. Le caractère oppressif et vexatoire de cette saisine était au contraire évalué à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, et en particulier des avantages et désavantages respectifs de cette saisine pour les parties. Le défendeur triomphait lorsqu'il persuadait le tribunal que la conduite d'une procédure en Angleterre lui causerait de graves inconvénients que ne justifiaient pas les avantages qu'en tirait le demandeur.<sup>1934</sup>

<sup>1930</sup> [1972] 3 All ER 705, 709; [1972] 3 WLR 746, 757-758 : “No one who comes to these courts asking for justice should come in vain. [...] This right to come here is not confined to Englishmen. It extends to any friendly foreigner. [...] You may call this 'forum shopping' if you please, but if the forum is England, it is a good place to shop in, both for the quality of the goods and the speed of service”.

<sup>1931</sup> [1974] AC 436, 453; [1973] 2 All ER 175, 181 : “a rather insular doctrine”. On notera également ce passage étonnant du speech de Lord Reid, révélateur d'un profond changement des mentalités, où il explique que l'attitude traditionnelle des juges anglais “seems to recall the good old days, the passing of which many may regret, when inhabitants of this island felt an innate superiority over those unfortunate enough to belong to other races”.

<sup>1932</sup> Lord Wilberforce, [1973] 2 All ER 175, 194 : “[...] a plaintiff should not lightly be denied the right to sue in an English court [...]”. Les Lords rejetèrent d'ailleurs expressément l'adoption de la doctrine du forum non conveniens. Lord Wilberforce expliqua que “we were urged to take this opportunity to bring English law into line with these legal systems (Scottish and American). My Lords, I am of the opinion that this is a course which we cannot take” ([1974] AC 436, 464). Dans le même sens, [1974] AC 436, 454 (Lord Brandon) et [1974] AC 436, 475 (Lord Kilbrandon).

<sup>1933</sup> [1974] AC 436, 453; [1973] 2 All ER 175, 181, par Lord Reid : “[...] a key to the solution of the problem may be found in a liberal interpretation of what is oppressive on the part of the plaintiff”. V. également Lord Wilberforce, [1974] AC 436, 468; [1974] 2 All ER 175, 193-194 (l'expression “oppressive and vexatious” “are pointers rather than boundary marks. They are capable of a strict or technical application; conversely, if this House thinks fit, and as I think they should, they can in the future be interpreted more liberally”). Deux Lords, Lord Morris et Lord Simon, ont rejeté l'opinion de la majorité et préféré s'en tenir à une interprétation littérale de l'expression 'oppressive or vexatious'.

<sup>1934</sup> [1974] 2 All ER 175, 194 (Lord Wilberforce).

426. *The Atlantic Star* : changement à l'intérieur du cadre traditionnel (suite et fin) - Au total, on reste loin d'une véritable doctrine du *forum non conveniens*, malgré une certaine objectivisation du test.<sup>1935</sup> L'ouverture appréciable des juges, qui se traduit par une répudiation de la tendance nationaliste,<sup>1936</sup> ne doit pas cacher que le cœur de la doctrine classique resta intact : le mécanisme était fondé non sur les liens objectifs entre les fors et le litige, mais bien sur la position et les difficultés pour les parties.<sup>1937</sup> On examinera ultérieurement la portée de cette décision pour la question particulière des conflits de procédures (*infra*, n° 530).

427. *McShannon* : abandon du critère de l'abus et introduction du concept de 'for naturel' - La décision dans l'affaire *Atlantic Star* ne constituait qu'un premier pas modeste, apportant une flexibilité bienvenue à la doctrine du 'stay' sans en modifier le cadre général. Elle fut suivie d'un changement plus radical avec la décision de la Chambre des Lord dans l'affaire *McShannon*.<sup>1938</sup> Au contraire de la première espèce cette affaire ne mettait pas en jeu des procédures concurrentes. *In casu*, plusieurs ouvriers écossais réclamaient des dommages et intérêts de leurs employeurs en compensation des blessures qu'ils avaient subi sur leur lieu de travail en Ecosse. Au cours de la procédure il apparut que la saisine du juge anglais constituait manifestement une manœuvre inspirée par les conseils des demandeurs, destinée à profiter du régime anglais de compensation réputé plus généreux.<sup>1939</sup>

Les juges n'eurent aucune difficulté à reconnaître d'emblée le caractère artificiel de la procédure dont ils étaient saisis, le seul lien avec le for anglais étant le siège social de l'employeur établi à Londres.<sup>1940</sup> Ni en première instance, ni en appel l'employeur ne put toutefois convaincre les juges de lui octroyer le bénéfice du 'stay'. Selon les juges, il n'était en effet pas question de vexation, ni d'abus, même selon l'acceptation plus souple de cette expression imposée par *Atlantic Star*. A l'unanimité la Chambre des Lords infirma la décision entreprise et accorda le sursis à statuer. Tout en se refusant encore d'accueillir la doctrine écossaise du *forum non conveniens*,<sup>1941</sup> la Cour répudia définitivement l'exigence du caractère vexatoire et oppressif de la procédure litigieuse. Les Lords reconnurent

<sup>1935</sup> Comme le notera la Cour d'Appel de la Colombie Britannique dans un exposé magistral de l'évolution de la doctrine, à propos de ce premier arrêt : "In practice, that change appears to have had little effect on the outcome of applications to stay actions in England" : *Thrifty*, décision précitée, 168 D.L.R. 4th 602, 613.

<sup>1936</sup> V. également les observations de droit comparé de Lord Kilbrandon, qui note les développements de la jurisprudence américaine en matière de clause d'élection de for : [1974] AC 436, 476.

<sup>1937</sup> En l'espèce la Chambre des Lords conclut que la saisine du juge anglais était vexatoire et oppressive parce que la poursuite de la procédure présenterait de nombreux inconvénients pour le défendeur, notamment la nécessité d'obtenir le témoignage de personnes domiciliées en Belgique et le fait que de nombreuses procédures étaient déjà pendantes en Belgique. Ces inconvénients n'étaient pas compensés par le simple espoir dans le chef du demandeur, d'obtenir justice du tribunal anglais, et d'éviter notamment les constatations défavorables contenues dans un rapport de l'expert judiciaire désigné par les tribunaux belges.

<sup>1938</sup> *McShannon v Rockware Glass, Ltd.*, [1978] AC 795 (H.L.). V. sur cette décision H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, "Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des Lords. Nouveaux développements", *R.C.D.I.P.*, 1979, 687 e.s. et J. H. H. WEILER, "Forum Non Conveniens - An English Doctrine", *M. L. Rev.*, 1978, 739 e.s.

<sup>1939</sup> Le syndicat auquel appartenaient les victimes se chargeait d'ailleurs de régler la facture des avocats.

<sup>1940</sup> [1978] 1 All ER 628 par Lord Diplock; 634 par Lord Salmon. La Cour d'Appel fit le même constat ([1977] 2 All ER (449), 453, [1977] 1 WLR (376), 382 (CA, Stephenson LJ)). Le juge Stephenson de la Cour d'Appel expliqua ainsi que "anyone with nothing but common sense to guide him would say that they ought to be tried in Scotland" ([1977] 1 WLR (376), 382).

<sup>1941</sup> Refusèrent expressément de franchir le pas Lord Diplock ([1978] AC 795, 811) ; Lord Salmon ([1978] AC 795, 817) ainsi que Lord Fraser ([1978] AC 795, 822).

d'ailleurs que les efforts passés pour donner de cette expression une interprétation plus souple, avaient échoué.<sup>1942</sup>

Au lieu d'une exception fondée sur l'effet de la saisine à l'égard du défendeur, les Lords proposèrent une nouvelle formule plus générale, selon laquelle "il appartient au défendeur de montrer qu'il existe un autre for devant lequel il peut être attiré, et où la justice sera rendue entre parties en entraînant moins d'inconvénients et moins de dépenses".<sup>1943</sup> La formule, séduisante même si non dénuée d'ambiguïtés,<sup>1944</sup> invitait le juge à procéder à une comparaison entre les deux fors, sans s'attacher avant tout à la position des parties. On n'était plus très loin du *forum non conveniens* tel que pratiqué en Ecosse, comme le reconnut d'ailleurs un des juges.<sup>1945</sup>

**428. *McShannon* : abandon du critère de l'abus et introduction du concept de 'for naturel' (suite)** - Appliquant les principes ainsi dégagés, la Cour constata que le litige ne présentait que peu d'attaches avec l'Angleterre.<sup>1946</sup> L'espoir des demandeurs d'obtenir du juge anglais un dédommagement plus substantiel ne suffisait pas pour empêcher le renvoi de la cause vers son for naturel, l'Ecosse.<sup>1947</sup> Lord Diplock fut d'autant plus soucieux de barrer la route aux demandeurs qu'il craignait un surcroît de travail inutile pour les tribunaux anglais.<sup>1948</sup>

Les vieux réflexes ne disparurent toutefois pas entièrement, comme en témoigne la réflexion de Lord Salmon selon qui "l'opinion selon laquelle il est souvent très avantageux de pouvoir faire appel aux tribunaux de la Reine, ne peut certainement pas être attribuée à une quelconque fierté insulaire".<sup>1949</sup> On a en outre pu critiquer le caractère vague des notions introduites par la Chambre des Lords, et en particulier l'incertitude qui entourait le concept de 'for naturel' à peine esquissé.<sup>1950</sup> Toujours est-il qu'avec cette décision la Chambre des Lords s'est résolument engagée dans la voie du *forum non conveniens* : le stay n'était plus confiné aux situations d'abus flagrants; il visait dorénavant à garantir que le litige sera tranché par le (ou un des) for(s) naturel(s). Le déséquilibre

<sup>1942</sup> [1978] AC 795, 811 par Lord Diplock : "the use of the words 'oppressive' and 'vexatious' in this rule ought now to be discontinued; their use in a specially broad and liberal sense seems to me to have become merely misleading". Dans le même sens Lord Fraser, [1978] 1 All ER 636. Lord Salmon est encore plus franc lorsqu'il écrit qu'il est impossible d'interpréter cette expression libérale "without emasculating them and completely destroying their true meaning" ([1978] AC 795, 819).

<sup>1943</sup> "In order to justify a stay, two conditions must be satisfied, one positive the other negative : (a) the defendant must satisfy the court that there is another forum to whose jurisdiction he is amenable in which justice can be done between parties at substantially less inconvenience and expense", [1978] AC 795, 812; [1978] All ER 630.

<sup>1944</sup> V. les critiques de A. BRIGGS, "Forum Non Conveniens - Now We Are Ten?", *Legal Studies*, 1983, 74.

<sup>1945</sup> [1978] All ER 630, par Lord Diplock ; "If the distinction between this restatement of the English law and the Scottish doctrine of forum non conveniens might on examination prove to be a fine one, I cannot think that it is any worse for that".

<sup>1946</sup> [1978] AC 795, 817 par Lord Salmon : "The case has absolutely nothing to do with England [...]".

<sup>1947</sup> Lord Diplock souligna entre autre que la majorité des témoins étaient domiciliés en Ecosse, et que leur comparaison devant un tribunal anglais serait coûteuse et perturberait inutilement les activités des entreprises les employant en Ecosse ([1978] AC 795, 812).

<sup>1948</sup> [1978] All ER 632 : "It if were to become the common practice to bring Scottish industrial injury cases in England, the total waste of time and effort would be substantial".

<sup>1949</sup> [1978] AC 795 : "The view that it is often a great advantage to have access to the Queen's courts can hardly be attributed to insular pride".

<sup>1950</sup> P. ex. CH. CHALAS, pp. 197-209, qui évoque un "principe flou" et une "exception mystérieuse" à propos de la possibilité pour le juge de refuser de suspendre la procédure si le demandeur devait en être privé d'un avantage légitime.

flagrant dont profitait le demandeur jusque là fut été redressé au bénéfice du demandeur.<sup>1951</sup>

On observera enfin que, tout occupés à conférer une physionomie nouvelle au 'stay', les juges ne se sont pas penchés sur les conséquences de leur décision sur les conflits de procédures. L'arrêt *McShannon* reste muet sur la façon d'appréhender la concurrence de procédures à l'intérieur du *forum non conveniens* renouvelé.<sup>1952</sup> Les conflits de procédures vont réapparaître au premier plan avec l'affaire du *Abidin Daver*.<sup>1953</sup>

**429. Consolidation des avancées : l'arrêt *Abidin Daver*** - L'arrêt *Abidin Daver* prononcé par la Chambre des Lords en 1984 à la suite d'une collision maritime dans le détroit du Bosphore ne modifiera pas fondamentalement les solutions adoptées par cette même cour quelques 6 ans plus tôt.<sup>1954</sup> Les Lords se contenteront d'apporter quelques éclaircissements sur les zones d'ombre, encore nombreuses. Cette décision sera toutefois l'occasion de préciser la portée de l'exception de *forum non conveniens* à l'égard des conflits de procédures. En l'espèce les tribunaux turcs avaient été saisis par l'armateur d'un des navires impliqués dans la collision, avant que l'armateur cubain de l'autre navire ne fasse séquestrer un navire de la flotte du premier qui mouillait dans les eaux anglaises. L'exception de for approprié invoquée devant les tribunaux anglais se doublait donc d'un conflit de procédures.

Après avoir offert une nouvelle définition du 'for naturel',<sup>1955</sup> et limité la possibilité pour le demandeur d'invoquer les avantages que lui confère le système procédural anglais, les juges constatèrent que la doctrine ainsi modifiée n'avait plus rien à envier à la version écossaise du *forum non conveniens*.<sup>1956</sup> En l'espèce la Cour n'eut pas de difficulté à déterminer que le tribunal turc constituait le for 'naturel' de la cause.<sup>1957</sup> Restait à s'interroger sur la question de savoir quelle importance accorder au fait que le litige avait conduit à un conflit de procédures. On constatera ultérieurement que la décision des

<sup>1951</sup> Il reste cependant que la Chambre des Lords n'a pas dans cette décision expressément désavoué la traditionnelle présomption en faveur du choix de for du demandeur, ce qui provoquera une certaine confusion chez les juges du fond, v. par exemple la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co.*, qui part du principe de la supériorité innée de la justice anglaise. Cette décision sera cassée par la Chambre des Lords, *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co., Ltd.* [1984] AC 50.

<sup>1952</sup> Les tribunaux inférieurs durent dès lors se résoudre à appliquer la nouvelle formule même en présence d'un *lis alibi pendens*. V. par exemple *Gadd v Gadd*, [1984] W.L.R. 1436. V. également R. SCHUZ, "Controlling Forum Shopping: The Impact of *MacShannon v. Rockware Glass Ltd*", *I.C.L.Q.*, 1986, (374-412), 380 ("The new test applies whether or not there is a *lis alibi pendens*").

<sup>1953</sup> Entre temps, les tribunaux avaient eu l'occasion de décider que le fait qu'une procédure connexe était pendante en Angleterre faisait pencher la balance contre le stay : *The Messinaki Tokri*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 666 (conflit avec Taiwan).

<sup>1954</sup> *The Abidin Daver*, [1984] A.C. 398 (H.L.).

<sup>1955</sup> A savoir le for avec lequel l'action entretient "the most real and substantial connection", [1984] 1 AC 398, 415 (H.L.) et Lord Diplock, [1984] 1 AC 398, 410, une définition déjà suggérée par A. BRIGGS, "Forum Non Conveniens - Now We Are Ten?", *Legal Studies*, 1983, 85-89, qui s'inspirait à son tour de la jurisprudence en matière de loi applicable au contrat.

<sup>1956</sup> Lord Keith expliqua (AC 398, 411) dans un dictum devenu célèbre que "the essential change in attitude of the English courts to pending or prospective litigation in a foreign jurisdiction that has been achieved step by step the last 10 years [...] is that judicial chauvinism has been replaced by judicial comity to an extent I think the time is now ripe to acknowledge frankly is [...] indistinguishable from the Scottish legal doctrine of *forum non conveniens*". V. toutefois les observations de A. BRIGGS, "The Staying of Actions on the Ground of Forum Non Conveniens in England Today", *Lloyd's M.C.L.Q.*, (227), 249, qui pointe les différences entre la version anglaise et la version écossaise de la doctrine.

<sup>1957</sup> Le seul lien avec l'Angleterre était en effet la saisie d'un navire appartenant au défendeur, et non impliqué dans l'accident, dans un port anglais, v. Lord Diplock [1984] 1 AC 398, 409-410; Lord Brandon, [1984] 1 AC 398, 421 et Lord Keith, [1984] 1 AC 398, 414.

Lords ne permettait pas d'apercevoir exactement quelle est la place des procédures concurrentes au sein de la doctrine du *forum non conveniens* (*infra*, n° 531). Si la décision qui suivit ne permit pas non plus de mettre fin à l'ambiguïté sur cette question, elle donna en revanche sa forme définitive à l'exception de for inapproprié.

**430. Le couronnement : l'arrêt *Spiliada* - la fusion du *forum non conveniens* et du *forum conveniens*** - La transformation du 'stay' s'acheva en 1986 avec l'arrêt *Spiliada* dans lequel la Chambre des Lords adopta la version moderne du *forum non conveniens*.<sup>1958</sup> Contrairement aux affaires précédentes, il ne s'agissait pas *in casu* pour le juge anglais de déterminer s'il convenait d'exercer une compétence dont il était investi, mais bien de décider si cette compétence existait. L'enjeu était en effet au premier chef de savoir si le demandeur, propriétaire d'un navire, pouvait procéder à la signification de la citation au Canada, où était établi le défendeur, propriétaire d'une cargaison de souffre dont le demandeur alléguait qu'elle avait endommagé son navire durant le transport.

Dans une remarquable synthèse du pouvoir discrétionnaire des juges anglais à l'égard de leur compétence, la Cour rassembla en une seule et même formule les principes régissant le forum conveniens et le forum non conveniens.<sup>1959</sup> Soulignant les liens unissant ces deux manifestations du pouvoir d'appréciation du juge, la Chambre des Lords définit un corps de règles uniques pouvant s'appliquer dans les deux hypothèses.<sup>1960</sup> La Cour se résolut également à reconnaître une fois pour toute que le 'stay' anglais ne pouvait plus être distingué du *forum non conveniens* écossais,<sup>1961</sup> même si Lord Goff s'empessa de souligner que la question au coeur de la doctrine n'était pas la 'convenience' des fors mais bien leur caractère plus ou moins approprié.<sup>1962</sup>

**431. Le couronnement : l'arrêt *Spiliada* - Le principe** - Le *forum non conveniens* tel que le conçoit la Cour s'articule en deux temps : dans un premier temps le juge doit examiner les liens unissant le litige aux fors en présence. Il s'agit, selon les mots de Lord Goff, de déterminer quel est "le for approprié pour trancher le litige, c'est-à-dire le for dans lequel le litige pourra être tranché de la manière qui satisfait le plus les intérêts des parties et ceux de la justice".<sup>1963</sup> On est bien loin de l'approche restrictive du 'stay' inaugurée au 19<sup>ème</sup> siècle, toute entière fondée sur l'idée d'abus de procédure. Il n'est plus question de présomption en faveur de l'élection de for du demandeur, mais d'une approche neutre et équilibrée, fondée sur les liens objectifs entre le for et le litige.<sup>1964</sup>

<sup>1958</sup> *Spiliada Maritime v. Cansulex Ltd.*, [1987] AC 460, [1986] 3 All ER 843, [1986] 3 W.L.R. 972. Sur cet arrêt majeur, v. J. G. COLLIER, "Staying of Actions and Forum Non Conveniens - English Law Goes Scotch", *C. L. J.*, 1987, 33 e.s.; P. B. CARTER, "Service of Process out of the Jurisdiction : Forum Non Conveniens", *British Yearb. Int'l. L.*, 429; A. BRIGGS, "Forum Non Conveniens - The Last Word?", *Lloyd's M. C. L. Q.*, 1987, 1 e.s.

<sup>1959</sup> [1986] 3 All ER 843, 854, [1986] 3 W.L.R. 972, 983 (Lord Goff).

<sup>1960</sup> Selon la Cour, "The question in both groups of cases must be, at the bottom [...] to identify the forum in which the case can be suitably tried for the interests of all the parties and for the ends of justice" : [1987] AC 460, 480 (Lord Goff). Les Lords reconnaissent toutefois qu'existent des différences notables entre les deux situations, v. [1987] AC 460, 482, différences qui se répercutent dans la charge de la preuve.

<sup>1961</sup> [1986] All ER 843, 854 (Lord Goff).

<sup>1962</sup> [1987] AC 460, 474, [1986] All ER 843, 853 (Lord Goff) : "For the question is not one of convenience, but of suitability or appropriateness of the relevant jurisdiction".

<sup>1963</sup> [1987] AC 460, 476, [1986] All ER 843, 854, [1986] W.L.R. 972, 983 (Lord Goff) : "The basic principle is that a stay will only be granted on the ground of forum non conveniens where there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial of the action, i.e. in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice".

<sup>1964</sup> La primauté du for n'a toutefois pas entièrement disparu. Lord Goff expliquait ainsi que lorsqu'aucun des deux fors concurrents ne semble être le plus approprié, l'exception de 'stay' doit être rejetée : [1986] All ER 843, 855.

La détermination du ‘for naturel’ de la cause doit selon la Cour se faire à la lumière de l’ensemble des circonstances de la cause, en examinant vers quel for convergent les points de rattachement. Lord Goff a en particulier souligné l’importance des considérations relatives à l’administration de la preuve, comme la localisation des témoins, au droit applicable ainsi que le domicile des parties.<sup>1965</sup> En l’espèce ces principes aurait dû conduire le juge à reconnaître le caractère approprié du for anglais – et dès lors à autoriser la signification de la citation.<sup>1966</sup>

**432. Le couronnement : l’arrêt *Spiliada* – L’exception de justice** - Une fois acquis que le tribunal étranger constitue le for naturel de l’action, le demandeur peut encore s’opposer au ‘stay’ en démontrant que le sursis constituerait une injustice intolérable à son égard.<sup>1967</sup> En l’espèce la question ne se posait pas puisque le tribunal anglais avait été jugé plus approprié. Comme il se doit dans un arrêt de principe, la Cour prit cependant la peine d’expliquer la portée de cette exception. Dans l’esprit des juges, il ne s’agissait plus tellement de comparer les avantages, juridiques ou autres, que les parties pourraient retirer d’une procédure anglaise ou étrangère, mais bien d’éviter que le renvoi devant le tribunal étranger ne mette en péril la possibilité même pour les parties d’obtenir justice.

Les deux parties du test ne sont dès lors pas sur le même pied, la seconde ne constitue qu’une exception à la règle générale selon laquelle il appartient au for naturel de prendre connaissance de la cause. Pour déclencher cette exception, le demandeur devra montrer “par des preuves objectives et convergentes qu’[il] n’obtiendra pas justice devant le tribunal étranger”.<sup>1968</sup> Il ne lui suffit plus de se plaindre de la perte d’un avantage juridique tel que la possibilité de bénéficier d’une procédure d’obtention de preuves plus généreuse, ou l’espoir d’obtenir une compensation plus élevée.<sup>1969</sup> L’équilibre entre demandeur et défendeur est rétabli, seul compte le caractère objectivement approprié des fors en présence.<sup>1970</sup>

**433. Bilan de l’évolution : la doctrine moderne du *forum non conveniens*** – Ainsi se dessine la doctrine moderne du forum (non) conveniens.<sup>1971</sup> Il n’a pas été question

<sup>1965</sup> [1987] AC 460, 478, [1986] All ER 843, 856 : “[the] connecting factors [...] will include not only the factors affecting convenience of expense, such as availability of witnesses, but also other factors such as the law governing the relevant transaction and the places where the parties respectively reside or carry on business”.

<sup>1966</sup> Fut décisive pour arriver à cette conclusion le fait que le juge du fond était saisi d’une affaire connexe mettant en jeu les mêmes questions techniques, à propos d’un autre navire, le *Cambridgeshire*, qui avait également été endommagé lors d’un transport de soufre. Lord Goff souligna que les juges, conseils et nombreux experts impliqués dans l’affaire du *Cambridgeshire* avaient acquis une expertise et une connaissance approfondie des questions litigieuses, [1987] AC 460, 485. Cet élément déduit essentiellement de l’économie de procédures est depuis lors connu sous l’expression de ‘*Cambridgeshire factor*’.

<sup>1967</sup> [1987] AC 460, 478 : “if there is some other available forum which prima facie is clearly more appropriate for the trial of the action, [the court] will ordinarily grant a stay unless there are circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted”.

<sup>1968</sup> [1987] AC 460, 478 : Selon Lord Goff, il faut que ceci soit “[...] established objectively by cogent evidence, that the plaintiff will not obtain justice in the foreign jurisdiction”.

<sup>1969</sup> [1987] AC 460, 482 : Lord Goff fait observer que “As a general rule, I do not think that the court should be deterred from granting a stay, or from exercising its discretion against granting a leave under R.S.C. Order 11, simply because the plaintiff will be deprived of such an advantage”.

<sup>1970</sup> Lord Goff parle d’ailleurs d’une “objective approach” de la doctrine du ‘stay’ : [1987] AC 460, 482.

<sup>1971</sup> Des décisions ultérieures viendront toutefois modifier sensiblement le visage de la doctrine, on pense en particulier aux décisions dans les affaires *Connelly* et *Lubbe*, de la Chambre des Lords, qui ont été l’occasion d’un assouplissement considérable de l’exception de justice’, *infra* n° 761.

dans l'arrêt *Spiliada* du conflit de procédures, l'incertitude sur le rôle de ce facteur ne fut levée que quelques années plus tard.<sup>1972</sup>

Au terme de l'évolution on peut tirer deux conclusions. Tout d'abord il faut constater que la jurisprudence anglaise a considérablement évolué, réservant une place toujours plus grande à l'abstention. L'introduction du *forum non conveniens* a signé la fin de la présomption en faveur de l'élection de for du demandeur. Dorénavant, les tribunaux anglais n'auront plus en principe de réserve face à l'abstention, le for étranger étant mis sur le même pied que le for anglais. Tout comme le défendeur est mis sur le même pied que le demandeur. La lente évolution du 'stay' vers la doctrine moderne du *forum non conveniens* constitue un remarquable exercice d'autocritique de la part des juges anglais. En acceptant de remettre en question une jurisprudence centenaire qui privilégiait le demandeur, la Chambre des Lords a construit une doctrine équilibrée et neutre au service de la justice – on pourrait dire du principe de proximité – et non de l'une ou l'autre partie. Ce faisant les intérêts du défendeur ont été progressivement incorporés dans la complexe équation présidant à la détermination de la compétence du juge.<sup>1973</sup>

Si l'abstention est entrée dans les moeurs, les relations entre le *forum non conveniens* et les procédures concurrentes sont pour le moins ambiguës : alors que le 'stay' était à l'origine quasi exclusivement invoqué en présence d'une procédure concurrente, il n'a eu cesse de s'en extraire pour acquérir une portée plus générale. Déjà au siècle dernier, la condition du caractère vexatoire ou oppressif ne faisait pas spécifiquement référence aux conflits de procédures, mais était susceptible d'application dans d'autres contextes. Si ces conflits constituaient le terrain d'élection du stay, c'est sans doute, comme le note Mlle. Chalas, que la condition du caractère vexatoire et oppressif était davantage susceptible de se réaliser en présence de deux procédures initiées par la même personne.<sup>1974</sup>

L'autonomie du pouvoir discrétionnaire va s'agrandir davantage encore avec la libéralisation des années 1970 et la montée en force du concept du 'for naturel'. Ce concept passe-partout est en effet susceptible d'être invoqué dans une multitude de contextes. Rattacher à ce concept charnière l'exercice par le juge de son pouvoir d'appréciation, c'était ouvrir la porte à l'expansion du pouvoir dans d'autres contextes – comme le prouve d'ailleurs la remarquable fusion entre le *forum conveniens* et le *forum non conveniens*.

Ces développements n'ont pas été sans conséquence sur le traitement des conflits de procédures. Alors que ceux-ci formaient une partie importante du contexte dans lequel s'est inscrit l'évolution du 'stay', les quatre décisions qui ont rythmé la transformation de ce mécanisme n'apportent que peu d'éclaircissements sur la position des conflits de procédure. L'impression générale qui se dégage de la jurisprudence est que l'existence d'un conflit de procédures constitue un simple facteur entrant en compte dans la détermination du caractère approprié des fors, et non pas une donnée décisive

<sup>1972</sup> *Infra*, n° 533. Le facteur de la multiplicité des procédures ne fut invoqué qu'incidemment, le défendeur arguant qu'il lui était impossible d'appeler son assureur en garantie devant les tribunaux anglais, et qu'il serait donc forcé de commencer une seconde procédure devant les tribunaux canadiens, v. Lord Goff, [1986] All ER 843, 861.

<sup>1973</sup> Comme le fera remarquer un juge canadien à propos de l'évolution de la jurisprudence anglaise, "The most significant development was the adoption of comity as the governing principle in place of the old rule that access to the English courts is not to be lightly denied" : 472900 *B.C Ltd v Trimfy Canada, Ltd*, (1998) 168 DLR (4th) 602, 615.

<sup>1974</sup> CH. CHALAS, 244-245, n° 262.





## Section 2 : la déférence, une solution à privilégier

435. Les enseignements du droit comparé - Les pages précédentes ont été l'occasion de tracer les grandes lignes de l'évolution des jurisprudences française et anglaise. La comparaison des parcours suivis par les tribunaux de ces deux pays s'impose.

Les différences qui séparent les deux jurisprudences sont certes importantes, plus sans doute que les points communs. Ainsi quant à la *forme* qu'a pris finalement la règle d'abstention, un monde sépare l'appréciation discrétionnaire par le juge anglais des liens rattachant le litige aux deux fors concurrents de l'approche plus mécanique qui s'est imposée en France, et ailleurs, en vertu de laquelle la priorité est donnée au juge premier saisi. Et la déférence dont témoigne le juge anglais ou français à l'égard du juge étranger n'a certainement pas les mêmes *origines* dans les deux cas. La filiation entre l'exception de litispendance et l'exception de chose jugée, et plus généralement le régime des jugements étrangers, est évidente. Il suffit pour s'en convaincre de passer en revue les arguments invoqués par les tribunaux français au 19<sup>ème</sup> siècle pour justifier le refus d'étendre le bénéfice de la litispendance aux espèces internationales. A côté des décisions qui négligeaient tout bonnement de justifier le rejet de la coordination demandée avec la procédure concurrente<sup>1975</sup> ou en appelaient à des arguments spécieux<sup>1976</sup> ou tout simplement caricaturaux,<sup>1977</sup> les tribunaux évoquaient principalement l'absence d'efficacité internationale des décisions étrangères pour refuser effet à la litispendance.<sup>1978</sup>

<sup>1975</sup> Civ. Liège, 9 juin 1983, *J.L.*, 1983, 515. V. plus récemment Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 405 ("il n'y a pas litispendance entre une action pendante devant une juridiction belge et une action pendante devant une juridiction étrangère"); Liège, 3 janvier, 1900, *Pas.*, 1900, II, 225 (idem); Civ. Bruxelles (réf.), 28 déc. 1994, *Dir. A.c.*, 1995, 76. D'autres décisions en appellent à la 'tradition'

<sup>1976</sup> Comme par exemple l'absence de *règlement des juges* au niveau international, souvent invoquée par les tribunaux pour justifier le refus de la litispendance. Dans l'ancien droit français, la situation de litispendance ne se résolvait pas par l'effacement spontané de l'un des tribunaux. En vertu des articles 363 e.s. du Code de procédure civile, un arbitrage était demandé à un tribunal supérieur, qui tranchait le conflit en désignant l'instance compétente. Les tribunaux eurent vite fait de se réfugier derrière l'impossibilité manifeste d'appliquer la procédure de règlement des juges aux litiges internationaux pour refuser de se plier devant la saisine étrangère concurrente. La Cour de Cassation a ainsi décidé en 1847 que le recours à la procédure du règlement de juges pour trancher un litige opposant un tribunal français et un tribunal suisse était impossible puisqu'il "est de l'essence d'un règlement de juges que le tribunal régulateur ait juridiction sur celle des tribunaux inférieurs entre lesquels il faut faire cesser le conflit" (Cass. Req., 27 janvier 1847, *S.*, 1847, 1, 818). Et la Cour de constater que "cette juridiction n'appartient nullement à la Cour de cassation sur les tribunaux suisses [...]". En l'espèce la demande de règlement de juges fut rejetée, ce qui laissa intact les deux procédures concurrentes. L'impossibilité pour le juge français de vider le conflit existant entre les deux tribunaux servait dès lors de prétexte pour rejeter l'exception de litispendance.

Comme le faisait déjà remarquer SACERDOTI en 1898, l'argument était bien maigre puisque lorsqu'une situation de litispendance se produit, les deux juridictions concernées sont par hypothèse compétentes (Rapport précité, *Ann. de l'Institut Dr. Int.*, vol. 15, 1896, 880-882. V. également H. BATIFFOL, *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., 1967, 777, n° 689). Il n'est donc pas question de demander à une instance supérieure de décider lequel des deux tribunaux a usurpé sa compétence. En outre, l'impossibilité d'un règlement de juges n'empêche pas le for de rester maître de sa saisine, et donc de pouvoir s'effacer devant le juge étranger lorsque ceci est jugé approprié. Le règlement des juges a subsisté en droit positif belge, mais uniquement pour la situation des conflits de décisions, v. les articles 645 à 647 du Code Judiciaire et les commentaires de C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil, II, La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, 208-215.

<sup>1977</sup> De nombreuses décisions s'appuyaient sur un *argument de texte* pour rejeter la litispendance, les dispositions internes n'évoquant pas le cas de figure de la litispendance internationale. P. ex. Bruxelles, 29 décembre 1886, *Pas.*, 1888, III, 286 (il n'y a pas de litispendance possible entre une instance portée devant un tribunal étranger et une instance portée devant un tribunal belge, la règle du Code de Procédure civile est limitée aux cours et tribunaux soumis à la souveraineté nationale); Civ. Bruxelles, 12 mars 1866, *Pas.*, 1869, II, 319. Cette justification était également invoquée par les tribunaux français, cfr. l'étude de D. HOLLEAUX, *Les Travaux corrigés français DIP*, 1971-73. Elle n'a pas entièrement disparu puisqu'on la retrouve aujourd'hui sous la plume de R. SCHÜTZE, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 177 ("§ 261 ZPO bezieht sich nach der Stellung im Gesetz allein auf inländische Verfahren") et dans la jurisprudence, p. ex. J. P. Grivegnée, 21 sept. 1989, *T. Vred.*, 1992, 113; Liège, 20 juin 1973, *J.T.*, 1974, 100; Civ. Liège, 9 juin 1983, *J.L.*, 1983, 515.

<sup>1978</sup> Même si au fil du temps l'argument a perdu de sa justesse, les tribunaux n'ont en effet eu cesse d'invoquer le défaut d'effet des jugements étrangers dans le for pour refuser un quelconque effet à l'existence d'une procédure

Et comme on l'a déjà rappelé, cette exception ne s'est imposée qu'après la chute de la révision au fond, remise par la Cour de cassation dans l'arrêt *Munzer*<sup>1979</sup> aux oubliettes du droit international privé.<sup>1980</sup>

A l'inverse, la jurisprudence anglaise n'a jamais ou rarement invoqué le sort en Angleterre des décisions étrangères pour justifier les contours pris par le 'stay'. S'il est un facteur qui explique l'évolution dramatique qu'a connu cette règle, ce n'est pas le sort des décisions étrangères, mais bien l'évolution des règles de compétence. Le *forum non conveniens* est né sur les ruines du territorialisme strict, abandonné par les tribunaux anglais et américains. Cet abandon a ouvert des possibilités jusqu'alors inconnues aux plaideurs et fait naître dans le chef des tribunaux le souci de limiter les excès auxquels pouvaient donner lieu les règles de compétence nouvellement admises.<sup>1981</sup>

**436. Un point commun : le difficile accueil de la déférence internationale** - De nombreux éléments séparent dès lors les deux jurisprudences et, plus largement, l'exception de litispendance de celle du for plus approprié. Leur mise en parallèle a néanmoins permis de faire ressortir un point commun, crucial à nos yeux : la difficulté pour les tribunaux d'accueillir une exception qui les prive de la compétence dont ils sont par ailleurs légitimement investis. Car c'est bien de cela qu'il s'agit, tant avec la litispendance – de même que la connexité internationale – qu'avec le *forum non conveniens* : un tribunal compétent selon ses propres règles renonce à statuer au profit d'un tribunal étranger, que celui-ci soit déjà concurremment (et précédemment) saisi dans le cas de la litispendance, ou qu'il ne le soit que potentiellement dans le cas du *forum non conveniens*. La

---

étrangère simplement en cours. Les tribunaux belges notaient par exemple que puisque les parties pouvaient recommencer un procès en Belgique malgré l'existence d'un jugement étranger susceptible de reconnaissance – du moins tant que le créancier n'avait pas obtenu l'exequatur du jugement – on ne pouvait à plus forte raison les empêcher de le faire avant que le juge étranger ne se prononce. Par exemple Liège, 3 janvier, 1900, *Pas.*, 1900, II, 225; Bruxelles, 8 janvier 1877, *Pas.*, 1877, II, 179; Bruxelles, 12 avril 1866, *Pas.*, II, 1869, 318. Dans la jurisprudence française, p. ex. Paris, 15 juin 1883, *J.D.I.* 1884, 65. Dans la jurisprudence néerlandaise, ArrondRb. Arnhem, 12 mai 1890, *W.vbR.*, n° 5930 (le tribunal évoque l'article 431 du CPC en soulignant que "dit artikel duidelijk de bedoeling der wetgevers uitdrukt, om buiten de uitgezonderde gevallen (waarvan hier een sprake is) vreemde gedingen te beschouwen als niet bestaande") et ArrondRb. Almelo, 26 juin 1907, *W.vbR.*, n° 8607 ("bij den tegenwoordigen stand van het internationaal recht tusschen Nederland en Frankrijk, het gezag van een vonnis met een enkele uitzondering is beperkt tot het land van den rechter die het gewezen heeft, en daarbuiten alle rechtskracht mist; waaruit volgt, dat niets de Nederlander verhindert [...] zijn zaak nogmaals voor den Nederlandschen rechter aanhangig te maken"). Cet argument était à l'époque également invoqué par les tribunaux québécois, qui s'appuyaient sur la possibilité de réviser les jugements étrangers, prévue par l'article 178 du Code de procédure civile, v. E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 322, n° 136. Sur le lien entre effet extra-territorial du jugement et litispendance, v. *infra*, n° 705.

<sup>1979</sup> Arrêt *Munzer* précité.

<sup>1980</sup> Ce que la jurisprudence belge n'a toujours pas fait. Peut-on en tirer argument pour expliquer pourquoi ces juridictions s'obstinent encore à refuser la litispendance comme on l'a vu (*supra*, n° 400) ? Ce serait oublier que les tribunaux belges ont depuis longtemps abandonné toute prétention à une révision des décisions étrangères dans les matières d'état (Cass., 29 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, 735 et surtout Cass., 23 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 547), ce qui ne les empêche pas de s'agripper au refus de la litispendance dans ces mêmes matières. L'argument de la révision au fond n'est certes pas dénué de pertinence, mais il met d'autant plus en valeur l'absurdité du refus de la litispendance dans les matières d'état, alors que c'est justement dans ces matières que l'on devrait le plus redouter les procédures concurrentes, le contentieux commercial étant pour sa part protégé de ce fléau par l'article 21 de la Convention de Bruxelles.

<sup>1981</sup> De nombreux commentateurs ont fait le lien entre l'évolution des règles de compétence et la naissance du *forum non conveniens*. V. par exemple A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1962, 122-123 ainsi que P. HERZOG, "La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain : un aperçu", *R.C.D.I.P.*, 1976, (1), 8-10.

doctrine française évoque très justement dans ce contexte le fait que la justice du for 'renonce à se réaliser'.<sup>1982</sup>

Cette difficulté saute aux yeux quand on mesure l'ampleur des obstacles qu'ont dû franchir la litispendance et le *forum non conveniens* avant d'être pleinement acceptés. Il a fallu plus de 100 ans aux tribunaux anglais et français pour accepter définitivement qu'un plaideur puisse les priver de leur compétence en invoquant la saisine (potentielle ou déjà réalisée) d'un tribunal étranger. Les esprits ne se sont fait que très progressivement à cette idée, écartée au 19<sup>ème</sup> siècle au nom d'une territorialité de la justice qui cachait mal un sentiment de supériorité de la justice nationale. Et l'on pourrait ajouter qu'il n'y a pas encore de consensus général sur la question. Le *forum non conveniens* est certes accepté dans tous les pays de *common law*, mais sous des formes diverses qui révèlent parfois un souvenir de la réticence passée.<sup>1983</sup> Quant à la litispendance, elle n'a pas conquis tous les cœurs, loin s'en faut. Dans certains pays, le législateur a même interdit aux tribunaux d'y avoir recours (*supra*, n° 401). Et lorsque le principe en est accepté, comme en France, les tribunaux s'ingénient trop souvent à en restreindre la portée par une interprétation restrictive à bien des égards (*supra*, n° 402).

On le voit, l'abstention n'est pas sans provoquer une certaine résistance dans le chef des tribunaux. Qu'une telle renonciation ne s'impose que difficilement, s'explique aisément. Il a fallu pour surmonter cette résistance contourner l'obstacle, et ici aussi on peut tracer un parallèle entre l'évolution des jurisprudences française et anglaise.

**437. Les stratagèmes de la jurisprudence : la sanction de la procédure abusive comme substitut de la déférence** – Il nous semble en effet qu'au delà des réticences communes aux jurisprudences française et anglaise, il est un autre point commun que l'histoire a révélé : l'accueil de la déférence n'a pu se faire que par une *voie détournée*, qui a permis de contourner l'obstacle que représentait la subordination directe du for à la procédure étrangère. Tant en France qu'en Angleterre, la déférence a d'abord pris une forme limitée qui ne visait qu'une catégorie particulière de procédures concurrentes.

Dans la jurisprudence anglaise, cette catégorie était délimitée au moyen du critère de la procédure 'abusive et vexatoire'. Seule une procédure de cette nature justifiait l'intervention du tribunal et la sanction infligée au demandeur. Dans la jurisprudence française, les tribunaux se sont tout naturellement laissés conduire par la nature particulière des règles de compétence en vigueur à l'époque pour en déduire une exception d'incompétence tirée de la renonciation à un privilège de juridiction. S'il n'était pas directement question d'abus, les seules et rares procédures concurrentes visées par les tribunaux français étaient bien celles dans lesquelles la saisine du juge français confinait à l'abus dans le chef du demandeur, qui avait déjà fait appel à la justice étrangère.

Il nous semble dès lors possible de poursuivre le parallèle entre les deux jurisprudences : dans les deux cas, le refus des tribunaux de statuer sur une demande pour laquelle ils étaient compétents, n'était pas *directement* justifié par la saisine du tribunal étranger, ce qui aurait constitué un aveu de l'effet reconnu au fait judiciaire étranger. L'intervention du tribunal s'expliquait plutôt par le souci, directement exprimé en Angleterre, simplement évoqué en France, de sanctionner un comportement jugé *abusif*. Le contournement du

<sup>1982</sup> Expression invoquée aussi bien dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers que celui de la concurrence de procédures, deux hypothèses de reconnaissance du fait judiciaire étranger.

<sup>1983</sup> Comme c'est par exemple le cas en droit australien, cfr. *infra*, n° 561.

dogme de la territorialité de l'abstention constituait sans doute un passage obligé, une première étape avant la pleine reconnaissance de la déférence. C'est d'ailleurs également par le biais du détour de l'abus de droit que la litispendance a fait sa première apparition aux Pays-Bas, avant d'être pleinement reconnue par les tribunaux.<sup>1984 1985</sup>

On reconnaîtra ici un de ces stratagèmes dont le droit international privé est familier, qui voit un résultat donné être obtenu de façon indirecte, en contournant un dogme encore trop puissant.<sup>1986</sup> L'abus de droit a fourni une première ouverture, combien limitée,<sup>1987</sup> à la déférence internationale. On peut comprendre que les tribunaux se soient dans un premier temps laissé convaincre par la notion séduisant de procédure abusive pour donner suite à une demande de coordination sans paraître s'incliner devant le fait

<sup>1984</sup> Les tribunaux néerlandais ont en effet également eu recours au détour de l'abus de droit pour condamner la multiplication de procédures, sans s'incliner ouvertement devant la saisine du juge étranger. Ce stratagème était déjà apparent dans des décisions plus anciennes (p. ex. Amsterdam, 30 novembre 1967, *N.J.*, 1969, n° 229 - la Cour était confrontée à une demande répliquant à une procédure déjà pendante en Allemagne. Elle fit droit à l'exception de litispendance en vertu de l'article 18-1 de la convention néerlandais-allemande. Les juges firent remarquer obiter dictum que même si cette convention n'était pas applicable, le résultat n'aurait pas été différent. Selon eux en effet, le demandeur "n'était pas libre de saisir les juges néerlandais d'une demande qui concerne le même litige [...] que celui déjà soumis au juge allemand". Et la Cour de fonder cette décision sur "la bonne foi et l'équité, ainsi que le bon ordre des relations juridiques internationales" (p. 566). L'abus de droit a ensuite fait son apparition dans une décision du Hoge Raad de 1989, qui annonçait l'accueil à venir de la litispendance (H.R. 22 décembre 1989, *N.J.*, 1989, n° 689, p. 2780).

En l'espèce le fisc néerlandais avait fait procéder à une saisie-arrêt entre les mains d'une banque, en raison de certaines dettes fiscales d'un client de la banque. Celle-ci donna cependant ultérieurement suite à un ordre de virement du client portant sur les avoirs saisis par le fisc. Après avoir dédommagé l'administration fiscale, la banque se retourna contre le client, d'abord en Suisse et ensuite devant les tribunaux néerlandais. Devant le Hoge Raad, le demandeur reprochait aux tribunaux néerlandais de ne pas s'être dessaisi au profit des tribunaux suisses premiers saisis. Tout en refusant d'accueillir une véritable exception de litispendance, le ministère public fit remarquer qu'il était raisonnable de limiter le droit d'ester des justiciables en cas d'abus. Il suggéra que "l'introduction d'une action devant le juge néerlandais alors qu'un juge étranger est déjà saisi, peut être *excatoire* pour le défendeur, ou constituer un abus de procédure ou encore violer l'ordre public procédural". Même si la Haute Cour ne s'est pas prononcé en l'espèce sur cette suggestion, elle constitue un aveu éclatant que le droit néerlandais ne saurait, malgré l'absence d'exception de litispendance, rester indifférent à l'existence d'un abus. *Cors.* également J.-P. VERHEUL et M. W. C. FETERIS, *Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht. II, Overige verdragen en convenue ipr*, Apeldoorn/Anvers, Maklu, 1986, 254, n° 42.2, pour qui l'exception de litispendance est fondée sur "het leerstuk van misbruik van recht als Generalklausel". *Comp.* Amsterdam, 29 sept. 1982, *N.I.P.R.*, 1984, 68, n° 67 (Cour rejette l'accusation de "misbruik van procesrecht" invoquée par le défendeur à l'encontre d'une procédure de divorce intentée par son épouse devant les tribunaux néerlandais alors qu'il avait lui-même formulé une demande similaire devant les tribunaux yougoslaves).

<sup>1985</sup> Le droit suisse a aussi emprunté un détour pour s'opposer aux procédures concurrentes. En l'occurrence, le stratagème a été utilisé pour contrer le renouvellement d'une procédure de divorce déjà engagée à l'étranger, le juge suisse considérant que l'ouverture d'une action en divorce devant un juge étranger compétent créait un for unique et exclusif qui privait le juge suisse de sa compétence (v. TF, 28 juillet 1958, ATF, 84 III 469 : en l'espèce, l'époux s'opposait à la saisine du juge suisse en invoquant à l'appui d'une exception d'incompétence l'existence d'une action engagée antérieurement par ses soins en Belgique. Le tribunal fédéral reconnut que l'ouverture d'une action devant un juge étranger pouvait avoir comme effet de créer un for exclusif. L'exception d'incompétence fut toutefois in casu rejetée, le tribunal constatant que le juge suisse avait été premier saisi). Sur cette espèce, v. J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 212-213.

<sup>1986</sup> Comme le constate Mme. *Muir Watt* (H. MUIR WATT, "Quelques remarques sur les effets en France des jugements indépendamment de l'exequatur", in *Mélanges Dominique Holleux*, Paris, Litec, 1990, 301), pour le régime des jugements étrangers. On se souviendra de l'arrêt du manteau de fourrure déjà cité (H.R., 14 novembre 1924, *N.J.*, 1925, 91, *supra*, n° 384). On notera également que le droit anglais a lui aussi recours à l'abus de droit pour justifier certains effets accordés aux jugements étrangers, la règle est connue sous le nom de *Henderson v Henderson*, du nom de l'affaire dans laquelle elle a été posée ((1843) 3 Hare 100, 67 ER 313). V. les explications de P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments. The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 183-244.

<sup>1987</sup> Une fois encore le parallèle entre les deux jurisprudences est éclairant : si de part et d'autre de la Manche on acceptait, du bout des lèvres, de refuser d'exercer une compétence en invitant les parties à mieux se pouvoir devant le juge étranger, l'examen a montré que ce principe était soumis à des conditions pour le moins strictes, qui rendait en pratique illusoire ou du moins exceptionnelle la sanction du demandeur.

judiciaire étranger. Il était en effet difficile de rester indifférent face à un abus manifeste de procédure, même s'il n'apparaissait que si on prenait en compte ce qui se passait au delà des frontières. On examinera plus loin pourquoi il nous semble que cette première acceptation de la déférence, limitée à l'abus, est par trop limitée que pour être pleinement acceptée (*infra*, n° 506).

**438. Préférence pour la coordination par la déférence** – L'évolution d'une conception étroite de la déférence, fondée sur l'abus ou un concept équivalent, vers une acceptation plus large, doit être approuvée. Il nous semble en effet que la coordination par la déférence constitue le véhicule idéal pour atteindre l'objectif de *coordination* des procédures concurrentes que nous nous sommes fixés.

Ce n'est pas seulement que les autres solutions déjà évoquées se sont révélées insatisfaisantes. On a vu qu'il n'était pas possible de plaider pour une généralisation de l'injonction *artisuit*, ni de l'exception de chose jugée (*supra*). Si la première peut être d'une efficacité redoutable, elle se prête mal par son unilatéralité et son caractère offensif, à une utilisation généralisée – rendue d'ailleurs illusoire par l'inexistence d'un mécanisme équivalent dans les pays de tradition romano germanique. La seconde constitue la négation même du postulat qui fonde cette étude, à savoir le souci d'éviter autant que faire se peut la multiplication des procédures.

Quelle que soit la forme qu'elle prend, l'abstention nous paraît au contraire répondre au double impératif d'harmonie des solutions et d'économie de procédure : la priorité accordée par un tribunal à un autre permet d'éviter un éventuel conflit de décisions, garantissant ainsi la *stabilité* des relations juridiques, les droits et obligations des parties ne variant pas selon qu'un Etat choisisse de privilégier l'un ou l'autre jugement, ainsi que l'*efficacité* des décisions judiciaires qui ne se voient pas remises en question par l'existence d'un jugement contradictoire et la *crédibilité* de la justice nationale, que l'existence d'un jugement étranger contradictoire met en péril. Elle contribue également à endiguer le gaspillage de ressources qu'entraînerait la poursuite simultanée de procédures concurrentes – il n'est pas besoin de rappeler l'économie substantielle, tant pour les parties que pour les Etats en cause, que peut représenter la disparition d'un des deux champs de bataille.

**439. Préférence pour la coordination par la déférence (suite)** – Au-delà des avantages évidents de la coordination en termes d'économie de procédure et d'harmonie internationale, il est un autre mérite de la déférence que l'évolution historique a mis en lumière. Il s'agit de la sauvegarde de l'*équilibre entre parties*, demandeur et défendeur. L'aperçu historique a en effet montré que les jurisprudences française et anglaise du 19<sup>ème</sup> siècle étaient toutes imprégnées du respect dû au choix du for du demandeur. La validité de ce choix était érigée en véritable *présomption*, que le défendeur ne pouvait que difficilement renverser. La faculté de s'adresser aux tribunaux anglais ou français constituait non seulement un droit, mais également un privilège dont un plaideur ne pouvait être frustré à la légère.

Le moindre mérite des tribunaux n'a pas été de remettre en cause cette conception qui n'était pas dénuée d'un certain nationalisme – proclamé en France par le recours à la nationalité comme chef de compétence, plus discret mais néanmoins présent en Angleterre. Partant, la coordination par la déférence a permis de rétablir l'équilibre entre parties. Dans le contentieux international, c'est en principe le demandeur qui a la haute main sur le déroulement du litige. Il lui appartient en tant que *dominus litis* de choisir non

seulement le moment où la justice est saisie, mais également devant quel tribunal il affrontera son adversaire. Avec l'abstention, le défendeur obtient lui aussi son mot à dire. Il peut s'opposer à une procédure qui n'est que la simple réplique d'une instance déjà pendante. En ce sens, l'abstention vient mettre un frein à la domination exercée par le demandeur sur le litige et rétablir ainsi l'équilibre entre les deux parties.

**440. Difficultés de la coordination par la déférence - obstacle psychologique-** La préférence exprimée pour la coordination par la déférence ne doit pas cacher que cette solution ne vient pas 'naturellement' aux tribunaux. Les hésitations, qui sautent aux yeux quand on voit au prix de quels louvoiements la déférence s'est imposée, tiennent à la *nature* même de la démarche : lorsqu'il donne suite à une exception d'abstention, le tribunal laisse soin à un juge *étranger* de trancher le litige et non pas à un collègue appartenant au même ordre juridique et dont la fiabilité peut être présumée. L'issue du litige peut s'en trouver grandement influencée. On comprend la réticence des tribunaux devant ce mécanisme d'autolimitation qui les amènent à renoncer à une compétence dont ils sont investis.<sup>1988</sup>

Comme le faisait observer M. *Holleaux*, "c'est une chose, pour le juge d'Angers, de se dessaisir parce que le litige ou une affaire connexe est déjà pendante devant le juge de Draguignan ; c'est tout autre chose si le juge de Damas est saisi..."<sup>1989</sup> D'aucuns n'ont pas hésité à parler à cet égard d'un véritable obstacle *psychologique* à l'abstention.<sup>1990</sup> La terminologie utilisée dans certaines décisions est révélatrice de cet obstacle, un tribunal américain par exemple n'a pas hésité à qualifier l'abstention de "*surrender of jurisdiction*", expression qui traduit bien l'idée d'abandon et même de défaite qu'entraînerait l'abstention.<sup>1991</sup>

**441. Difficultés de la coordination par la déférence (suite) - la question de la confiance et de l'équivalence entre justices nationales -** Les difficultés 'psychologiques' des tribunaux s'expliquent en réalité par la question de la confiance. Car l'abstention ne se conçoit que s'il existe un minimum de *confiance* entre les ordres juridiques concernés. Un tribunal ne renoncera à statuer au profit d'un autre que s'il est convaincu de la qualité et de la valeur du travail de ce dernier. On comprend aisément qu'elle ait connu plus de succès dans le droit conventionnel qu'en droit commun, le premier contribuant à instaurer un climat de confiance entre tribunaux qui n'est pas nécessairement présent lorsque l'abstention procède de la volonté unilatérale d'un

<sup>1988</sup> Constatant qu'avec la litispendance on demande à un juge de ne pas juger, M. *Droz* écrivait qu'"[o]n conçoit donc que l'exception de litispendance ne soit pas accueillie avec une très grande faveur en droit positif comparé" ("*Regards sur le droit international privé comparé*", *Recueil des cours*, 1991-IV, t. 229, 63).

<sup>1989</sup> D. HOLLEAUX, J. FOYER et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987, 368, n° 768.

<sup>1990</sup> P. ex. H. GAUDEMET-TALLON, "France", in *Dedining Jurisdiction*, 181-182 (qui décèle une véritable "psychological resistance toward the notion of yielding to a foreign court"). V. également B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 298-299 (parle dans ce contexte d'obstacle "d'ordre psychologique" : "il est sensiblement plus difficile à un juge de s'en remettre à une procédure étrangère en cours que de reconnaître un jugement déjà rendu; cela implique un 'saut vers l'inconnu' que l'on n'aime pas toujours risquer").

<sup>1991</sup> *Randy Scheiner et al. v. Derek Wallace et al.*, 832 F. Supp. 687, 693 (SDNY 1993). Certaines décisions anciennes utilisaient une expression non moins frappante pour rejeter l'exception de litispendance, en expliquant que "le tribunal français ne saurait être tenu en échec par une demande introduite devant un tribunal étranger" (p. ex. Trib. Civ. Dreux, 20 juin 1877, *J.D.I.*, 1881, 256 (motifs), nous soulignons). M. *Pillet* parlait lui d' "[...] abdication du système français [...] devant celui du pays étranger" (A. PILLET, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1924, n° 567). M. *Baumgartner* évoque la même résistance psychologique à l'égard du déclinatoire de connexité internationale : "It may be that some civil law courts still entertain the notion that they are then 'surrendering jurisdiction'" (*l.c.*, *ZPP Int.*, 1998, 209).

Etat.<sup>1992</sup> Or force est de constater qu'en dehors du cadre conventionnel, cette relation de confiance ne va pas de soi dans le contentieux international privé – comme le prouve d'ailleurs l'existence même du mécanisme de l'injonction *anti-suit*, qui témoigne de l'absence de confiance dans le chef du for de l'injonction puisque celui-ci refuse d'envisager la possibilité que l'autre for prenne une décision.<sup>1993</sup> Même si les tribunaux anglais et américains s'efforcent de souligner qu'ils n'entendent pas passer jugement sur la justice étrangère, le recours à l'injonction traduit bien un manque de confiance à l'égard du for concurrent. On ne peut que constater que la confiance n'est pas une donnée intangible du contentieux international privé.<sup>1994</sup>

Le manque de confiance se fonde en réalité sur une donnée bien concrète, à savoir les différences encore fondamentales séparant les justices nationales. Comme l'expliquait M. Batiffol, l'abstention procède du « saut dans l'inconnu ». Or, poursuivait-il, « [l]a diversité des systèmes juridiques et des organisations judiciaires est trop grande pour que l'on puisse renvoyer à l'aveuglette les plaideurs à se contenter d'une procédure dont on ne sait selon quels errements elle est conduite ».<sup>1995</sup>

Il est vrai que l'abstention internationale constitue une renonciation librement acceptée à la prérogative du for de dire le droit pour un litige donné. En s'abstenant, le juge s'efface et confie la résolution du litige à un juge étranger. Or cette décision est d'autant plus difficile que la justice étrangère ne sera pas, par hypothèse, la copie exacte de celle du for – les différences se faisant sentir non seulement quant aux règles de droit mais également en ce qui concerne le 'climat' judiciaire.

**442. Difficultés de la coordination par la déférence (suite et fin) – l'argument spécieux de la souveraineté** – Pour masquer le manque de confiance, les tribunaux se réfugiaient derrière la "territorialité des lois sur la compétence"<sup>1996</sup> ou encore derrière le maigre voile de la souveraineté, en expliquant que l'on ne saurait tolérer que la compétence des tribunaux du for dépendent de la saisine d'un juge étranger.<sup>1997</sup> Ainsi le

<sup>1992</sup> A une époque où les jurisprudences française et belge étaient encore hostiles à l'exception de litispendance internationale, celle-ci fut consacrée par l'article 4, § 1 de la Convention franco-belge de 1899.

<sup>1993</sup> C'est ce qu'a très bien remarqué une Cour d'Appel américaine dans l'affaire *Gau Shan (Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co., 956 F. 2d 1349 (6th Cir. 1992))*. La Cour observa que "Antisuit injunctions [...] deny foreign courts the right to exercise their proper jurisdiction. Such action conveys the message, intended or not, that the issuing court had so little confidence in the foreign court's ability to adjudicate a given dispute fairly and efficiently that it is unwilling even to allow the possibility" (nous soulignons). En l'espèce la Cour refusa l'injonction sollicitée à l'encontre d'une future procédure à Hong Kong.

<sup>1994</sup> Même dans le cadre des négociations actuelles à la Conférence de La Haye, il semble qu'il subsiste une certaine méfiance entre futurs Etats contractants, comme en témoigne le fait que certains n'ont pas renoncé à imposer une 'bilatéralisation' de la future Convention, qui nécessiterait la conclusion d'accords bilatéraux entre Etats pour mettre en œuvre la Convention, *cons.* l'article 42 du projet de Convention. V. également les commentaires de l'*American Law Institute* sur le projet de Convention, qui note que "By and large, the State parties to the sponsoring organization for the proposed judgments convention, the Hague Conference for Private International Law, have acceptable systems of courts" (AMERICAN LAW INSTITUTE, *International Jurisdiction and Judgments Project*, Report April 14, 2000, Philadelphia, American Law Institute, 2000, 8), mais que les tribunaux de certains pays "are corruptible, or favor their own nationals or are hostile to multinational enterprises" (sic).

<sup>1995</sup> Note sous Cass., 5 mai 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, (101), 102. M. Batiffol tirait argument de ce saut dans l'inconnu pour plaider pour donner au juge de l'exception de litispendance un certain pouvoir d'appréciation.

<sup>1996</sup> A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Paris, Sirey, 1913, 279-280 (qui concevait cependant une exception au refus de la litispendance, pour permettre à une juridiction de surseoir à statuer "lorsqu'un procès engagé à l'étranger promet à un juge certains éclaircissements dont il a besoin pour décider le cas porté devant lui", p. 280).

<sup>1997</sup> Cet argument connaît de nombreuses variantes. WEISS évoquait par exemple le caractère d'*ordre public* des lois de compétence pour rejeter la litispendance internationale, opinion rapportée par SACERDOTI, rapport précité pour l'Institut de Droit International, *Ann. Institut Dr. Int.*, p. 879. M. Gutteridge voyait encore en 1933 dans l'accueil



tribunal de commerce de Lyon a-t-il, pour rejeter en 1908 l'exception de litispendance invoquée au profit d'une instance soumise au tribunal de Manheim, évoqué l'argument selon lequel "la souveraineté judiciaire de chaque Etat est entière et que, par conséquent, les décisions intervenues ou à intervenir dans l'un ne peuvent faire échec à celles intervenues dans l'autre [...]"<sup>1998</sup>.

Le concept de souveraineté n'est naturellement d'aucun secours pour repousser la déférence internationale. Lorsqu'un tribunal cède la priorité à une procédure étrangère, c'est précisément parce que l'ordre juridique auquel il appartient a *librement* décidé qu'il convenait d'établir une certaine coordination entre procédures concurrentes. L'exception d'abstention est dès lors plutôt une manifestation qu'une atteinte à la souveraineté du for.<sup>1999</sup>

**443. Distinction entre recevabilité et accueil de l'abstention** – On écartera facilement la référence en forme de pétition de principe à la souveraineté. S'il ne faut pas négliger les autres arguments, et en particulier celui déduit de la nécessaire confiance entre tribunaux, il ne faut pas non plus se méprendre sur leur portée. Tirer argument des difficultés, pratiques ou psychologiques, de la déférence internationale pour en rejeter le principe même nous semble en effet constituer une *dérision du raisonnement*. Car une distinction s'impose entre la *recevabilité* de principe de l'exception et les conditions concrètes de son *accueil*.<sup>2000</sup> Accepter le principe de l'exception ne signifie nullement s'incliner inconditionnellement devant le juge étranger. Le for de la déférence conserve évidemment la mainmise sur les conditions auxquelles l'exception est subordonnée.

Ainsi le manque de confiance ou l'absence d'équivalence pleine entre justice nationale et justice étrangère ne sauraient à eux seuls justifier un refus catégorique de la déférence. Ces données doivent plutôt permettre d'en modaliser les conséquences et surtout l'accueil au moyen de conditions *ad hoc*. On permettra par exemple au for de la déférence d'examiner si la juridiction étrangère donne en l'espèce aux plaideurs les mêmes garanties que les

---

de l'exception de litispendance "une infraction sérieuse au principe de l'indépendance de l'Etat" : H. C. GUTTERIDGE, "Le conflit de lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles", *Recueil des cours*, 1933-II, vol. 44, 176.

<sup>1998</sup> Trib. Comm. Lyon, 5 juin 1908, *J.D.I.*, 1909, (463), 465. V. aussi Trib. Civ. Versailles, 21 avril 1886, *J.D.I.*, 1890, 323, 324 (le tribunal note "qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter au moyen tiré de la prétendue litispendance, qui ne saurait résulter de l'instance simultanée de procès portés devant les tribunaux appartenant à deux souverainetés indépendantes"). Selon M. Goldstein et Mme. Groffier (ac, 1998, 322, n° 136), les tribunaux québécois évoquaient également le dogme, pas toujours très clairement formulé, de « l'indépendance et de la souveraineté des ordres juridictionnels sur le plan international ».

<sup>1999</sup> C'est ce qu'observait déjà V. YSEUX, "La litispendance dans les relations internationales", *J.D.I.*, 1892, (862), 868-869. M. von Bar s'élevait également au siècle passé contre l'utilisation abusive de l'argument de souveraineté pour rejeter la litispendance. Il écrivait ainsi que "[...] hat dit Nichtanerkennung der Litispandez auch mit der Wahrung des Souveränitätsrechts des Staates nicht das Mindeste zu schaffen; dies letztere ist hier nichts als eine absolut unklare Phrase" (*Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, II, 1889, réimpression 1966, Aalen, Scientia-Verlag, 548).

Plus près de nous M. Schneider fera observer que : "Quel que soit le sentiment que l'on éprouve à l'égard de l'idée de souveraineté, l'argument tombe à faux : c'est exclusivement en vertu du droit suisse – non en vertu d'un ordre étranger – que le juge suisse détermine si, et dans quelle mesure, il va tenir compte d'une procédure étrangère" (B. SCHNEIDER, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 305). V. à propos de la souveraineté également l'observation de M. David, selon qui "La souveraineté n'est qu'un piège, si elle ne peut être utilisée pour créer un ordre international fondé sur la justice et le droit international", R. DAVID, « Juridictions arbitrales ou juridictions étatiques ? », in *Arbitrage commercial. Essais in Memoriam Eugenio Minoli*, Turin, Unione Tipografico Editrice, 1974, (109), 120.

<sup>2000</sup> M. Holleaux avait déjà attiré l'attention sur la distinction entre la recevabilité de l'exception et les conditions posées à son accueil, sa démonstration concernait en particulier l'exception de litispendance (*l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 205-209).

tribunaux locaux. Partant, il n'est plus nécessaire d'interdire de manière générale toute mesure de coordination, l'action du for de la déférence se reportera au contraire sur les conditions concrètes de son accueil.

La distinction entre le principe de l'exception et les conditions concrètes de son accueil, permet d'apercevoir le véritable enjeu du débat. A l'instar des autres manifestations du fait judiciaire étranger, la première question à résoudre est en effet une interrogation sur le *principe* même de la déférence. Ce n'est qu'une fois ce principe accepté, qu'il faut se pencher sur les modalités et les conditions de l'accueil de l'exception de déférence. Ces conditions feront l'objet du chapitre suivant. Avant de les examiner, il convient de s'attarder sur certains des arguments évoqués à l'encontre du principe de la déférence. On va voir en effet qu'au delà de la distinction entre principe et condition, qui justifie déjà à elle seule l'accueil de la déférence, ces arguments doivent être largement nuancés.

**444. L'accueil du principe de la déférence, une question de confiance** – La déférence internationale ne se conçoit pas sans une certaine confiance entre tribunaux. Or c'est bien souvent là que le bât blesse. A la lumière de certains commentaires, on aurait presque envie d'écrire 'justice étrangère, justice suspecte'. Comme le rappelle en effet *M. Schneider*, "on est facilement réticent à l'égard de la justice étrangère, et convaincu de la supériorité de sa propre justice".<sup>2001</sup> Les malentendus sur le travail et la qualité des juridictions étrangères sont encore nombreux.<sup>2002</sup> Il suffit de penser aux clichés fort répandus sur la justice américaine, que Lord Denning comparait il n'y a pas si longtemps à une "lanterne attirant les mites".<sup>2003</sup>

Certains commentaires des juridictions les plus autorisées démontrent une incompréhension, sinon un mépris pour la manière dont fonctionnent les tribunaux d'autres pays. Dans un litige opposant une entreprise française à son assureur américain à propos d'un sinistre dont était également saisi un tribunal de commerce français, la Cour d'Appel du 7<sup>ème</sup> Circuit s'est ainsi livrée à une critique en règle de la justice française.<sup>2004</sup> En l'espèce un incendie avait détruit un dépôt d'ordinateurs situé en France, qui appartenait à un équipementier informatique français. L'assureur américain refusa d'indemniser ce dernier, en alléguant la responsabilité de l'assuré dans l'incendie. Les deux parties saisirent leurs juges nationaux, l'un réclamant une déclaration l'exonérant de toute obligation d'indemnisation, l'autre invoquant le jeu de la police d'assurance. Après quelques péripéties procédurales, l'assureur obtint une injonction *anti-suit* visant à mettre fin à la procédure française. Pour justifier cette intervention la Cour d'Appel, par la

<sup>2001</sup> B. SCHNEIDER, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 296.

<sup>2002</sup> On trouve dans la littérature de nombreux commentaires désobligeants sur la justice étrangère. D'aucuns ont même été jusqu'à comparer certains systèmes judiciaires étrangers à une vente aux enchères, le jugement allant au plus offrant (W. W. PARK, "When and Why Arbitration Matters", in *The Commercial Way to Justice. The 1996 International Conference of the Chartered Institute of Arbitrators*, G.M. BERESFORD HARTWELL (éd.), Kluwer Law International, 1997, (73-99), 75). V. également G. B. BORN, "Planning for International Dispute Resolution", *J. Int'l Arbitration*, vol. 17, 61, 67 (l'auteur note que "[m]any national courts are distressingly inappropriate choices for resolving international commercial disputes"); W. NEWMAN, "A Practical Assessment of Arbitral Dispute Resolution", in *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant*, T. E. CARBONNEAU (ed.), Juris-Publishing/Kluwer Law International, 1998, (1-9), 1 ("The ability of judicial institutions to function and to supply effective remedies for commercial and other disputes is being challenged on a worldwide basis").

<sup>2003</sup> *Smith Kline & French Laboratories Ltd. v Bloch* [1983] 1 W.L.R. 730, 733-734 (C.A.). Lord Denning expliquait que "As a moth is drawn to the light, so is a litigant to the United States. If he can only get his case into their courts, he stands to win a fortune. At no cost to himself and at no risk of having to pay anything to the other side. The lawyers there will conduct the case 'on spec' as we say, or on a 'contingency fee' as they say. The lawyers will charge the litigant nothing for their service but instead will take 40 percent of the damages if they win the case in court, or out on a settlement".

<sup>2004</sup> *Allendale Mutual Ins. v Bull Data Systems*, 10 F.3d 425 (7<sup>th</sup> Cir. 1993).

plume du juge Posner, dénonça l'incapacité du tribunal français, le tribunal de commerce de Lille, de mener à bien une affaire d'une telle complexité.

Selon la Cour, les caractéristiques institutionnelles mêmes du tribunal de commerce le rendaient impropre à rendre justice en l'espèce. Ceci était dû en particulier au fait que la juridiction française s'appuyait sur des juges consulaires, par hypothèse non-professionnels, que le juge américain compara à des 'arbitres' qui ne se consacraient qu'occasionnellement aux tâches judiciaires. En outre ces juges ne pouvaient compter sur l'aide de greffiers, référendaires ou autres 'law clerks' pour éplucher le volumineux dossier.<sup>2005</sup> La Cour d'Appel pointa également du doigt le peu d'importance que les témoins jouaient dans la procédure française et l'absence de procédure de 'discovery'. Elle en conclut qu'il n'était pas possible de laisser le soin à un tribunal ainsi composé de statuer dans ces circonstances sur un litige d'une telle ampleur, tout en se défendant de condamner le droit français de la procédure dans son ensemble. Cette dernière réserve ne doit pas cacher la profonde incompréhension de la justice française et les préjugés que traduit la décision de la Cour d'Appel. N'y aurait-il donc de justice que lorsque les plaideurs peuvent faire appel à l'appareil judiciaire américain ?<sup>2006</sup> Malheureusement force est de constater que ces préjugés sont plus répandus qu'on ne pourrait le croire.<sup>2007</sup>

**445. Le manque de confiance, une donnée imputable à la méconnaissance et à certains mythes** - Il est permis de penser que de telles caricatures de la justice étrangère n'ont plus leur place dans les relations internationales actuelles. Elles rappellent la méfiance dont faisaient preuve certaines juridictions jusqu'à une époque récente à l'égard de la justice arbitrale et dont elles se sont heureusement débarrassées.<sup>2008</sup> Sans tomber dans le travers d'un angélisme naïf, on peut espérer qu'il en sera de même entre pouvoirs judiciaires, le chauvinisme cédant la place à des relations de bon voisinage. On peut à cet égard rappeler l'exhortation d'un parlementaire belge qui, s'adressant en 1872 à la Chambre des Représentants lors de la discussion d'un projet de loi visant à réformer le Code de procédure civile, faisait observer que :

"A une époque où les communications entre les peuples civilisés deviennent chaque jour plus nombreuses et plus faciles, les intérêts du commerce, la sécurité des contrats et le développement du crédit international exigent impérieusement l'abandon des méfiances jalouses que chaque nation nourrissait jadis envers les souverains, les législateurs et les juges des nations voisines".<sup>2009</sup>

<sup>2005</sup> 10 F.3d 425, 429 (7<sup>th</sup> Cir. 1993).

<sup>2006</sup> V. également les commentaires critiques de L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 246-247.

<sup>2007</sup> En ce sens par exemple H. BAADE, *l.c.*, *Rev. Litigation*, 1981, 194-195 (l'auteur reconnaît certes que les tribunaux américains en général, et texans en particulier, se montrent très généreux envers les victimes en cas de responsabilité du fait des produits, mais nuance son propos en notant p. 201 que "It is unfortunate that so many of the leading English jurists readily assume that a Texas jury would be five times as generous as an English High Court Judge [...]"). V. également l'analyse de K. ANDERSON, "What Can the United States Learn from English Anti-Suit Injunctions? An American Perspective on Airbus Industries GIE v. Patel", *Yale J. Int'l Law*, 2000, 195-232, spéc. 216-225 (l'auteur s'attache à démontrer les erreurs que les tribunaux anglais ont fait dans leur analyse du droit américain dans l'affaire *Airbus*. Il montre par exemple que les tribunaux anglais ont sans doute accepté un peu vite que le tribunal texan appliquerait son propre droit et non le droit indien du lieu de l'accident).

<sup>2008</sup> Sur l'évolution des attitudes du judiciaire quant à la résolution des litiges par l'arbitrage, v. T. VARADY, "The Standing of Arbitration Within the Legal System", *Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law*, M. SUMAMPOUW et al. (éds.), 1995, 351 e.s. *Adde* A. T. VON MEHREN, "A General View of Contract", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1982, 52-56.

<sup>2009</sup> M. THONISSEN, Rapport précédant l'adoption de la loi du 25 mars 1876, *Documents Parlementaires*, Chambre des Représentants, Session 1872-73, pp. 302-303 (nous soulignons).

Cette observation n'a rien perdu de son actualité – si ce n'est qu'on pourrait aujourd'hui se passer de la référence aux peuples dits 'civilisés'... On a vu que de nombreuses juridictions se sont rangées à cet appel en accueillant le principe de l'abstention.<sup>2010</sup> Il subsiste toutefois certaines résistances, que ce soit sur le principe même de l'abstention ou, plus fréquemment, sur sa mise en pratique par les tribunaux. Ces hésitations témoignent d'une frilosité empruntée de chauvinisme, qui trahit une incompréhension du mécanisme même de l'abstention. Elles sont d'ailleurs souvent le fait d'un manque de connaissance des règles et du fonctionnement des tribunaux étrangers.

Il suffit pour s'en convaincre de prendre comme exemple la quasi-mythologie qui entoure certains fors, et particulièrement les tribunaux américains. On parle souvent, en évoquant à la justice américaine, de décisions rendues sans motivation aucune par des jurys constitués de citoyens sous l'influence d'avocats peu scrupuleux, jurys accordant des dommages et intérêts fabuleux. Cette véritable mythologie n'est pas sans inciter les justiciables à se presser aux portes des tribunaux américains, comme certains ont tout abandonné pour se jeter corps et âme à la recherche de l'or dans l'aventure de l'Eldorado américain. Or l'image de la justice américaine à l'étranger n'est pas sans contenir une part de mythe. Pour s'en tenir aux jurys, force est de constater que dans les affaires civiles, seuls 6% des litiges sont soumis au verdict citoyen !

La même croyance, alimentée par des récits fantastiques et dénués de toute nuance, contribue sans doute à l'image négative de certains fors – et à l'hésitation de certains juges, réticents à renvoyer les parties devant un tribunal étranger. Les obstacles apparents à la conduite d'une procédure devant un tribunal étranger sont bien souvent le fruit d'un manque d'information, sinon de l'existence de fausses informations. On en veut pour preuve les interrogations de certains juristes américains qui se demandent s'il est possible d'obtenir un procès équitable devant un tribunal du vieux continent alors que les règles de procédure ne prévoient ni 'discovery', ni interrogation des témoins par les avocats, ni 'class action suits' et encore moins de possibilité pour les avocats de participer au risque financier de la procédure.<sup>2011</sup>

Comme le constatait M. Vagts, il y a certainement une part de mythe et beaucoup de malentendus dans l'hésitation des tribunaux à 'renvoyer' des parties devant un juge étranger.<sup>2012</sup> Des études récentes ont d'ailleurs montré que les tribunaux américains ne se montraient pas, ouvertement du moins, hostiles aux plaideurs étrangers.<sup>2013</sup>

**446. Abstention et relativité de la justice nationale / jugement de valeur - Les incompréhensions sur la justice étrangère sont encore nombreuses. Elles nourrissent les**

<sup>2010</sup> On peut ajouter que les tribunaux font généralement preuve d'une grande maturité lorsqu'on leur demande de ne pas faire droit à une exception d'abstention en raison des défauts de la justice étrangère. Dans la majorité des cas, les tribunaux adoptent une très grande réserve à l'égard de tels arguments, en particulier lorsqu'il s'agit d'allégations vagues et générales sur la corruption ou autres méfaits qui affecteraient la justice étrangère : *supra* n° 775.

<sup>2011</sup> Outre les commentaires de la Cour d'Appel dans l'affaire *Bull*, v. aussi *Carl Zeiss Stiftung v V.E.B. Carl Zeiss, Jena*, 293 F. Supp. 892, 907-908 (S.D.N.Y. 1968).

<sup>2012</sup> En ce sens, D. F. VAGTS, "Dispute-Resolution Mechanisms in International Business", *Recueil des cours*, 1987-III, t. 203, (9), 38-39.

<sup>2013</sup> V. K. CLERMONT et T. EISENBERG, "Xenophilia in American Courts", *Harvard L. Rev.*, 1996, 1122 e.s. Après une analyse de près de 100,000 décisions, ces auteurs concluent que les plaideurs étrangers obtiennent plus souvent raison qu'à leur tour. V. cependant les nuances de M. Park sur ces résultats (W. W. PARK, *l.c.*, in *The Commercial Way to Justice...*, Kluwer Law International, 1997, (73), 74.).

méfiances et les chauvinismes. Il serait toutefois peu judicieux d'en tirer argument pour rejeter le principe même de la déférence. Une telle attitude emporterait condamnation globale et aveugle de la justice étrangère. Car accepter (ou refuser) l'abstention c'est bien porter un *jugement de valeur* sur la justice étrangère. En 'renvoyant' les parties devant le for étranger, le tribunal admet que celui-ci est digne de confiance, qu'il peut sans craindre s'en remettre au jugement de son collègue étranger.

Inversement, rejeter le principe même de l'abstention reflète une "suspicion de principe", selon le mot de MM. *Batiffol* et *LAGARDE*, à l'égard du juge étranger.<sup>2014</sup> L'accueil de l'exception de litispendance ou du for plus approprié n'est pas une simple décision technique. Elle emporte la reconnaissance de l'*équivalence* de la justice étrangère, un aveu que les parties et la justice sont aussi bien (et dans le cas du *forum non conveniens*, mieux) servi par le juge étranger que par le juge du for.<sup>2015</sup> Quel Etat pourrait aujourd'hui encore prétendre que ses tribunaux ne connaissent pas d'équivalents ? Peut-on raisonnablement refuser *a priori* d'accepter l'éventualité que le tribunal étranger dira le droit de façon acceptable ? Il nous semble au contraire qu'une certaine modestie doit être de mise dans ce contexte. On ne peut à ce sujet que souscrire à ce que Lord Reid disait en 1973 à propos de la justice anglaise, lorsqu'il faisait observer que

"Il fut un temps où l'on pouvait raisonnablement dire que notre système judiciaire, bien qu'onéreux et sophistiqué, était supérieur à celui de la plupart des pays. Aujourd'hui cependant nous devons [...] admettre comme principe général qu'il n'y a aucune injustice à renvoyer un demandeur devant ses propres tribunaux".<sup>2016</sup>

447. **Nécessité d'une certaine relativisation** - Tout en réservant la question de savoir à quelles *conditions* doit être soumise une éventuelle exception d'abstention, il nous semble que son *accueil de principe* ne devrait plus être contesté. Au-delà de la méfiance

<sup>2014</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, 467, n° 676 (selon ces auteurs, "[...] s'il est explicable que les tribunaux répugnent à renvoyer le demandeur devant une juridiction dont ils ne savent pas toujours comment elle juge, une suspicion de principe à l'égard de tout système étranger est difficilement justifiable dans l'état actuel des relations internationales").

V. déjà H. BATIFFOL, note sous Cass. fr., 5 mai 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, (101), 102 (le rejet de l'exception de litispendance constitue une "défiance généralisée à l'égard de tous les systèmes étrangers").

<sup>2015</sup> En ce sens p. ex. V. STARACE à propos de l'exception de litispendance introduite par le législateur italien en 1995 ("Le champ de la juridiction...", précité, *R.C.D.I.P.*, 1996, 78, n° 7) : "Recherchant une coordination entre juridiction italienne et juridictions étrangères, l'article 7 [de la loi de 1995] réunit dans un *jugement d'équivalence* l'instance étrangère et l'instance italienne, en tant que moyens de résolution des différends, et manifeste ainsi une attitude de pleine confiance en ce domaine envers les ordres juridiques étrangers" (Nous soulignons).

Dans le même sens, H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale...*, Paris, Dalloz, 1965, 184, n° 202 (l'auteur observe que l'exception de litispendance traduit la reconnaissance que "le jugement étranger est équivalent à un jugement interne, l'activité des tribunaux étrangers est assimilée, quant à sa valeur, à celle des tribunaux internes"); R. GEIMER, 1997, 672, n° 2686 (cet auteur fonde la reconnaissance de la litispendance sur un "axiome de la fongibilité des tribunaux"); H. SCHACK, 1996, 293, n° 747 ("Da die ausländische Gerichtstätigkeit der inländischen grundsätzlich gleichwertig ist, darf auch das ausländisch Verfahren einen gewissen Respekt beanspruchen"). V. également les observations de P. GANNAGE dans son rapport sur l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, *Annuaire Institut Droit International*, vol. 63-I, 1989, (205), 212-213 (M. Garmagé souligne que la doctrine du forum non conveniens et l'accueil de l'exception de litispendance constituent une traduction positive de l'idée d'égalité des juridictions des Etats).

<sup>2016</sup> *The Atlantic Star*, [1973] 2 All ER 181, [1974] AC 436 (HL) ("There was a time when it could reasonably be said that our system of administration of justice, though expensive and elaborate, was superior to that of most other countries. But today we must [...] admit that as a general rule there is no injustice in telling a plaintiff that he should go back to his own courts").

institutionnalisée que ce geste traduirait,<sup>2017</sup> c'est une négation même de la *relativité* qui imprègne tout le droit international privé moderne qui découle du rejet de l'abstention.

Le for qui refuse de considérer la possibilité même de l'abstention, s'érige en quelque sorte en seul juge des litiges pour lequel il se reconnaît compétent, à l'exclusion de tous les autres fors. Cette prétention à l'exclusivité a depuis longtemps été abandonnée en matière de droit applicable. Il nous semble acquis que le droit international privé moderne est fondé sur le postulat de l'équivalence de principe entre la loi du for et la loi étrangère – ce qu'a d'ailleurs confirmé l'Institut de Droit International dans une résolution adoptée à sa session de Saint-Jacques de Compostelle.<sup>2018</sup> La libéralisation toujours plus grande de la circulation des jugements étrangers participe du même mouvement de relativisation de la justice du for. On invoque d'ailleurs souvent une correspondance 'logique' entre la reconnaissance des jugements étrangers et l'accueil de l'exception d'abstention, la seconde ne faisant que préfigurer la première.<sup>2019</sup>

<sup>2017</sup> Et qui contraste singulièrement avec les honneurs rendus par de nombreux ordres juridiques à la justice arbitrale, qui peut compter sur un respect quasi-inconditionnel de sa préséance. On comprendra que le respect dû à l'autonomie de volonté des parties justifie ces égards. On se demandera toutefois si la différence de traitement est justifiée. M. Juenger posait la même question à l'égard de la reconnaissance des jugements étrangers lorsqu'il constatait que de nombreux systèmes montraient plus d'empressement à accorder effet aux sentences arbitrales, sans égard à leur origine, qu'aux jugements étrangers (F. K. JUENGER, "The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters", *Am. J. Comp. L.*, 1988, (1), 4).

Sur le thème de la confiance que les juristes accordent à la justice étrangère et à la justice arbitrale, v. les conclusions de l'enquête menée par J. ERAUW et H. VERBIST, "Résultats de l'enquête concernant les entreprises et les juristes d'entreprise en Belgique face à l'arbitrage commercial et la conciliation", *R.D.C.B.*, 2000, 342-356. Cette enquête montre que si les juristes belges font autant confiance aux juges belges qu'aux arbitres, cet équilibre est rompu lorsque l'on compare l'arbitrage et la justice étrangère. Comme le constatent ces auteurs, "presque toutes les personnes placent une plus grande confiance dans les arbitres que dans les tribunaux non-européens" (p. 351). Plus surprenant encore est le constat que les juristes d'entreprise interrogés font plus confiance aux arbitres qu'aux juges d'autres pays européens (57% font plus confiance, 4% moins et 37 accordent une confiance égale).

<sup>2018</sup> Résolution de l'Institut de Droit International portant sur l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère, adoptée en 1989, *Annuaire Institut Droit International*, vol. 63, II, 332-337, dont le préambule rappelle "qu'il est contraire à une réglementation équilibrée et ouverte des relations internationales de donner à la loi du for une supériorité de nature sur la loi étrangère". L'Institut recommande aux Etats d'adopter "[...] des règles de conflit de lois fondées sur des rattachements qui conduisent, dans les mêmes conditions, à l'application de la loi étrangère, comme à celle de la loi du for". V. également le rapport de P. GANNAGE, *Annuaire*, vol. 63-I, p. 275-307, spéc. pp. 281-293. Sur cette résolution, v. F. MOSCONI, "A Few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification Liber Amicorum K. Siebr*, J. BASEDOW et al (eds.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2000, 465-480, spéc. 466-470. La question de l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère a longtemps passionné les auteurs, v. surtout E. VITTA, "Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1979-I, t. 162, (9-243), 45 e.s. et du même, "Il principio dell'uguaglianza tra lex fori e diritto straniero", *Reu Trim Dir. e Proc. Civile*, 1964, 1578-1665.

En droit belge, la Cour de cassation a reconnu dans un arrêt de principe en 1941 le principe de l'équivalence, lorsqu'elle a décidé que "[l]a loi belge n'a comme telle, aucune prééminence sur la loi étrangère" : Cass., 12 juin 1941, *Pas.*, 1943, I, 217. Elle en a ensuite tiré des conséquences importantes en imposant au juge du fond une lourde obligation de connaissance du droit étranger, v. Cass., 9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, 159; *J.T.*, 1981, 70, note R. VANDER ELST; *Ann. Cass.*, 1980-81, 869 et surtout la note de F. RIGAUX, "La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger", note sous Cass., 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, 44-52.

Sur les limites de ce qu'il appelait "l'inter-changeabilité des lois", v. H. BATIFFOL, "L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest", *J.D.I.*, 1973, 22 e.s., repris dans *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, L.G.D.J., 1976, (11), 14. On remarquera que la 'Gleichberechtigung' se heurtera dans le conflit des lois à un obstacle inconnu du conflit des juridictions, à savoir la question de la connaissance du droit étranger par le juge du for.

<sup>2019</sup> M. Schneider observe par exemple que puisqu'une décision étrangère "constitue un obstacle à un nouveau procès sur le même sujet, il paraît logique d'attribuer le même effet à la procédure qui doit aboutir à ce jugement" : B. SCHNEIDER, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 298. V. également V. YSEUX, *l.c.*, *J.D.I.*, 1892, 865-868 ("Si [...] le législateur a créé l'exception de litispendance pour éviter la contradiction possible entre plusieurs jugements, si cette contradiction résulte de la force de chose jugée qu'ont acquise ces décisions et si, enfin, cette force de chose jugée existe en Belgique pour les jugements étrangers, la seule

Plus généralement, une appréhension correcte des relations privées internationales ne peut se concevoir sans une certaine *relativisation* de l'immanence des concepts juridiques auxquels chacun a été formé. Comme le faisait observer M. Mayer,

“[l]e droit international privé vise à organiser la coexistence, sur le terrain du droit privé, d'ordres juridiques qui ne reposent pas toujours sur les mêmes valeurs, et qui en tout cas, par hypothèse, n'ont pas adopté les mêmes règles. Il ne peut remplir sa mission sans un sérieux sens de la relativité. L'internationaliste doit lutter contre la tendance naturelle de l'esprit humain à croire que le système dans lequel il a été formé est le seul valable. Quel juriste français, apprenant que dans les pays de *common law* le demandeur prend la parole en dernier, n'en est pas instinctivement choqué? Or on ne saurait dénier aux anglo-saxons un sens particulièrement développé de la mission de rendre justice. Inversement; tout juriste anglais considère comme contraire à la *natural justice* qu'en France les témoins ne soient pas - ou si rarement - entendus et que la *cross-examination* n'y soit pas connue”<sup>2020</sup>.

L'accueil du principe de l'abstention va dans le même sens, dès lors qu'il confirme que justice du for et justice étrangère peuvent *en principe* être mises sur un pied d'égalité.

**448. Difficultés de la relativisation** - On ne peut certes comparer l'abstention en cas de conflit de procédures à la simple application d'une loi étrangère ou même à la reconnaissance d'un effet au jugement étranger. En s'abstenant le juge du for fait plus que nuancer l'importance de sa mission, il s'*efface* pour confier au juge étranger la mission de dire le droit pour le litige en question.

L'abstention va plus loin dans la relativisation du for que les autres techniques traditionnelles du droit international privé que sont l'application du droit étranger ou la reconnaissance d'une décision étrangère. En particulier, le lien qui est souvent fait entre l'abstention et l'effet des jugements étrangers (*infra*, n° 705) ne doit pas cacher la différence qui sépare les deux opérations. Entre la reconnaissance d'une décision étrangère et celle d'une procédure simplement pendante, il y a une marge. Il n'en reste pas moins que rejeter d'emblée l'abstention méconnaît les avancées certaines en matière des jugements étrangers.

En outre la différence entre les deux techniques s'estompe lorsque l'on ne considère que le *principe* de l'accueil de l'abstention, comme c'est le cas ici. On peut admettre que s'agissant d'une procédure étrangère encore en cours, le for fera montre d'une plus grande prudence. Les conditions auxquelles l'abstention sera subordonnée ne pourront

---

conséquence logique qui puisse dériver de tous ces faits c'est que l'exception de litispendance doit être soulevée lorsqu'il y a possibilité de voir un jugement étranger en contradiction avec un jugement belge, c'est-à-dire lorsqu'il y a déjà une instance pendante à l'étranger à propos d'une question qu'on propose devant les tribunaux belges”).

A ce titre le refus de la litispendance internationale par les tribunaux belges a de quoi étonner quand on connaît le très grand libéralisme du régime des jugements étrangers en droit commun. L'article 570 C. Jud., bien qu'il prescrive toujours formellement une révision au fond de la décision étrangère, ne pose qu'une condition minimale de compétence indirecte. Il est révélateur que dans leur volumineux aperçu de jurisprudence, MM. Born, Fallon et van Boxstael ne mentionnent même pas le contrôle de la compétence indirecte en droit commun, cette condition ne posant aucun problème particulier en pratique.

<sup>2020</sup> P. MAYER, “Droit au procès équitable et conflit de juridictions”, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université Robert Schuman de Strasbourg (éd.), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 1996, (125-138), 133, n° 12.



sans doute être une simple copie de celles mises à l'effet d'une décision étrangère (*infra*). Sur le plan des principes toutefois, il ne nous semble pas qu'un fossé infranchissable sépare l'abstention de la reconnaissance des jugements étrangers.<sup>2021</sup>

449. **Equivalence des justices nationales?** - On répondra certes encore qu'il est sans doute prématuré, sinon utopique, d'ériger en présomption un quelconque principe d'*équivalence fonctionnelle* entre justice du for et justice étrangère. Les avis sont pour le moins partagés sur la question; certains, à l'instar de M. *Schack*,<sup>2022</sup> faisant de l'équivalence un des fondements du droit judiciaire international, d'autres écartant cette idée comme une douce utopie.<sup>2023</sup> A notre sens, le principe de la fongibilité entre justice du for et justice étrangère, s'il constitue sans doute l'idéal vers lequel doit tendre le droit judiciaire international, ne constitue pas (encore) un acquis du contentieux international privé. Au mieux peut-on dire qu'il a trouvé une consécration dans certains contextes, en particulier dans le cadre de l'espace judiciaire européen qui en constitue sans nul doute l'expression la plus aboutie.<sup>2024</sup> Le modèle européen est toutefois unique, et n'est pas susceptible de

<sup>2021</sup> M. *Holleaux* évoquait un autre argument qui plaidait en faveur de la reconnaissance de l'abstention. Il expliquait ainsi que lorsque le juge français est appelé à se prononcer sur sa compétence, il ne vérifie pas d'ordinaire si le for étranger potentiellement compétent est adéquat avant de se déclarer incompétent. Il n'examine pas si le for étranger est propre à rendre une bonne justice et si le jugement étranger à venir va être "régulier". C'est donc, concluait M. *Holleaux*, que "tout le système français de compétence internationale [...] semble bien impliquer la croyance que les parties trouveront à l'étranger un juge et que ce juge rendra une décision régulière" (*l.c.*, *Travaux comités français D.I.P.*, 1971-73, 218). Et l'auteur d'inviter les tribunaux à "adopter, en matière de litispendance internationale, des solutions également et partiellement fondées sur une idée de présomption de régularité du jugement étranger" (*idem*).

<sup>2022</sup> En introduction à son ouvrage, M. *Schack* pose que le principe de l'équivalence est un des fondements du droit judiciaire international : 1996, 11-12, n° 35 ("Ebenso wie für das IPR die Rechtsordnungen, sind für das IZVR die Verfahrensrechte aller Staaten prinzipiell gleichwertig und als solche zu respektieren", et plus loin "[...] die Gleichwertigkeit der Rechtspflege [bleibt] die zentrale prämisse, ohne die sich weder ein selbständiges Anerkennungsrecht noch der internationale Rechtsverkehr entwickeln"). Dans le même sens, P. H. *NEUHAUS*, *l.c.*, *RabelsZ.*, 1955, (201), 229; I. SZASZY, *ac.*, Leiden, *Sijthoff*, 1967, 309, ("International law of procedure (just as private international law) starts from the fiction that the administration of justice is equivalent in every state"). V. également les observations de A. V. M. *STRUYCKEN*, "Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé", *T.C.F.D.I.P.*, 1986-87, (105), 120-121, qui évoque l'idée de 'Fungibilität' qu'il définit comme "l'idée que, en droit privé, les tribunaux des différents pays accomplissent la même fonction et que, par conséquent, ils sont comparables, et même substituables, l'un à l'autre". Il y voyait d'ailleurs un "principe de droit international privé".

<sup>2023</sup> Ainsi selon M. *GEIMER* par exemple (1997, 13, n° 37), la fongibilité des tribunaux n'est qu'une *fiction* parce que le droit de la procédure n'est pas un droit neutre, purement technique, mais reflète l'environnement social dans lequel il est implanté. V. également B. *SCHNEIDER*, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 306 (pour lequel il est prématuré d'élever l'idée de l'égalité des Etats et de l'égalité de traitement de leurs jugements au niveau d'un principe juridique) et Y. *LOUSSOUARN* et P. *BOUREL*, *Droit international privé*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, 1999, 532, n° 441 ("Sur le plan interne, peu importe que le demandeur saisisse le Tribunal de Grande Instance de Paris, de Rennes ou de Bordeaux; ils se situent tous également dans le même ordre juridique et offrent des garanties équivalentes de compétence et d'impartialité. Le choix entre eux n'est dicté que par des raisons de commodité, de satisfaction des intérêts privés. Il n'est pas sur qu'il en aille de même sur le plan international et que la correspondance entre les organisations judiciaires étrangères et la notre soit telle que toutes offrent les mêmes garanties de bonne justice"); M. *RAIMON*, "L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux", *J.C.P.*, éd. G., 2000, I, n° 256, (1695), 1696 (constate que "les juridictions des différents Etats ne bénéficient pas de l'équivalence fonctionnelle parfaite à laquelle peuvent prétendre les juridictions d'un même ordre juridique").

<sup>2024</sup> Ceci est encore plus vrai depuis l'entrée en vigueur du règlement dit de Bruxelles I, qui ne laisse que très peu de place au stade de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers à un contrôle par le juge requis de l'activité juridictionnelle du tribunal étranger. Ce règlement renforce encore la quasi-présomption de validité de la décision étrangère et se rapproche, sans y arriver, du système du titre exécutoire européen. V. également l'attendu 17 du Préambule accompagnant le règlement dit de Bruxelles I, qui souligne de manière expresse que le système est fondé sur la "confiance réciproque" entre les pouvoirs judiciaires des Etats membres.

De nombreux auteurs ont constaté que la disparition des frontières nationales au sein de l'espace judiciaire européen a fait naître un nouveau type de relation entre les juges des Etats membres, à mi-chemin entre les relations qui s'installent entre des juges étrangers et entre des juges d'un même pays. V. p. ex. P. *LAGARDE*, *ac.*, *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, 151, n° 152 (à propos de la rigidité des règles de compétence de la Convention de Bruxelles, cet auteur observe que "cette rigidité peut se comprendre dans la perspective fédérative de la



répétition en l'absence du moteur que constitue l'idée d'intégration européenne – ce qui explique que les versions successives du projet de Convention de La Haye se soient toujours plus éloignées de la 'matrice' originelle des Conventions de Bruxelles et de Lugano.<sup>2025</sup>

Il nous semble toutefois par trop réducteur de nier *a priori* la possibilité d'une certaine équivalence entre justice du for et justice étrangère. Il est évident que l'intégrité et la qualité de la justice sont encore trop différentes de pays à pays que pour envisager une idée *abstraite* d'égalité. Accepter le principe de l'abstention n'oblige toutefois pas à souscrire aveuglément et inconditionnellement à une telle idée. Il s'agit plus modestement de laisser au tribunal la possibilité de constater, dans un cas donné et après examen des circonstances pertinentes, que le juge étranger mérite une certaine confiance. L'idée d'équivalence fonctionnelle n'est alors tout au plus qu'une présomption, qui peut être renversée.<sup>2026</sup> L'abstention se fera aux conditions fixées par le for, et pourvu que le for de l'abstention se trouve en mesure de faire confiance au tribunal étranger concerné. On voit qu'il est difficile d'imposer un quelconque automatisme en la matière et qu'on devra nécessairement s'accommoder d'une certaine latitude dans le chef du juge (*infra*).

---

Convention. A la limite, les tribunaux des Etats membres appartiennent tous à un même ordre juridique et, dans cette mesure, les règles de la Convention peuvent être assimilées à des règles de compétence interne"). V. surtout B. HEß, "Der Binnenmarktprozess. Neuer Verfahrenstypus zwischen nationalem und internationalem Zivilprozessrecht", *J.Z.*, 1998, 1021-1032 (l'auteur s'attache à démontrer la naissance d'une nouvelle catégorie de procédures, la procédure européenne, qui se distingue tant du procès national que du procès purement international. Cette nouvelle catégorie est selon M. Heß fondée sur la stricte égalité ("grundsätzliche Gleichwertigkeit") entre les procédures des Etats membres. Sur le thème de l'égalité entre procès national et procès européen, v. H. GAUDEMET-TALLON, "Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres", *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des Sciences Sociales, 1978, 554 e.s. V. également dans le cadre de la théorie des effets des jugements étrangers, les observations de M. von Mehren, qui constate que l'intégration européenne a placé les décisions de justice des Etats membres dans une situation similaire à celle des jugements des Etats américains, qu'il qualifie de 'sister-state judgments', une catégorie de décisions "that exhibits some traits associated with foreign judgments and others associated with local judgments", A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments – General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, (9-112), 87 et en général sur le statut des 'sister-state judgments', pp. 86-101.

*Comp.* cependant avec J. J. BRINKHOF, "Lessen uit de Europese toetsing voor het kort geding?", *Liber Amicorum P. Meijknecht. Van Nederlands naar Europees Procesrecht!*, E. H. HONDIUS et al. (ed.), Deventer, Kluwer, 2000, (327), 39 (M. Brinkhof constate que la présomption d'équivalence fonctionnelle sur laquelle est fondée la Convention de Bruxelles n'est qu'une fiction. Il renvoie notamment à l'arrière judiciaire beaucoup plus important dans certains pays, qui crée les conditions du fameux torpedo).

Les tribunaux semblent accepter que le régime de la Convention de Bruxelles emporte l'obligation de traiter tous les tribunaux sur un pied d'égalité. C'est en tout cas l'argument invoqué par la Cour supérieure de Munich pour refuser de déroger à l'exception de litispendance qui paralysait une procédure allemande alors même que la procédure italienne intentée en premier, languissait depuis des années : OLG München, 2 juin 1998, *R.I.W.*, 1998, 631 (la Cour observe que "das EuGVÜ sämtliche Gerichte des Vertragsstaaten und deren Verfahren als gleichwertig anerkennt, ungeachtet etwaiger Unterschiede in der praktischen Ausgestaltung und des Ablaufs der verfahren in konkreter Einzelfall").

<sup>2025</sup> Le modèle européen n'est sans doute pas exportable, l'intégration européenne constituant un contexte spécifique propice à l'établissement d'un climat de confiance qui ne se retrouve pas par exemple à l'échelle mondiale. V. par exemple les observations de M. Mayer au colloque tenu à New York le 30 avril 1999 sur le projet de Convention de La Haye. Selon Mayer, le modèle européen est fondé sur la prémisse d'une confiance réciproque dans la fongibilité de l'appareil judiciaire qui n'est pas acceptable comme modèle pour une convention mondiale (observations rapportées par B. HEß, "Steht das geplante weltweite Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen vor dem Aus?", *IPRax*, 2000, (342), 343). Sur la confiance comme donnée de base qui a permis l'élaboration de l'espace judiciaire européen, v. p. ex. Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, II, 45-46, n° 1761-1764.

<sup>2026</sup> C'est en ce sens semble-t-il que M.-L. NIBOYET-HOEGY utilise l'expression d'équivalence fonctionnelle (*Travaux comités français DIP*, 1995-96, p. 75). V. également les observations de M. LALIVE lors de la discussion qui a suivi cette communication, p. 91.

450. **Conclusion : l'abstention s'impose comme solution de principe** – Dans son principe, il est difficile aujourd'hui de faire l'impasse sur l'exception d'abstention. Le contraire serait faire preuve d'un véritable "isolationnisme juridique"<sup>2027</sup> difficilement justifiable dans l'état actuel des relations internationales.<sup>2028</sup> Les Etats ne peuvent à notre sens faire l'économie d'un tel mécanisme.

Entendons nous bien. Nous ne prétendons pas que l'abstention constitue l'ultime panacée permettant de résoudre une fois pour toute la question des conflits de procédures. Notre propos est simplement de faire de l'abstention le mode *privilegié* de résolution de ces conflits, sans exclure catégoriquement le recours aux autres principes de solution – ce qui serait d'ailleurs peu réaliste, ces solutions étant souvent profondément ancrées dans les traditions nationales. Si nous prônons une plus grande généralisation de l'abstention, qui doit devenir la solution de principe des conflits de procédures, force est de reconnaître que l'abstention devra nécessairement composer avec les autres solutions, dont on souhaite qu'elles ne conservent qu'une place subsidiaire.

Ceci est d'autant plus vrai que l'objectif d'élimination des conflits de procédures devra lui-même parfois céder la place à d'autres. On a déjà insisté sur la *relativité* des impératifs qui soutiennent le constat de nocivité des conflits de procédures (*supra* n° 22). A côté du souci de l'harmonie des solutions, et celui de l'économie de procédures, il est d'autres considérations tout aussi légitimes. La coordination des procédures concurrentes peut difficilement être considérées comme l'objectif ultime de la réglementation des rapports privés internationaux.<sup>2029</sup> Elle devra au contraire parfois s'effacer devant d'autres considérations, comme par exemple le souci d'un Etat de garder la mainmise sur un certain type de litiges, qui le conduiront à refuser toute mesure de coordination par le biais d'une abstention. Une pesée des différents intérêts en présence est inévitable. Elle ne sera pas toujours favorable à l'abstention.

Voilà qui contribue à nuancer la priorité que nous attribuons à cette technique. Encore faut-il préciser quel type d'abstention nous entendons privilégier.

<sup>2027</sup> H. BATIFFOL, note sous Cass. fr., 5 mai 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, (101), 102.

<sup>2028</sup> V. déjà L. PALSSON, *loc. cit.*, *Scand. Studies in Law*, 1970, (61), 87 ("it seems clear that foreign *lis pendens* cannot be denied recognition absolutely. Such a standpoint would be as anachronistic as a general refusal of recognition of foreign judgments").

<sup>2029</sup> M. Riezler ne disait rien d'autre lorsqu'il écrivait que "Die rechtspolitischen Gründe; welche die Einrede der Rechtshängigkeit [...] rechtfertigen, sind nicht von solcher Unbedingtheit oder zwingender Logik, daß sie nur eine Lösung zuließen [...]" (E. RIEZLER, *op. cit.*, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 452). Dans le même sens, I. SZASZY, *International Civil Procedure*, Leiden, Sijthoff, 1967, 543 ("the reasons of policy favouring recognition of *lis pendens* abroad are not of such absolute validity as would substantiate its recognition in all circumstances").





## CHAPITRE II

LA DEFERENCE, UNE SOLUTION A PRECISER

## INTRODUCTION

451. **Introduction** - Nous avons expliqué pourquoi l'abstention est la méthode que nous entendons privilégier pour la résolution des conflits de procédures. Il reste maintenant à définir de façon plus précise les contours de cette technique. Quelle forme doit revêtir l'exception de déférence internationale et à quelle(s) condition(s) doit-elle être subordonnée ? Voilà l'objet des pages qui suivent. D'emblée précisons qu'il est illusoire de proposer une et une seule solution 'idéale' qui s'imposerait de façon absolue quelles que soient les circonstances. S'il est une chose que cette étude a déjà montré, c'est bien la diversité des situations, tant au niveau factuel que géographique, qui forment le terrain d'action des conflits de procédures. Pour ne prendre qu'un exemple, il semble évident que l'exception d'abstention se déclinera dans des modalités différentes selon qu'elle est adoptée unilatéralement par un Etat – et dès lors susceptible de jouer *erga omnes*, au profit d'une procédure pendante dans n'importe quel pays – ou au contraire qu'elle s'intègre dans une convention conclue entre deux ou plusieurs pays et faite de concessions réciproques.

Dans le premier cas l'abstention est appelée à jouer 'sans filet', alors que dans l'autre elle ne pourra être invoquée qu'en faveur des tribunaux d'un Etat déterminé, dont le for de l'abstention aura au préalable accepté de reconnaître les décisions. La différence est sensible et ne sera pas sans influencer la configuration de la règle d'abstention. C'est à la recherche de ces différentes configurations que ce dernier chapitre sera consacré. En filigrane on aura déjà aperçu ce qui constituera une de nos conclusions, à savoir que si l'abstention s'impose comme méthode de résolution des conflits de procédures, il faudra toutefois s'accommoder de l'existence de plusieurs versions de cette règle.

452. **Plan** - Pour tracer les contours de(s) la(es) règle(s) d'abstention, certaines questions s'imposent logiquement. Il en va ainsi de certaines interrogations inspirées par le régime des jugements étrangers. Dans les deux cas, il s'agit en effet pour le for de donner effet à l'activité judiciaire étrangère. On examinera dès lors comme pour l'exception de chose jugée les difficultés liées à la mesure de l'identité entre litiges.

La différence entre l'abstention et l'effet reconnu aux jugements étrangers, qui tient au degré d'effacement du for, plus prononcé dans l'un que dans l'autre, incite toutefois à nuancer le parallèle entre les conditions posées aux deux techniques. On ne saurait faire l'économie d'une réflexion spécifique sur la démarche particulière de l'abstention. Pour s'en tenir à un exemple, il faudra se demander quel rôle doivent jouer au sein de l'exception de déférence, les perspectives de reconnaissance de la future décision du tribunal à qui l'exception profite, une question qui est par hypothèse inconnue de la théorie des jugements étrangers.<sup>2030</sup>

De manière schématique, on peut distinguer trois catégories de questions : dans un premier temps, nous examinerons le *domaine* de la règle d'abstention, ce qui permettra d'aborder notamment la question de l'identité des procédures. Il faudra ensuite s'attaquer au *mécanisme proprement dit* de l'abstention, c'est-à-dire à la question de savoir lequel des deux tribunaux concurrentement saisis va effectivement s'effacer devant l'autre. Pour

---

<sup>2030</sup> On verra d'ailleurs que le lien habituellement fait entre effet des jugements étrangers et abstention n'est pas sans appeler quelques nuances.

terminer, nous inviterons le lecteur à se pencher sur les *limites* éventuelles de l'exception de déférence.

## SECTION I : LE DOMAINE DE L'ABSTENTION

453. **Introduction et plan** - Avant de s'interroger sur la question de savoir lequel des deux tribunaux saisis doit s'effacer devant l'autre, il faut préciser dans quelles circonstances une telle obligation ou possibilité peut naître. Deux questions, d'importance inégale, doivent à cet égard être examinées. La première a trait à la *compétence* respective des deux tribunaux, la seconde à l'*identité* requisé entre les litiges. L'examen de ces deux questions permettra de délimiter plus précisément le domaine d'application d'une éventuelle exception de déférence.

### § 1. Examen de la compétence des fors

454. **Introduction** - Pour mieux cerner le domaine d'application de la déférence internationale, il faut tout d'abord s'interroger sur l'existence même d'un conflit de procédures. A la différence de la doctrine du *forum non conveniens*, qui vise indifféremment les conflits de procédures et les conflits de compétence<sup>2031</sup> - ce qui n'est pas sans expliquer, pour partie au moins, son ambiguïté à l'égard des premiers - l'exception de déférence envisagée dans cette étude ne se conçoit que dans les relations entre tribunaux également et effectivement saisis.<sup>2032</sup> Une fois ceci posé, la question de la compétence des juridictions concurrentes vient naturellement à l'esprit. Nous examinerons dès lors tout d'abord s'il est nécessaire que ces juridictions soient compétentes pour envisager l'application du mécanisme de déférence. Cette question en appelle logiquement une seconde, qui tient à l'examen par le for de l'abstention de la compétence du tribunal concurrent. Nous examinerons ces deux questions successivement.<sup>2033</sup>

#### A. Nécessité de deux fors compétents

455. **Une exigence évidente** - On a déjà insisté sur le lien entre les règles de compétence et les conflits de procédures (*supra*, n° 29). La question de la compétence des fors concurrents semble dès lors facile à résoudre : il n'y a de conflit véritable que lorsque les deux juridictions peuvent légitimement prétendre prendre connaissance de la cause. Cette limitation semble évidente. Elle fait d'ailleurs partie de la plupart des manifestations

---

<sup>2031</sup> L'exception de for plus approprié est en effet susceptible d'être invoquée même en l'absence de saisine concurrente d'un for étranger. Pour que le juge anglais ou américain accueille l'exception, il suffira au défendeur de montrer que le for étranger dont il prétend qu'il est plus approprié, peut se déclarer compétent pour connaître de la cause.

<sup>2032</sup> On se demandera à cet égard comment le tribunal peut avoir connaissance de l'existence d'une procédure concurrente. Cette question n'a de sens que si le tribunal a l'obligation de soulever *d'office* l'exception de déférence. Si tel n'est pas le cas, la partie qui invoque l'exception aura soin de fournir la preuve de la saisine concurrente du for étranger, par exemple en soumettant une copie de l'assignation. A défaut, le tribunal peut également espérer trouver des indices dans les conclusions des parties. Si le contexte le permet, on pourrait créer un *registre* des procédures en cours, pour faciliter l'administration de l'abstention, V. par exemple la section 16 de l'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act* de 1968 (sur lequel, *infra*), qui prévoit la création d'un 'Child custody Registry'.

<sup>2033</sup> Le thème de la compétence des tribunaux reviendra ultérieurement dans le cadre de l'examen des limites de la déférence, *infra*, n° 744.



de la déférence : l'*exceptio litis pendis*,<sup>2034</sup> le déclinatoire de connexité internationale<sup>2035</sup> et la doctrine du *forum non conveniens*<sup>2036</sup> ne se conçoivent pas sans for étranger compétent pour connaître de la cause.<sup>2037</sup> L'expression 'déclinatoire' fréquemment utilisée dans ce contexte fait d'ailleurs apparaître qu'il s'agit bien de ne pas exercer une compétence existante.<sup>2038</sup>

L'exigence d'une compétence concurrente du for étranger semble s'imposer. On peut toutefois se demander s'il n'est pas quelque peu *formaliste* de restreindre le champ d'application de l'exception de déférence en exigeant une compétence concurrente dans les deux camps. Pour les parties impliquées dans des procédures concurrentes, il peut en effet être aussi onéreux de devoir convaincre un tribunal de son incompétence que d'invoquer une éventuelle exception de déférence. L'absence de compétence dans le chef d'un des tribunaux saisis ne protège en effet pas contre la duplication des coûts et des efforts.

S'il faut reconnaître que, pour les parties, la concurrence de procédures n'est pas moins nuisible lorsqu'un des fors s'avère incompétent, il serait déplacé de vouloir étendre le champ d'application de l'exception de déférence à cette situation. Contre la saisine d'un for incompétent, il n'est qu'un remède, à savoir plaider l'incompétence. Ceci suffira à faire face à la saisine malheureuse, sans qu'il soit besoin d'en appeler à une éventuelle

<sup>2034</sup> Pour le droit commun français, v. Cass. fr., 26 nov. 1974, *J.D.I.*, 1975, 108, note PONSARD ; *R.C.D.I.P.*, 1975, 491, note D. HOLLEAUX (la Cour décide que l'exception de litispendance peut être reçue "en raison d'une instance pendante devant un tribunal étranger également compétent [...]") (nous soulignons). V. également Cass. fr., 8 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 35 (Cour casse la décision entreprise parce que la Cour d'Appel n'avait pas recherché "si le tribunal étranger, premier saisi, n'était pas compétent [...]").

En droit commun allemand, la Cour fédérale ne semble pas s'être prononcée expressément sur cette exigence évidente.

<sup>2035</sup> Le déclinatoire européen de connexité exige également que les deux tribunaux soient compétents, comme l'explique par exemple H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 217, n° 301. Par exemple Cass. fr., 27 octobre 1992, *J.D.I.*, 1994, 171, note A. HUET ; *J.C.P.*, 1993, ed. G., IV, 1 ; *D.*, 1992, IR, 262 (pour approuver la décision de la Cour d'Appel de Douai qui avait accueilli l'exception de connexité en faveur des tribunaux néerlandais, la Cour constate que le tribunal d'Almelo "était compétent en application de l'article 2 de la Convention").

<sup>2036</sup> P. ex. *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] AC 460, 476 (la Chambre des Lords décide que l'exception du for le plus approprié ne peut être acceptée que lorsque "the court is satisfied that there is some other available forum, having jurisdiction [...]") (nous soulignons). V. p. ex. BRIGGS et REES, 1997, 194-195 ("The first requirement is that the foreign court be shown by the defendant to have jurisdiction over the [parties]") et la règle 31 formulée par Dicey et Morris, qui précisent que le tribunal anglais peut surseoir à statuer lorsque le for anglais est *non conveniens*, si le défendeur montre qu'il existe "another court with competent jurisdiction [...]") (13<sup>ème</sup> éd., 2000, 385, nous soulignons).

Le droit anglais se montre plus strict sur ce point que les tribunaux américains, puisque selon le premier le for étranger ne sera jugé accessible que si une partie peut le saisir "as of right", c'est-à-dire sans l'autorisation du tribunal. Il ne suffit donc pas au défendeur de promettre qu'il ne soulèvera pas l'incompétence du for étranger. *Comp.* cependant BRIGGS et REES, 1997, 195. La pratique américaine admet au contraire qu'une telle promesse suffit à démontrer que le for étranger est 'disponible', V. p. ex. *Re Union Carbide Gas Plant Disaster*, 809 F. Supp. 195 (2d. Cir. 1987) et les observations de Dicey et Morris, 13<sup>ème</sup> éd., 2000, 397, note 86.

<sup>2037</sup> L'exigence dans le cadre du *forum non conveniens* que le for alternatif à l'étranger soit compétent, s'explique aisément. Il y va en effet du souci d'éviter le conflit négatif de compétence qui pourrait résulter du dessaisissement du for. Comme l'explique M. Lagarde, l'exigence d'un for alternatif est nécessaire en raison du caractère unilatéral des règles de compétence et donc de l'impossibilité pour le for réputé moins approprié, de transférer directement le dossier à son collègue étranger qu'il juge mieux placé (*ac.*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 148, n° 148).

<sup>2038</sup> Les traditions nationales se séparent certes sur la question, purement formelle, de savoir si le mécanisme de déférence fait partie de l'examen de la compétence, comme c'est le cas du *forum non conveniens*, ou constitue au contraire une condition distincte de la compétence au même titre que les autres exigences de recevabilité de l'action. Cette divergence n'enlève rien à la constatation que dans tous les cas, l'exception n'interviendra qu'une fois établie la compétence du for étranger.

déférence.<sup>2039</sup> La déférence ferait dans cette situation double emploi avec les règles de compétence. S'il est une amélioration éventuelle à apporter, elle ne passe pas par la coordination des procédures, mais concerne uniquement la possibilité pour les parties d'obtenir rapidement du tribunal une décision sur sa compétence, et de pouvoir tout aussi rapidement la contester.<sup>2040</sup>

En conclusion, il faut dès lors réserver l'exception de déférence aux seules procédures concurrentes mues entre fors compétents.

## B. Examen de la compétence du juge étranger

**456. Distinction entre deux types de contrôle** – Lorsque la question de la compétence du tribunal étranger se pose dans le cadre de la reconnaissance d'un jugement qu'il a prononcé, le for de la reconnaissance vérifiera s'il peut s'accommoder de la revendication de compétence dans le chef du tribunal étranger. Cette question conserve sa pertinence pour l'application de l'exception de déférence. Elle ne concerne toutefois pas directement la délimitation du *domaine* de la déférence. Il ne s'agit plus tant de savoir quand l'abstention peut être envisagée, mais plutôt à quelle(s) condition(s). Nous reviendrons dès lors ultérieurement sur ce que l'on pourrait appeler, à la suite de M. Holleaux, la *compétence-litispendance* ou la *compétence-abstention* du tribunal étranger.<sup>2041</sup>

Il est toutefois une autre question relative à la compétence du juge étranger qui mérite un examen sous l'angle du champ d'application de l'abstention. Puisque celle-ci ne se conçoit qu'au profit d'un tribunal étranger également compétent, il s'impose en effet de vérifier que le for étranger possède compétence sur le litige. A défaut, il n'y aurait pas de véritable conflit de procédures, et dès lors pas de raison d'envisager l'application d'une exception de déférence.

La distinction entre les deux approches de la compétence du juge étranger n'a pas toujours été bien perçue – même si les commentateurs l'ont depuis longtemps adoptée.<sup>2042</sup> Elle s'impose toutefois, ne fut-ce que pour éviter d'accueillir l'exception d'abstention alors que le for étranger n'est pas en mesure de prendre connaissance de la cause – ce qui pourrait conduire à un déni de justice.

<sup>2039</sup> Cons. toutefois la situation particulière dans laquelle les parties ont conclu une clause d'élection de for, *supra*, n° 119.

<sup>2040</sup> On sait en effet que dans certaines législations, le tribunal ne se prononcera sur les incidents liés à sa compétence qu'avec sa décision sur le fond du litige. Si les parties peuvent obtenir d'emblée une décision sur la compétence, il leur faudra parfois attendre la décision sur le fond pour utiliser une voie de recours.

<sup>2041</sup> M. Holleaux distinguait ainsi la question de la compétence du tribunal étranger concurrentement saisi de celle, plus classique, de la compétence indirecte, D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger...*, Paris, Dalloz, 1970, 164, n° 153.

<sup>2042</sup> V. déjà L. PALSSON, *loc. cit.*, *Scand. Studies in L.*, 1970, (59), 63-64, n° 3 (l'auteur enjoint de faire la distinction « between the question of recognizing the foreign lis pendens and that of the jurisdiction of the forum »). V. également D. HOLLEAUX, *loc. cit.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, (203), 211 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1998, 445 et H. GAUDEMET-TALLON, note sous TGI Paris, 23 novembre 1983, *R.C.D.I.P.*, 1984, (510), 515 (l'auteur fustige une décision à la motivation ambiguë, en souhaitant que l'on fasse la distinction entre "[...] l'appréciation de la compétence directe [du juge étranger] pour constater la situation de litispendance internationale, puis celle de la compétence indirecte de ces mêmes juges pour accueillir l'exception de litispendance internationale".)

457. Interdiction du contrôle de la compétence du for étranger au sein de l'espace judiciaire européen – Le for de l'abstention vérifiera dans un premier temps que le tribunal étranger est compétent pour se saisir de l'affaire. Au contraire de l'examen de la compétence-abstention, la difficulté à ce premier stade n'est pas d'identifier les règles à l'aune desquelles s'effectuera le contrôle.<sup>2043</sup> La condition de la compétence du juge étranger se vérifiera naturellement à la lumière des règles de compétence du for étranger, seules habilitées à se prononcer sur cette compétence.<sup>2044</sup> La seule véritable question porte sur les modalités de ce contrôle : le for de l'abstention doit-il être autorisé à examiner si le tribunal étranger est compétent selon ses propres règles pour s'assurer qu'existe bien un conflit de procédures ?

On sait que les Conventions de Bruxelles et de Lugano attribuent au juge premier saisi un véritable monopole pour se prononcer sur sa compétence. L'exception de litispendance telle qu'elle est conçue au sein de l'espace judiciaire européen, ne permette pas en principe au juge second saisi d'examiner la compétence du juge premier saisi. Ce dernier est seul juge de sa propre compétence et sa décision s'impose aux autres tribunaux – il s'agit d'ailleurs là d'une règle générale, que l'on retrouve également dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des jugements.<sup>2045</sup>

On a déjà eu l'occasion d'expliquer que la Cour de Justice avait expressément confirmé ce principe dans l'arrêt *Overseas*.<sup>2046</sup> Selon cette jurisprudence, le tribunal second saisi ne peut s'interroger sur la compétence du tribunal premier saisi. La seule possibilité qui lui est offerte est de surseoir à statuer lorsqu'il existe un doute sur la compétence du premier juge.<sup>2047</sup> Il ne peut lui-même mettre en doute cette compétence.<sup>2048</sup>

<sup>2043</sup> Sur cette question au regard de la compétence-abstention, v. *infra*, n° 748.

<sup>2044</sup> P. ex. D. HOLLEAUX, *Le Traumatisme corréatif français D.I.P.*, 1972-73, 211, explique que " Il est trop connu que chaque Etat fixe unilatéralement [...] la compétence de ses juges ; et, si l'on retient l'idée que la notion de litispendance doit intervenir quand un conflit de procédures se produit [...], on arrive à ce corollaire du principe d'unilatéralité des règles étatiques de compétence directe, que la situation de litispendance internationale existe si deux juges de pays différents sont saisis, chacun étant doté de compétence directe d'après sa loi" (italique dans l'original).

<sup>2045</sup> *Supra*, n° 184.

<sup>2046</sup> C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. v New Hampshire insurance Co.*, affaire C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3317.

<sup>2047</sup> Cette possibilité était à l'origine laissée l'appréciation du juge, elle est devenue obligatoire lors de la révision de la Convention de Bruxelles en 1989 avec la Convention de San Sebastian, tout comme elle l'était déjà dans la Convention de Lugano. V. Rapport Jenard/Möller, *J.O.C.E.*, 1990, C-187/70, n° 64 pour la Convention de Lugano et le rapport Almeida Cruz, Desantes Real et Jenard, *J.O.C.E.*, 1990, C-189/(35), 48, n° 28 pour la Convention de Bruxelles. Sur la transition entre les deux versions de l'article 21 V. p. ex. S. ISENBURG-EPPLE, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968*, Frankfurt a.M., 1992, 71-73. V. par exemple Rb. Amsterdam, 28 octobre 1992, *N.I.P.R.*, 1993, 255, n° 169 (tribunal surseoit à statuer en attendant que le tribunal de Barcelone se prononce sur sa compétence) ; ArrondRb. Middelburg, 17 mai 1995, *J.P.A.*, 1995, 367 ; S. & S., 1996, 18 (tribunal surseoit à statuer en attendant que le tribunal de Gand se prononce sur sa compétence).

<sup>2048</sup> Il y est seulement fait exception dans le cadre du régime transitoire de la Convention de Bruxelles, lorsqu'il s'agit de décider si le juge étranger tire sa compétence de la Convention ou de son droit national, comme l'a décidé la Cour de Justice dans l'affaire *Freifrau von Horn c Cinnamon*, 9 octobre 1997, aff. C-163/95, *Rec.*, 1997, I-5451. La Cour reconnut aux paragraphes 23 à 26 que l'interprétation qu'elle donnait de l'article 21 conduisait le juge second saisi à procéder à un contrôle de la compétence du juge d'un autre Etat contractant, alors même que la Convention interdit en principe un tel contrôle. Elle s'en accommoda toutefois en soulignant le caractère provisoire de l'exception, qui disparaîtra une fois résolue les difficultés découlant de l'entrée en vigueur des différentes versions de la Convention. Comme le note Mme. Gaudemet-Tallon, "lorsqu'un juge est saisi alors que la Convention de Bruxelles n'est pas encore en vigueur dans son pays, il est normal que [le] principe de confiance [que se doivent les juges des Etats contractants quant à l'appréciation que chacun fait de sa compétence] ne joue pas [...]", H. GAUDEMET-TALLON, note sous C.J.C.E., von Horn, *R.C.D.I.P.*, 1998, (113), 116.

Cette solution radicale se comprend dans le contexte spécifique de l'espace judiciaire européen.<sup>2049</sup> Elle s'explique d'ailleurs aisément puisqu'au sein de cet espace il n'y a pas lieu de distinguer entre compétence-litispendance et compétence comme garantie de l'accessibilité du juge étranger : les deux se confondent en raison de l'existence de règles de compétence communes aux Etats membres. Dans l'hypothèse exceptionnelle où un juge européen peut procéder à un contrôle de la compétence-litispendance – ou de la compétence indirecte – d'un collègue étranger, à savoir pour vérifier le respect des attributions exclusives de compétence, son examen, portera à la fois sur la compétence-litispendance et sur l'existence d'une compétence comme condition de la saisine du juge, puisque dans les deux cas, la règle est la même.<sup>2050</sup> Dans les autres cas, l'interdiction du contrôle de la compétence-litispendance, qui participe de l'idée européenne de confiance réciproque entre juges, rend également impossible le contrôle de la compétence-accessibilité.

La formule se répétera logiquement dans le Règlement Bruxelles II,<sup>2051</sup> ainsi que, sous une forme sensiblement différente, dans le Règlement européen sur l'insolvabilité<sup>2052</sup> puisque ces deux instruments imposent le respect de règles de compétence communes.

**458. Inopportunité du contrôle de la compétence du juge étranger** - La solution européenne s'impose-t-elle en dehors du contexte spécifique de l'espace judiciaire européen? La nature même de la question appelle à notre avis une réponse affirmative. Que l'abstention constitue un effort unilatéral de coordination de la part d'un Etat ou s'insère dans une convention, la question demeure la même : il s'agit à ce stade de savoir si le juge étranger est compétent selon ses propres règles pour connaître de la cause. A moins de retomber dans les difficultés de ce que M. *Holleaux* a appelé – pour la question de la compétence indirecte – les doctrines de l'unilatéralité,<sup>2053</sup> il convient d'éviter de donner au for de l'abstention la possibilité de se prononcer directement sur la compétence du juge étranger – tout en réservant un éventuel contrôle de la compétence-litispendance (*infra*, n° 744). Comment envisager en effet que le premier contrôle, et au besoin corrige, l'application par le second de son propre droit? Là réside bien la difficulté majeure d'un examen par le for de l'abstention de la compétence du tribunal étranger au titre de l'existence d'une procédure concurrente.<sup>2054</sup> Le contrôle serait au minimum

<sup>2049</sup> On remarquera que si la Convention interdit le contrôle de la compétence, la Cour a jugé bon d'étendre le mécanisme de la litispendance aux situations dans lesquelles le juge premier saisi fonde sa compétence sur son droit national en vertu de l'article 4 de la Convention.

<sup>2050</sup> On comprend dès lors que dans l'arrêt *Overseas*, la Cour de Justice n'ait pas fait la distinction entre les deux questions, bien qu'il semble que la compétence du tribunal français premier saisi était contestée.

<sup>2051</sup> L'article 11 du Règlement, qui prévoit une règle de litispendance, ne se prononce pas expressément sur la question. On peut cependant déduire de l'économie de ses dispositions que ses auteurs ont entendu réduire le contrôle de la compétence au minimum, V. par exemple art. 17 en matière de reconnaissance et qu'il n'y a donc pas place pour un tel contrôle dans le cadre du jeu de l'exception de litispendance. Le considérant n° 17 du règlement souligne par exemple que « (17) Il y a lieu que l'Etat requis ne contrôle ni la compétence de l'Etat d'origine [...] ». Le règlement de Bruxelles II va encore plus loin que la Convention de Bruxelles puisqu'il ne laisse aucune place à un contrôle de la compétence indirecte (art. 17).

<sup>2052</sup> Selon l'article 16 du Règlement, la décision d'ouverture de la faillite doit être reconnue dans tous les Etats membres. Le considérant n° 22 du Préambule précise que cette décision "devrait être reconnue dans tous les Etats membres, sans que ceux-ci aient la faculté de soumettre la décision de cette juridiction à un contrôle ». Pour plus de détails, V. notre étude, *loc. cit.*, in *Het nieuwe Europese IPR : een verdrag naar verordening*, Anvers, Intersentia, 2001, spéc. n° 5-49.

<sup>2053</sup> Ces doctrines prétendaient rechercher la solution du problème de la compétence du juge étranger dans la *lex fori* étrangère, V. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger...*, Paris, Dalloz, 1970, 7-120.

<sup>2054</sup> Cette difficulté explique la condamnation quasi-unanime des doctrines de l'unilatéralité, V. P. MAYER, *Droit international privé*, 1998, 240-241, n° 369 ; A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, 1980-II, t. 167, (9), 58-61.

déplacé, puisqu'il est présomptueux de penser que le for de l'abstention peut examiner la façon dont le tribunal étranger applique ses propres règles de compétence.<sup>2055</sup>

Il s'impose dès lors de laisser le tribunal étranger le soin de se prononcer sur sa propre compétence et d'accepter cette décision comme argent comptant. Ce tribunal dû-t-il se tromper et se reconnaître une compétence que son droit ne lui reconnaît pas, que le for de l'abstention ne pourrait rien y faire. Le droit international ne tolérerait aucune manière de réprimande. Et le conflit de procédures n'en existerait pas moins, puisque le for étranger s'est déclaré compétent.<sup>2056</sup>

En réalité, la vérification de l'accessibilité du tribunal étranger ne nécessite, de la part du for qui s'abstient, aucune investigation particulière. Il lui suffira en effet d'attendre que le tribunal étranger se prononce sur sa propre compétence. Cette décision apportera la preuve décisive qu'il existe bel et bien une procédure concurrente devant un tribunal étranger compétent. Au besoin le for de l'abstention surseoirait-il à statuer en attendant que la juridiction concurrente se prononce.<sup>2057</sup> La jurisprudence française a clairement aperçu l'inutilité du contrôle de la compétence-accessibilité : si dans les principes l'exception de litispendance ne peut être accueillie que si le juge étranger est compétent selon sa propre loi, dans les faits on dispense le juge français de se livrer à une telle appréciation. C'est ainsi que pour accueillir une exception de litispendance en faveur d'une procédure portugaise, le tribunal de grande instance de Paris s'est contenté de constater que "la juridiction portugaise se dit compétente en raison notamment de la nationalité des parties et de la nature de l'instance".<sup>2058</sup>

On retrouve le même système dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens* qui commande, avant d'examiner le caractère approprié des fors en présence, de s'assurer

<sup>2055</sup> V. pour la Convention de Bruxelles, C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. v New Hampshire Insurance Co.*, affaire C-351/89, *Rec.*, 1991, I-3317, qui utilise ce même argument pour le cas où un tribunal de l'espace judiciaire européen fonde sa compétence sur son droit national en vertu de l'article 4. Selon la Cour, lorsque la compétence du juge premier saisi découle de sa loi nationale, il sera alors « incontestablement mieux placé pour statuer sur sa propre compétence » (attendu n° 23).

<sup>2056</sup> *Supra* à propos des conflits mettant en jeu une convention de juridiction. *Adde* sur ce problème, D. HOLLEAUX, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 211 : "il serait d'ailleurs vain [...] de même prétendre contrôler l'application que la juge étranger fait de sa loi pour se déclarer compétent ; ce juge peut retenir le litige à tort selon sa loi, la situation de litispendance n'en existe pas moins". Dans le même sens du même auteur, *R.C.D.I.P.*, 1975, 496 (cette position de l'auteur se comprend si on la rapproche de sa fervente opposition au contrôle de la compétence indirecte dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers, sur la pensée de M. Holleaux, V. P. GOTHOT, "Dominique Holleaux : le dogme, l'histoire et la critique", *R.C.D.I.P.*, 1990, 620 e.s.). V. aussi G. DROZ, 1972, n° 298. *Comp.* A. HUET, note sous TGI Paris, 12 février 1980, *J.D.I.*, 1980, (655), 657 (M. Huet accepte, à contre-cœur semble-t-il, que la compétence du juge étranger en tant que condition de l'existence d'une litispendance, doit être examinée selon les règles de compétence directe. Il exige toutefois que le tribunal français "constate expressément" que la règle étrangère de compétence directe attribue effectivement compétence au tribunal étranger. Soutenir le contraire, écrit encore M. Huet, "c'est en réalité anéantir l'exigence [...] d'une compétence concurrente du tribunal étranger et du tribunal français saisis [...]". V. du même, note sous Paris, 24 nov. 1977, *J.D.I.*, 1978, (306), 310-311).

<sup>2057</sup> Les tribunaux n'ont pas toujours la patience d'attendre que le juge étranger statue sur sa compétence. Ainsi, dans une affaire de divorce, le tribunal civil de Liège a-t-il, après avoir vérifié sa compétence, procédé à la vérification de la compétence du juge français concurrentement saisi pour s'assurer qu'il y avait bien litispendance (Civ. Liège, 3 mai 2001, *Revue en ligne du barreau de Liège*, [www.barreaudeliège.be], visité le 17 avril 2002).

<sup>2058</sup> TGI Paris, 12 février 1980, *J.D.I.*, 1980, 653, note A. HUET. V. également Paris, 25 juin 1993, *D.*, 1993, IR, 218 (Cour d'Appel admet l'existence d'une litispendance internationale au motif que le tribunal étranger a retenu sa compétence selon sa propre loi). La condition d'accessibilité du tribunal étranger n'empêche pas les tribunaux français de contrôler dans un second temps la compétence du tribunal étranger, V. *infra* n° 744. Dans l'espèce tranchée par le TGI de Paris, le juge français a d'ailleurs, après s'être assuré que le tribunal portugais était bien compétent selon son propre droit, ajouté que "le principe de la compétence ainsi retenue par le juge étranger n'est pas contraire à l'ordre public".

que le for étranger est 'available', c'est-à-dire peut prendre connaissance de la cause.<sup>2059</sup> Le juge anglais ne prétend pas procéder à un véritable contrôle de la compétence du juge étranger ; il se contente de s'assurer que celui-ci s'est déclaré compétent.

**459. Inopportunité du contrôle de la compétence du juge étranger (suite)** - En résumé il n'y a pas lieu de contrôler la compétence du juge étranger à ce premier stade. La seule question qui se pose est celle de l'accessibilité du juge étranger ; cette question participe plus de la constatation de l'existence de la situation de procédures concurrentes que d'un véritable examen de la procédure étrangère. Le for de l'abstention ne doit pas dans ce cadre se demander s'il va accorder un quelconque crédit à la procédure étrangère, il constate simplement qu'un conflit de procédures existe réellement parce que le tribunal étranger s'est déclaré compétent.<sup>2060</sup> Pour ce faire, seules les règles de compétence directe du for étranger sont déterminantes. Et il n'est pas besoin pour le for de se lancer dans l'évaluation de ce que le tribunal étranger a décidé.<sup>2061</sup> Cette décision est en elle-même déterminante et concluante.<sup>2062</sup> Ce n'est qu'une fois l'existence d'un conflit de procédures avéré qu'il faudra éventuellement s'interroger sur le respect que mérite la revendication de compétence dans le chef du tribunal étranger.

\* \*  
\*

<sup>2059</sup> P. ex. CHESHIRE et NORTH, 1999, 336-337; DICEY et MORRIS, 2000, 396-397.

<sup>2060</sup> V. encore M. Mayer, qui dans son précis (1998, 286, n° 444-1), explique d'abord justement que pour constater l'existence d'une situation de litispendance, il n'est point besoin de contrôler la compétence étrangère. Le simple fait que le tribunal étranger se soit reconnu compétent suffit à créer la litispendance. Si vérification de la compétence il y a, elle n'intervient toujours selon M. Mayer qu'au stade des conditions d'accueil de la litispendance et non pas pour examiner la simple existence d'une situation de litispendance.

<sup>2061</sup> On pourrait se demander à partir de quel moment on peut considérer que le tribunal étranger est compétent. Suffit-il qu'il ait repoussé une exception d'incompétence, et qu'en est-il lorsqu'une décision dans laquelle le juge constate sa compétence, est encore susceptible d'une voie de recours, voire à déjà été attaquée devant une instance supérieure ? On a vu que lorsqu'il existe un doute sur la compétence du juge étranger, le juge européen saisi d'une exception de litispendance doit surseoir à statuer en attendant que le tribunal étranger se prononce. Cette obligation de surseoir à statuer s'étend-elle à une éventuelle procédure d'appel ? Les avis sont partagés sur la question, v. H. GAUDEMET-TALLON, « Litispendance et connexité en droit européen et en droit international : la règle prior tempore... », *Dalloz Affaires*, 1996, 474, note 3, qui explique que la compétence du juge premier saisi est certaine dès lors que le juge de première instance s'est prononcé. Selon cet auteur il n'est pas nécessaire d'attendre que les voies de recours contre la décision aient été exercées. V. toutefois W. KENNET, "Lis Alibi Pendens - A View from the U.K.", *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (eds.), Brussel, Bruylant, 1999, (103), 117-118 et H. LINKE, « Ausgewählte Probleme der Rechtshängigkeit und der Urteilsanerkennung » in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*, Cour de Justice des Communautés européennes (ed.), Londres, Butterworths, 1993, 182-183. *Adde Trib.* Arnhem, 23 mai 1996, *N.I.P.R.*, 1996, 972 (le tribunal se déclare incompétent en raison de l'existence d'une procédure concurrente engagée en Belgique, malgré le fait que le défendeur a déclaré qu'il interjettera appel contre la décision du tribunal de Tongres qui s'était déclaré compétent. En l'espèce, l'appel contre cette décision ne pouvait selon l'article 1050 C. Jud. Belge être soumis à la cour qu'avec la contestation de la décision sur le fond du juge de première instance).

<sup>2062</sup> En s'inspirant de la pratique des tribunaux anglo-saxons, on pourrait éventuellement étendre le champ des 'investigations' pour y inclure les autres obstacles à la saisine du for étranger, comme par exemple l'expiration du délai de prescription. V. CHESHIRE et NORTH, 1999, 337 e.s. sur la difficulté de séparer cet examen préliminaire de la détermination que le for étranger respecte les conditions d'une bonne administration de la justice. P. ex. *Mohammed v Bank of Kuwait and the Middle East KSC*, [1996] 1 W.L.R. 1483 (CA), qui a sans doute été 'réformé' par *Connelly v R.T.Z. Corp.* [1998] A.C. 854. *Adde BRIGGS et REES*, 1997, 196. Même dans cette conception plus étendue, il n'y a pas véritablement de contrôle. Le for peut se contenter d'attendre la décision du juge étranger sur ce point.

## § 2. Identité entre litiges

460. **Généralités** – Une fois établi que le tribunal étranger est compétent pour connaître de la cause, encore faut-il, pour que l'on puisse parler de *conflit* entre les deux procédures qu'elles concernent, au moins partiellement, les mêmes questions et les mêmes personnes. Toute la difficulté est de savoir quel est le *degré d'identité* requis pour que l'on puisse parler de conflit, et que l'on puisse dès lors envisager une mesure de coordination.

Comme le relève M. *Reymond*, “[p]arfois l’identité des litiges, tant objective que subjective, ne fait aucun doute, notamment lorsque le demandeur renouvelle son action contre le même demandeur, en déposant une seconde demande en tout point identique à la première”.<sup>2063</sup> Le plus souvent cependant cette question fera l’objet de controverses délicates à trancher.

Il est hors de question d’élaborer dans le cadre de cette étude une théorie générale de l’identité des litiges, dont l’ampleur dépasserait d’ailleurs de loin la seule déférence internationale, puisque cette question intéresse également le régime des jugements étrangers, et en particulier l’exception de chose jugée, ainsi que les règles relatives à la concentration des litiges. Une théorie de cette nature tiendrait d’ailleurs du droit judiciaire comparé, dont on a pu écrire qu’il était encore plus « broussailleux » que le droit judiciaire international.<sup>2064</sup>

De façon plus limitée, nous concentrerons nos investigations sur la question de l’identité *objective* des litiges, en laissant de côté la question, moins controversée, de l’identité *subjective*, à savoir celle qui doit exister entre les parties. Avant d’examiner comment doit être défini le dénominateur commun entre les litiges, il faut s’interroger sur le droit applicable à cette question.

461. **Remarque préliminaire : identité objective des litiges et droit applicable** – L’examen de droit comparé révélera, outre que les différentes juridictions n’accordent pas nécessairement la même importance à la question de l’identité des litiges, que la solution de cette question peut prendre diverses formes. Il n’est donc pas inutile de s’interroger sur le droit applicable à la comparaison entre litiges concurrents. On a déjà observé que si la *lex fori* possédait un titre naturel à régir les questions de procédure, cette règle générale n’était pas sans appeler d’importantes nuances. La comparaison de l’identité des litiges exige également une approche nuancée.

En principe, il revient à la loi du for de l’abstention de se prononcer sur la question. Elle seule servira de référence pour déterminer si la procédure concurrente est suffisamment similaire à celle engagée dans le for pour justifier une mesure de coordination. Le dénominateur commun est en effet une condition de la déférence dont il appartient au for de déterminer la portée, puisqu’elle va influencer directement sur le degré de déférence dont il témoigne à l’égard de la procédure étrangère.<sup>2065</sup> Il ne faut toutefois pas se

<sup>2063</sup> J.-M. REYMOND, *L’exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 193. L’auteur cite ATF 85 II 80.

<sup>2064</sup> H. BORN, M. FALLON, et J.-L. VAN BOXSTAELE, 2001, 426, n° 216.

<sup>2065</sup> La jurisprudence allemande est établie en ce sens, v. p. ex. KG (Berlin), 21 décembre 1993, *Fam RZ*, 1995, 1074 ; *IPRspr.*, 1994, 356, n° 157 (procédures concurrentes en divorce en Belgique et en Allemagne, le Kammergericht décide de la question d’identité d’objet doit être examinée à la lumière du droit allemand qui

méprendre sur la portée de la *lex fori* : si elle possède le monopole pour déterminer quel est le degré de similitude requis, elle ne saurait être invoquée pour mesurer la portée exacte de la procédure étrangère. Seule la loi étrangère possède un titre pour tracer les limites de cette procédure. Vouloir étendre l'emprise de la *lex fori* à cette question ferait naître le risque de conférer à la procédure étrangère plus d'effet qu'elle n'en revendique.<sup>2066</sup>

**462. Remarque préliminaire : identité objective des litiges et droit applicable (suite)** – L'application de principe de la *lex fori* ne va pas sans poser de sérieuses difficultés lorsque l'exception de déférence fait partie d'une disposition conventionnelle. Elle pourrait en effet conduire à conférer à cette exception un champ d'application à géométrie variable selon le juge auquel elle est soumise, comme l'ont d'ailleurs montré les premières expériences avec la litispendance européenne.<sup>2067</sup> Le recours au droit national est cependant fréquent dans l'application du droit conventionnel bilatéral, ce qui n'est pas sans réduire la plupart du temps l'efficacité des mécanismes de coordination qu'il prévoit.<sup>2068</sup>

Il n'est à notre connaissance que la litispendance européenne qui ait échappé à l'emprise du droit national. On verra en effet que la Cour de Justice a développée une conception *autonome* de l'identité des litiges, qui permet de soustraire l'opération de comparaison de toute référence aux conceptions nationales.<sup>2069</sup>

---

s'applique aux questions de procédure en tant que *lex fori* : « Die Frage ob ein Streitgegenstand mit einem anderen identisch ist, ist ein Verfahrensfrage, und nach deutschem Recht zu beantworten ». Dans le même sens, OLG Frankfurt, *WM*, 2001, (1108), 1109.

<sup>2066</sup> *Comp.* avec la suggestion de NIBOYET-HOEGY, d'avoir recours, pour mesurer la portée objective d'une procédure, non pas à la loi du for, mais bien à la loi applicable au droit litigieux. C'est donc le droit applicable au fond du litige qui serait décisif en la matière (*l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-1996, 82-83 et les commentaires critiques de P. LAGARDE, 90). *Cors.* pour la détermination de l'autorité de la chose jugée du jugement étranger, BATIFFOL et LAGARDE, *II*, 606-607, n° 736-1, qui précisent que l'objet du jugement étranger doit être examiné dans la loi étrangère, même si la loi du for peut intervenir pour limiter les effets revendiqués par le for étranger, et la remise en question, peu convaincante, de cette position traditionnelle par M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986, 211-245.

<sup>2067</sup> La jurisprudence des juridictions nationales s'en remettrait en effet dans les premières années au droit national pour l'interprétation de l'exigence de l'identité au sens de l'article 21, v. LG Köln, 28 juillet 1978, *Répertoire de jurisprudence communautaire*, Série 'D', I-21-B3 (le tribunal fait appel à la conception allemande du 'Streitgegenstand' pour l'interprétation de l'identité objective entre les deux demandes, et décide qu'il n'y a pas identité entre une action en dommages et intérêts et une action déclaratoire visant à faire constater l'existence d'une obligation de compenser le dommage). Dans le même sens, OLG München, 13 février 1985, *R.D.I.P.P.*, 1986, 931, *IPRax*, 1989, 80, note Jayme/Aull ; *Répertoire de jurisprudence communautaire*, Série 'D', I-21-B.10 (la Cour décide que la condition de l'identité entre les deux litiges doit, à défaut d'indication dans l'article 21, être interprétée à la lumière des conceptions nationales de chaque tribunal. Elle en conclut qu'il n'y a pas identité entre une action visant à obtenir l'exécution d'un contrat et une action déclaratoire en constatation de la nullité du même contrat) ; OLG Hamm, 25 sept. 1985, *IPRax*, 1986, 233, note R. GEIMER p. 208 (référence au droit allemand pour décider qu'il n'y a pas d'identité entre une action déclaratoire et une action condamnatoire, selon la Cour il faut qu'il y ait identité non seulement en vertu du droit allemand mais également du droit italien).

<sup>2068</sup> On se rappellera l'étonnante décision de la Cour de Cassation belge qui a cru bon de faire application du droit belge pour interpréter les notions de cause et d'objet qui apparaissent dans l'exception de litispendance prévue par la convention belgo-allemande, déguisant cette interprétation nationale en invoquant le « sens juridique usuel » des termes de la convention (Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, 806, ccls. W. J. van der Meersch ; *Am. Cass.*, 1972, 824 ; *R.W.*, 1972-73, 1667 ; *J.T.*, 1972, 501 ; *R.C.J.B.*, 1973, 233, note F. RIGAUX et les explications de R. LEDOUX, « Les disparités des traités d'exequatur au sujet de la litispendance », *J.T.*, 1972, 725-726). Selon la Cour, « il ne ressort ni de la convention [...] ni d'aucun élément du rapport autorisé des négociateurs que le terme 'cause', dans l'article 15 de celui-ci, doive recevoir une interprétation s'écartant de son sens juridique actuel ».

<sup>2069</sup> C'est peu dire que cette conception autonome ne remporte pas l'assentiment général. Au contraire, elle fait l'objet de nombreuses critiques, qui ne font d'ailleurs pas toujours la distinction entre la conception large de l'identité objective et les conséquences qui en découlent du fait de la primauté accordée au juge premier saisi. *Cors.* la démonstration de CH. DOHM, *Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit in deutschen internationalen Zivilprozessrecht*, Berlin, Ducker & Humblot, 1996, spéc. pp. 75-79, qui prend argument de la parenté entre la litispendance et l'exception de chose jugée pour plaider pour l'application de la *lex fori* afin de déterminer l'identité entre litiges.



Que la détermination du dénominateur commun soit l'affaire du droit national ou fasse l'objet d'une approche autonome, dans tous les cas, il faudra construire une théorie de l'identité des litiges. Pour ce faire, la plupart des droits nationaux ont trouvé inspiration dans leur pratique nationale. Nous allons tout d'abord constater l'échec de ces conceptions dérivées (A) avant de suggérer une approche différente (B).

#### A. L'impasse des doctrines dérivées

463. **Introduction** – On a déjà évoqué le lien qui unissait, dans la pratique du vieux continent, l'exception de litispendance au régime des jugements étrangers et en particulier à l'exception de chose jugée. Cette filiation n'a pas été sans déteindre sur la définition des limites objectives assignées à la première. Dans l'ensemble, et dans un louable souci de cohérence, les tribunaux se sont laissés guider par les notions dégagées en droit judiciaire interne pour mesurer l'objet des procédures. Cette approche, que l'on pourrait qualifier de doctrine 'dérivée' de l'identité, est typique des jurisprudences française (i) et allemande (ii). On va voir qu'elle fait en réalité peser une lourde hypothèque sur l'exception de déférence.

##### (i) LES LIMITES OBJECTIVES DE L'EXCEPTION DE LITISPENDANCE INTERNATIONALE EN DROIT FRANÇAIS : LES EXIGENCES DE CAUSE ET D'OBJET

464. **Une double condition pour définir l'identité objective** – En droit interne, la litispendance française ne peut être invoquée, selon l'article 100 NCPC, que lorsque [...] le *même* litige est pendant devant deux juridictions ». En l'absence de disposition spécifique visant les litiges internationaux, la jurisprudence a, pour déterminer l'identité objective des litiges, fait appel aux termes de l'article 1351 du Code civil, qui exige que la chose demandée et que la cause soient les mêmes. Partant, l'exception de litispendance internationale est limitée par une double exigence tenant à la *cause* et à l'*objet* des procédures. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris a, pour accueillir une exception de litispendance invoquée en faveur d'une procédure américaine, constaté que "les demandes introduites [...] tant en France qu'aux Etats-Unis, ont pour objet la réparation des mêmes dommages et que ce sont les mêmes fautes qui sont alléguées à l'appui de ces demandes; qu'ainsi l'objet et la cause des deux instances sont identiques"<sup>2070</sup>.

V. le compte-rendu approuvé par M. LENENBACH, *Z.Z.P.*, 1998, 111-116. Il semble que la critique de M. Dohm vise avant tout l'interprétation extensive de la Cour de Justice, et non pas le recours à un concept autonome d'identité. M. Dohm semble opposé à l'interprétation extensive que la Cour donne de l'identité entre litiges, qu'il accuse de porter atteinte au droit d'action des justiciables. Il se trompe peut être de cible en s'en prenant à l'interprétation autonome.

<sup>2070</sup> TGI Paris, 23 novembre 1983, *R.C.D.I.P.*, 1984, 510, note H. GAUDEMET-TALLON. V. également Paris, 24 novembre 1977, *J.D.I.*, 1978, 306, note A. HUET; *R.C.D.I.P.*, 1978, 527, note I.F. (qui rejette l'exception de litispendance au motif que "l'objet et la cause juridique n'étaient pas les mêmes dans les deux instances [...]"), en première instance dans cette affaire, TGI Paris, 7 juillet 1976, *R.C.D.I.P.*, 1977, 725, note I. FADLALLAH (la question de l'identité entre les procédures ne semble pas avoir été soulevée en première instance); Paris, 20 janvier 1988, *J.D.I.*, 1989, 1032, note E. LOQUIN (le tribunal relève, sans critiquer cette décision, qu'un tribunal belge a en l'espèce rejeté l'exception de litispendance en l'absence d'identité d'objet et de cause, le demande soumise au tribunal français portant sur une provision et celle engagée en Belgique visant à obtenir la désignation d'un expert); Paris, 25 juin 1993, *D.*, 1993, IR, 218 (constate l'identité de cause et d'objet entre deux demandes de divorce dont l'une pendante aux Etats-Unis. En l'espèce l'exception de litispendance fut rejetée faute de compétence du juge américain).

En pratique le juge français devra dès lors examiner la *cause* et l'*objet* des deux procédures pour déterminer s'il peut faire confiance au for étranger. La jurisprudence montre que ceci ne va pas sans peine. Il n'est en effet pas toujours facile de déterminer, dans les termes utilisés par les plaideurs à l'étranger, quelle est la cause et quel est l'objet de leur action. Il faudra parfois au juge beaucoup de perspicacité pour appliquer ce modèle à des conclusions formulées selon le vocabulaire et les formes imposées par le droit étranger. Là n'est toutefois pas la principale difficulté de cette conception dérivée. C'est en effet la référence aux concepts mêmes d'objet et de cause qui peut être source de difficultés, comme on va l'examiner successivement pour chacun de ces concepts.

**465. L'objet des demandes, une source de difficultés** - Le principal obstacle résulte en effet de l'ambiguïté fondamentale des termes utilisés, en premier lieu du concept d'*objet*. On sait qu'en droit de la procédure, l'objet de la demande est la prétention de celui qui l'introduit, ce qu'il souhaite voir décider par le juge - par exemple la rupture du lien conjugal par le prononcé du divorce, la résiliation d'un contrat ou la condamnation de l'adversaire au paiement d'une somme d'argent.<sup>2071</sup> Exiger que deux procédures portent sur un objet identique, revient dès lors à n'admettre le parallélisme que lorsque les parties cherchent à obtenir la même chose du juge. Prise à la lettre, l'exigence d'identité d'objet conduira par exemple à décider que deux demandes de dommages et intérêts formulées par deux contractants qui se reprochent mutuellement une faute dans l'inexécution du contrat, ne partagent pas le même objet lorsque les parties revendiquent un montant différent.

Une telle approche revient à priver en pratique le mécanisme de coordination d'une grande partie de son efficacité. Il n'y aurait en somme possibilité de s'abstenir que lorsque les deux demandes émanent de la même partie - encore une partie pourrait-elle échapper à la déférence en prenant soin de formuler ses deux demandes de façon différente. Dès qu'elles sont le fait des deux adversaires, on peut s'attendre à ce que les prétentions qu'ils formulent ne coïncident pas exactement puisque par hypothèse, les intérêts des parties au litige sont opposés. Il en est d'autant plus ainsi que les demandes auront été formulées sur base du vocabulaire juridique de chaque for, qu'elles seront adaptées à la terminologie et aux concepts locaux, ce qui nécessairement fera apparaître des différences. Même si l'on concevait l'objet comme un concept de pur fait exclusif de toute coloration juridique,<sup>2072</sup> rares seront les hypothèses où les prétentions des deux parties, considérées uniquement sous l'angle des faits, coïncideront exactement.

D'ailleurs, comme on l'a fait remarquer, si l'une des parties cherche à obtenir une décision devant un tribunal étranger, la raison en est précisément que les règles juridiques étrangères lui permettent d'espérer obtenir un résultat différent.<sup>2073</sup> En somme la condition d'identité d'objet, directement importée des doctrines internes, constitue le

<sup>2071</sup> Pour le droit belge, V. A. FETWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Liège, Faculté de droit de Liège, 1987, 58-60, n° 54. En droit français, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T. 3 : *procédure de première instance*, Paris, 1991, 58-65, n° 64-68 (ces auteurs analysent de façon détaillée les difficultés qui naissent de la définition de l'objet comme la prétention formulée par le demandeur. L'article 4(1) NCPC dispose que l'objet du litige est déterminé par "les prétentions respectives des parties").

<sup>2072</sup> Comme le faisait Motulsky, qui voyait dans la prétention la demande d'une partie au juge d'accorder "un résultat économique et social". Sur les difficultés de cette conception, v. H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, 60-62, n° 66. En droit belge, J. VAN COMPERNOLLE, "L'office du juge et le fondement du litige", *R.C.J.B.*, 1982, 14, n° 7-9 (qui semble adopter la conception 'a-juridique' de M. Motulsky).

<sup>2073</sup> E. GROFFIER et GOLDSTEIN, *Droit international privé*, T.I, *Théorie générale*, Cowansville, Yvons Blais, 1998, 326, n° 137.

véhicule idéal pour les tribunaux qui veulent se débarrasser d'une encombrante exception de déférence sans en condamner le principe.

466. L'objet des demandes, une source de difficultés (suite) - Et l'on doit constater que la jurisprudence française ne s'est pas privée de se réfugier derrière l'absence d'identité d'objet pour rejeter l'exception de litispendance. Le contentieux du divorce international fournit une excellente illustration des limitations qu'impose l'exigence de l'objet. Les tribunaux sont ainsi unanimes pour estimer qu'une demande en divorce formée à l'étranger et une instance de conversion de séparation de corps formée en France ne partagent pas le même objet.<sup>2074</sup> Cette appréciation s'impose logiquement, puisque formellement au moins, les prétentions des deux époux sont différentes. On ne s'étonnera dès lors pas de voir que les tribunaux belges font preuve d'une même rigueur dans l'interprétation de l'exception de litispendance prévue conventionnellement.<sup>2075</sup>

C'est au nom de la même absence d'identité entre les objets des instances, condition posée expressément par le législateur pour l'exception de litispendance (art. 3137 C. civ.), que les tribunaux québécois refusent eux aussi de surseoir à statuer sur une demande en séparation de corps lorsque le tribunal étranger est saisi d'une demande en divorce.<sup>2076</sup> A la décharge des tribunaux québécois, il faut ajouter que certaines décisions témoignent d'un plus grand enthousiasme à l'égard de la coordination internationale, en laissant entendre dans le même contexte que l'article 3137 peut être invoqué dès lors que les requêtes sont « analogues », voire même « connexes » et pas seulement identiques.<sup>2077</sup>

<sup>2074</sup> Paris, 16 février 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, 2, 385, note R.S. (pas d'identité d'objet entre une demande en divorce engagée en France et une instance en séparation de corps en Espagne). Le TGI de Créteil est allé plus loin puisqu'il a nié l'identité entre une demande de divorce et une demande de conversion de séparation de corps, TGI Créteil, 16 mai 1974, *Gaz. Pal.*, 1975, 1, 140.

<sup>2075</sup> P. ex. Bruxelles, 3 février 1998, *Act. Div.*, 2000, 55, qui écarte le jeu de l'exception de litispendance prévue par la convention belgo-italienne du 6 avril 1926 en constatant l'absence d'identité entre une demande de divorce en Belgique et une demande en homologation d'une convention en séparation de fait en Italie.

<sup>2076</sup> C.S. Montréal, 20 novembre 1996, *Droit de la famille* n° 2573, n° 500-04-008203-961, *J.E.*, 1997-207 (en l'espèce, un couple s'étant marié au Vermont et y avait toujours vécu, se sépare et l'épouse vient vivre à Montréal où elle intente une demande en séparation de corps. L'époux quant à lui avait demandé le divorce devant les tribunaux du Vermont. Le juge rejette l'exception de litispendance en décidant que l'objet des deux demandes n'est pas le même. Notons également qu'il refuse de considérer les tribunaux du Vermont comme étant les plus appropriés.

V. également la décision de la Cour d'Appel, *Droit de la famille* 2561, [1997] R.D.F. 3 (pas identité d'objet entre une action en divorce intentée en France et des demandes relatives à la garde d'enfant et la pension alimentaire, intentées au Québec avant l'action en divorce) ; Cour d'Appel, *Droit de la famille* 2454 [1997] R.J.Q. 2509 (reçoit l'exception de litispendance et surseoit à statuer sur des mesures accessoires à une séparation de corps demandée au Québec parce qu'une demande en divorce avait été intentée antérieurement en Californie). V. également, sous l'empire de l'ancienne législation, CA Québec, 22 janvier 1992, *York-Hammer Developments Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, [1992] R.D.J. 374 (Cour décide qu'il n'y a pas identité d'objet entre une action visant à faire déclarer qu'une police d'assurance est nulle ab initio et une autre qui vise à obtenir la confirmation de la validité de cette même police ainsi que des dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat).

<sup>2077</sup> Cour sup. Québec, 17 août 1999, *D. (S.) c. G. (H.)*, *Droit de la famille* 3392, [1999] R.D.F. 676. En l'espèce, la Cour supérieure du Québec a accepté de surseoir à statuer sur une demande de mesures provisoires visant à obtenir la garde des enfants parce que l'épouse avait entamé une procédure similaire devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick. Or les demandes se greffaient au Québec sur une demande en séparation de corps et au Nouveau-Brunswick sur une demande en divorce. La Cour expliqua que « contrairement à la séparation de corps, [le divorce] constitue une procédure maîtresse devant conduire ultimement à la dissolution du lien matrimonial entre les parties [...] ». V. également Cour Suprême Montréal, 16 août 1994, *Droit de la famille* n° 2032, *R.J.Q.*, 1994, 2218 (un couple de belges avait émigré au Québec. Des difficultés professionnelles avaient créé une certaine tension au sein du couple, l'épouse retourna en Belgique où elle intenta une procédure en divorce, en demandant également la garde des enfants. L'époux contesta la compétence des tribunaux belges et demanda la séparation de corps au Québec. Constatant que les tribunaux belges étaient mieux placés pour connaître de la cause, la Cour surseoit à statuer sur base de l'article 3137 C. civ. Québec, acceptant donc que les deux procédures portaient sur des objets identiques. V. les commentaires critiques de S. HEYEUR, « Le droit de la famille en droit international privé », in *Développements récents en droit familial 2000*, Service de la formation permanente Barreau du

467. L'objet des demandes, une source de difficultés (suite) – L'affaire *In Any Events* soumise à la Cour d'Appel du Québec illustre bien les difficultés soulevées par la condition d'identité d'objet.<sup>2078</sup> En l'espèce, une société québécoise réclamait de son assureur des dommages et intérêts pour la perte d'une scène mobile détruite dans un accident. Dans le même temps, cette société avait assigné les locataires de la scène devant les tribunaux de Floride, lieu de l'accident, demandant réparation du dommage. Sur ces deux procédures se greffaient en outre divers recours en garantie. Dans les deux cas, le propriétaire de la scène cherchait à obtenir une indemnisation pour le même dommage, résultant d'une faute unique. La question de l'identité d'objet se posait toutefois car l'instance engagée au Québec portait en outre sur une substantielle indemnisation additionnelle, pour le dommage économique et le manque à gagner résultant de la perte de la scène.

La Cour se montra de bonne volonté et souligna qu'il n'était pas nécessaire d'exiger une identité absolue entre les objets des demandes.<sup>2079</sup> Elle fit à juste titre remarquer que la condition de l'objet serait "assez difficile à vérifier dans une situation internationale, parce qu'il est possible qu'une condition devant un tribunal comprenne implicitement celle recherchée devant un autre".<sup>2080</sup> En l'espèce la Cour conclut que l'incertitude régnant sur les deux procédures rendait impossible d'assimiler totalement leurs objets. Elle rejeta en conséquence l'exception de litispendance.<sup>2081</sup> Cette décision illustre non seulement la difficulté de la comparaison des objets d'instances engagées dans des juridictions différentes. Elle montre également que cette condition peut laisser subsister des procédures concurrentes qui se recoupent pour une grande partie, sans coïncider exactement.<sup>2082</sup>

Or, comme on l'a relevé, "[i]l est bien contestable de ne vouloir accueillir la litispendance internationale que si le jugement étranger paraît devoir être la copie de ce qu'aurait été le jugement français".<sup>2083</sup> Certes, on ne peut nier qu'une demande en divorce n'a pas le même objet qu'une demande en séparation de corps, puisque seule la première a pour enjeu la dissolution complète du lien conjugal. Faut-il pour autant refuser toute

---

Québec (ed.), Cowansville, Yvon Blais, 2000, (139), 146-148 (estime qu'il n'y a pas identité d'objet et donc pas lieu à sursis entre une action en divorce et une action en séparation de corps).

<sup>2078</sup> CA Québec, 19 mai 1999, *Stageline Mobile Stage, Inc. c In Any Events, Inc.*, Montréal 500-09-007336-985, [1999] R.J.Q. 1344.

<sup>2079</sup> [1999] R.J.Q. 1344, 1352, § 35.

<sup>2080</sup> [1999] R.J.Q. 1344, 1352, § 35.

<sup>2081</sup> Cette conclusion fut sans doute facilitée par la circonstance que la Cour se montra d'autre part prête à accueillir le déclinatoire pour cause de *forum non conveniens*. V. également C. S. Montréal, *Opron, Inc. v Aero Systems Engineering Inc.*, 11 février 1999, [1999] R.J.Q. 757 (Cour constate qu'il n'y a pas d'identité d'objet entre une demande de dommages et intérêts intentée au Minnesota et la requête visant à nommer un arbitre. La Cour constate qu'il « n'y a donc virtuellement aucune possibilité de jugements contradictoires »); C. Q. Montréal, 2 novembre 1999, *Sabril L.S. Corp. c Asset Development Corp., J.E.*, 1999-2211 (pas d'identité d'objet entre une demande de compte pour services de confection de vêtements et une action en dommages et intérêts pour inexécution contractuelle); Cour Supérieure de Longueuil, 28 septembre 1998, *Barré c J. J. MacKay Canada Ltée, J.E.*, 1999-27 (rejette l'exception de litispendance faute d'identité entre une demande de dommages et intérêts pour licenciement injustifié et une demande de dommages et intérêts pour rupture de contrat et concurrence déloyale).

<sup>2082</sup> Les difficultés relatives à l'identité objective sont quelque peu atténuées en droit québécois du fait de l'existence parallèle de deux exceptions, l'une portant sur la litispendance et l'autre sur le *forum non conveniens*. Les tribunaux – et les plaideurs – jouent souvent sur les deux tableaux et incorporent des raisonnements tirés du *forum non conveniens* lorsqu'ils examinent la litispendance, ce qui leur permet de passer outre les limites objectives de celle-ci.

<sup>2083</sup> H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, (122), 133.

possibilité de coordination entre deux procédures qui concernent en définitive le même couple en crise ? On reviendra sur cette question. Qu'il suffise à ce stade de constater que si une telle coordination était jugée nécessaire, il faudrait adopter une interprétation résolument extensive de la notion d'objet, qui aboutirait à en dénaturer la portée.

**468. La cause des demandes, une condition à l'origine de nombreuses difficultés** – Si l'exigence d'identité d'objet n'est pas d'une appréciation facile, que dire alors de l'identité de *cause*, un concept dont MM. *Solus* et *Perrot* expliquaient fort justement qu'il est "très malléable" et d'une "consonance métaphysique qui échappe à toute certitude".<sup>2084</sup>

Force est tout d'abord de constater qu'il n'existe pas de définition universellement acceptée de la 'cause' de la demande : alors que le droit positif français semble avoir adopté, à la suite de M. *Motulsky*, une conception purement factuelle, définissant la cause comme l'ensemble des faits allégués par les parties à l'appui de leurs prétentions,<sup>2085</sup> cette conception est décriée en doctrine.<sup>2086</sup> Le droit belge semble par contre en être resté à une conception mixte de la cause, entendue comme l'ensemble des faits allégués par les parties, tels qu'ils sont juridiquement qualifiés. A son tour cette conception est vigoureusement rejetée par un auteur comme M. *Fetwaëis*.<sup>2087</sup> En définitive la lecture des commentaires sur le sujet laisse une impression de désaccord profond. Ceci n'a pas empêché les tribunaux français d'exiger la présence d'une cause identique pour satisfaire les conditions de la litispendance. Et tout comme l'identité d'objet, celle de la cause se révèle être un obstacle difficile à franchir pour l'abstention internationale.

Si l'on s'en tient à une interprétation factuelle du concept, l'identité de cause ne se vérifiera que rarement.<sup>2088</sup> Il faudrait en effet pour qu'il y ait identité que coïncident les faits allégués par chacune des parties. Or celles-ci prendront soin de sélectionner parmi l'ensemble des faits ceux qui justifient les reproches adressés à l'adversaire, comme le montre la jurisprudence en matière de divorce international. La Cour de Colmar a par exemple jugé que les demandes en divorce présentées par chacun des époux devant des tribunaux différents n'avaient pas la même cause, car les griefs soulevés dans les deux espèces étaient différents.<sup>2089</sup> Cette décision a trouvé écho dans d'autres affaires.<sup>2090</sup>

<sup>2084</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *ac*, 65, n° 69.

<sup>2085</sup> *Idem*, 68, n° 71.

<sup>2086</sup> MM. *Solus* et *Perrot* expriment par exemple de "sérieuses réserves" (*ac*, 68, n° 71) et concluent que le système français est "inutilement dogmatique et artificiel par bien des aspects".

<sup>2087</sup> L'auteur embrasse l'enseignement de Motulsky et voit dans la cause "le complexe de faits générateurs de la prétention", le choix et l'application de la norme juridique étant étranger à la notion de cause, *ac*, 60-83, n° 55-63.

<sup>2088</sup> M. *Barbanck* pointe également du doigt « the existence of litigation in different countries that may follow different procedural rules and reflect different legal traditions [...] ». Il en déduit qu'il faut adopter une certaine « réserve ou modestie » lorsque l'on s'attache à déterminer le contenu des procédures parallèles (*lc*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 233).

<sup>2089</sup> Colmar, 19 février 1974, *D.*, 1974, somm. 134.

<sup>2090</sup> P. ex. Paris, 24 novembre 1977, *J.D.I.*, 1978, 306, note A. HUET ; *R.C.D.I.P.*, 1978, 527, note I.F. ; *Gaz. Pal.*, 1978, 1, 201, note Sarraute (une requête en divorce devant les tribunaux français n'a pas la même cause qu'une instance en divorce engagée auparavant en Suède, la requête française se fondant sur l'article 242 du Code civil (divorce pour faute) alors que la requête suédoise était fondée sur base d'une séparation des conjoints depuis au moins deux années) ; Lyon, 8 octobre 1980, cité par H. GAUDEMET-TALLON, *lc*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, (122), 132 (la Cour d'Appel rejette l'exception de litispendance au motif que « les causes et les effets du divorce étant différentes en droit français et en droit tunisien, les instances engagées par l'un et l'autre époux pour obtenir le divorce en vertu respectivement de la loi française et de la loi tunisienne ne constituent pas un même litige »).

469. **La cause des demandes, une condition à l'origine de nombreuses difficultés (suite)** – Les difficultés ne sont pas moindre si l'on adopte une définition mixte de la cause, comme le montre une décision de la Cour de cassation belge dans un litige mettant en jeu l'exception de litispendance prévue par la Convention belgo-allemande.<sup>2091</sup> En l'espèce, deux citoyens allemands s'étaient établis en Belgique après leur mariage. L'épouse demanda le divorce en Belgique, ce à quoi l'époux répliqua qu'il avait déjà saisi les tribunaux allemands d'une demande similaire. Il demandait dès lors le bénéfice de l'exception de litispendance prévue par l'article 15 de la Convention belgo-allemande du 30 juin 1958.<sup>2092</sup> La Cour, avec l'appui du ministère public, définit la cause comme "le fondement juridique" de la demande.<sup>2093</sup> En l'espèce elle constata que les "demandes réciproques en divorce portent devant le juge des actions différentes; que la cause de la demande du mari et celle de la demande de la femme différent", pour en conclure au rejet de l'exception de litispendance.<sup>2094</sup> Le procureur général alla même plus loin : analysant les causes de divorce prévues par la loi, il nota que même lorsque les deux époux se fondent sur la même disposition, par exemple celle permettant le divorce pour faute de l'autre époux, la cause sera distincte et différente dans chacune des demandes lorsque chaque époux invoque l'adultère de l'autre. A ses yeux, "ce sont là des causes différentes"<sup>2095</sup> parce que "qualifiées de la même manière par la loi, elles ne sont pas le fait de la même personne". Il en conclut qu'entre époux, "la cause de la demande ne sera jamais la même".<sup>2096</sup>

Voilà, d'un trait de plume, une disposition conventionnelle approuvée par deux législateurs, privée d'une grande partie de son efficacité pour le contentieux conjugal! A suivre cette thèse, l'épouse trahie pourrait engager une nouvelle action en divorce à chaque fois que son époux volage la trompe! Malheureusement les juridictions du fond n'ont pas osé condamner un raisonnement dont on perçoit immédiatement l'absurdité. La Cour d'Appel de Bruxelles a ainsi considéré, dans une espèce mettant en jeu la même exception de litispendance, qu'une action en divorce fondée sur l'adultère d'un conjoint ne partageait pas une cause commune avec une autre instance engagée en Allemagne et fondée sur le trouble de la vie commune.<sup>2097</sup>

<sup>2091</sup> Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, 806, ccls. W. J. van der Meersch ; *Arr. Cass.*, 1972, 824 ; *R.W.*, 1972-73, 1667 ; *J.T.*, 1972, 501 ; *R.C.J.B.*, 1973, 233, note F. RIGAUX.

<sup>2092</sup> On remarquera que la Cour, suivant en cela son procureur-général (ccls. W. J. van der Meersch, *Pas.*, 1972, I, 810), prétend interpréter les termes de cette disposition selon leur signification juridique usuelle, c'est-à-dire en fait selon les conceptions du droit interne belge : *Pas.*, 1972, I, 819.

<sup>2093</sup> *Pas.*, 1972, I, 819.

<sup>2094</sup> *Pas.*, 1972, I, 819.

<sup>2095</sup> *Pas.*, I, 817.

<sup>2096</sup> *Pas.*, I, 817.

<sup>2097</sup> Bruxelles, 24 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1997, 370 ; *J.L.M.B.*, 1998, 359. Selon la Cour, «[...] le trouble de la vie conjugale étant la 'cause' de la demande introduite devant le juge allemand par l'appelante, et l'adultère étant la 'cause' de la demande introduite par l'actuel intimé devant le juge belge, le premier juge a, à juste titre, considéré que les deux demandes avaient une cause différente [et] qu'il n'y avait pas litispendance [...]». *Comp.* toutefois Civ. Liège, 3 mai 2001, *Revue en ligne du barreau de Liège*, [www.barreaudeliège.be], visité le 17 avril 2002 (instances concurrentes en divorce engagée en France et en Belgique, toutes deux pour faute du conjoint. Le tribunal décide qu'il y a identité de parties, d'objet et de causes).

Cette jurisprudence connut un écho au Luxembourg, v. Luxembourg, 7 novembre 1991, n° 529/91, citée par F. SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, par J.-CL. WITVINUS, Luxembourg, éd. P. Bauler, 1996, 171-172 (demandes en séparation de corps présentées par les deux époux devant des tribunaux différents n'ont pas la même cause si les griefs soulevés sont différents).

La même chose vaut pour la Suède, dans un litige où était soulevée l'exception de litispendance prévue par la convention helvético-suédoise, la Cour Suprême a rejeté l'exception à défaut d'identité entre les deux procédures,

Comme le note Mme. *Gaudemet-Tallon*, une telle interprétation “revient pratiquement à nier le principe même de la litispendance car les systèmes juridiques en présence seront toujours différents”.<sup>2098</sup> Les conséquences de cette jurisprudence sont pour le moins désastreuses. En règle générale, la décision d'un des tribunaux saisis prononçant le divorce des époux sera en effet reconnue dans le for concurrent sans que la différence de cause ne fasse obstacle à cette reconnaissance.<sup>2099</sup> Il s'en suit que le rejet de la litispendance impose au for de l'abstention de poursuivre une procédure qui pourrait bien se révéler vaine – produisant un gaspillage de ressources dont M. *Palsson* observa avec raison qu'il est contraire à l'économie de procédures.<sup>2100</sup>

## (II) LES LIMITES OBJECTIVES DE L'EXCEPTION DE LITISPENDANCE INTERNATIONALE EN DROIT ALLEMAND : LE 'STREITGEGENSTAND'

470. Un concept unitaire qui se décline en deux éléments – Les tribunaux allemands se sont, tout comme leurs collègues français, laissé inspirer par un concept issu du droit interne de la procédure pour définir les limites objectives de la litispendance internationale. En l'occurrence, c'est la notion de *Streitgegenstand* qui a eu les honneurs de la jurisprudence.<sup>2101</sup> Le concept de *Streitgegenstand* joue un rôle pivot dans de nombreux contextes, par exemple pour déterminer les limites de l'exception de chose jugée ou apprécier la possibilité de modifier une demande.<sup>2102</sup> Ceci explique sans doute que les commentateurs rivalisent d'érudition et de sagacité à son sujet, chacun y allant de sa théorie pour lui donner un contenu concret.<sup>2103</sup> Il semble que la Cour fédérale ait

---

les deux époux alléguant l'adultère dans le chef du conjoint (décision citée par L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, 100-101).

<sup>2098</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, *Mélange Dominique Holleaux*, 133. De la même, *Juris-classeur Droit international*, Fasc. 547-10, p. 20, n° 108-111 et la conclusion que « ces solutions sont sans aucun doute condamnables car elles aboutissent en réalité à nier toute possibilité de litispendance internationale puisque les systèmes juridiques en présence seront toujours différents ».

<sup>2099</sup> Les manuels classiques de droit international privé restent trop souvent muets sur la question de la portée de l'exception de chose jugée étrangère, et en particulier le point de savoir si le crédit accordé à la décision étrangère est limité aux instances portant sur le même objet et la même cause. Le sujet a eu plus de succès dans la doctrine allemande, v. H. SCHACK, 1996, 353 e.s. et les références citées *supra*, n° 353.

On notera toutefois que lorsque la reconnaissance des jugements étrangers est subordonnée à un contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine, comme c'est le cas en France (sur l'historique de cette condition, v. E. PATAUT, *op. cit.*, Paris, LGDJ, 1999, 337-386), la jurisprudence tempère les rigueurs de ce contrôle par le biais de la notion d'équivalence substantielle entre la loi effectivement appliquée par le juge étranger et celle qui aurait été compétente selon les règles de conflit du for. Les tribunaux français acceptent ainsi de reconnaître les divorces prononcés à l'étranger en application de la loi locale au motif de l'équivalence entre la cause de divorce retenue et celle prévue par la loi française (p. ex. Trib. Civ. Seine, 4 novembre 1954, *J.D.I.*, 1955, 650, note Ponsard ; *R.C.D.I.P.*, 1956, 690, note Y. Loussouarn). La souplesse des tribunaux français contraste avec la rigueur de ces mêmes tribunaux lorsque la question se pose au stade de la litispendance. Elle s'explique sans doute par la pression de l'impératif de reconnaissance d'une décision ayant constitué des droits acquis, comme l'explique M. *Audit* (1997, 395, n° 464) ainsi que par le sentiment du caractère quelque peu suranné de la condition (mais v. l'intéressante tentative de réhabilitation par E. PATAUT, *op. cit.*, 1999, 418-438).

<sup>2100</sup> L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, 102-103.

<sup>2101</sup> Paradoxalement le Code de Procédure civile n'utilise pas le concept de 'Streitgegenstand' pour définir les limites de la litispendance interne, v. § 261 ZPO qui évoque le concept de 'Streitsache' et celui d'Anspruch'.

<sup>2102</sup> L. ROSENBERG et K. H. SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1986, 564-565.

<sup>2103</sup> Deux auteurs se partagent les honneurs et peuvent revendiquer la paternité d'une des théories dominantes. Ils y ont d'ailleurs tous les deux consacré leur thèse. Il y a d'une part le procéduraliste K. H. SCHWAB (cf. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Berlin/München, Beck, 1954, 200 p. V. du même également, "Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess", *JuS*, 1965, 81-86) et d'autre part le comparatiste bien connu W. J. HABSCHEID (*Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld, Dr. Heimat-Verlag, 1956, 328 p. et plus récemment : « Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand »,



consacré une double définition qui voit dans l'objet du litige l'ensemble des faits allégués par le demandeur ('Sachverhalt', 'Lebensvorgang' ou encore 'Tatsachenkomplex') et d'autre part les prétentions qu'il exprime ('Antrag'), c'est-à-dire ce qu'il cherche à obtenir.<sup>2104</sup>

Alors que le concept utilisé, que l'on peut traduire littéralement par 'objet du litige', laissait penser que les limites objectives de l'instance seraient appréhendées de façon unitaire, la définition retenue par la Cour réintroduit une double exigence fort proche de celle qui prévaut en droit français. La démarche n'est pas unique. On la retrouve par exemple en droit suisse : bien que l'article 9 de la loi sur le droit international privé se contente d'exiger que les actions aient le même 'objet' ('Gegenstand' en allemand), la doctrine et la jurisprudence expliquent qu'il y a lieu de distinguer deux éléments constitutifs de l'objet, à savoir d'une part l'ensemble des faits allégués à l'appui de la demande et d'autre part les prétentions juridiques invoquées par les parties.<sup>2105</sup>

**471. Disparition de l'exigence de la 'cause' et plus grande coordination** – Si les tribunaux allemands (et suisses) s'en tiennent à une double exigence, elle se révèle toutefois plus souple que la traditionnelle distinction entre *objet* et *cause* de la demande. On se félicitera en particulier de la référence au concept de 'Lebensachverhalt', qui vise l'ensemble des circonstances de faits à la base de l'action. S'agissant d'un concept essentiellement factuel, son application pratique devrait soulever moins de difficultés que l'interprétation du concept quasi-métaphysique de 'cause'.<sup>2106</sup>

---

*Festschrift für K. H. Schwab zum 70. Geburtstag*, P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, Beck, 1990, 181-195). En général pour un aperçu des diverses théories, v. E. BEYS, *Z.Z.P.*, 1992, 145 e.s.

<sup>2104</sup> V. surtout BGH, 19 février 1953, *BGHZ*, 9, 22 et les autres références citées par S. BURCKHARDT, *Internationale Rechtshängigkeit und Verfahrensstruktur bei Einbeurteilungen* Thèse Heidelberg, s.n., s.l., 1997, 33, note 161.

M. Schwab défend une définition plus synthétique du 'Streitgegenstand', qu'il réduit à l'*Antrag* ou plus précisément à « das Begehren der im Klageantrag bezeichneten Entscheidung », L. ROSENBERG et K.H. SCHWAB, *o.c.*, 1986, 569, c'est-à-dire l'objet poursuivi par le demandeur, en faisant abstraction du complexe factuel sur lequel celui-ci est basé (p. 567-568). Il reconnaît cependant que d'autres théories ont été développées et ont les faveurs d'autres auteurs. Sur la conception de M. SCHWAB, v. G. LÜKE, « Zur Streitgegenstandslehre Schwabs – eine Zivilprozessuale Retrospektive », in *Festschrift für K. H. Schwab zum 70. Geburtstag*, P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, Beck, 1990, 309-320.

<sup>2105</sup> La doctrine explique que le concept d'objet doit se comprendre dans le contexte de la jurisprudence antérieure qui faisait du 'Streitgegenstand' une condition de la litispendance, p. ex. S. BERTI, « Artikel 9 », in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL et al (éds.), Bale, Helbing & Lichtenhahn, 1996, 86-87 (selon qui « Die Klage im Ausland muss den identischen Streitgegenstand wie die Klage im Inland haben ») ; I. SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 1990, Dilke Verlag, St Gallen, 314, n° 672 ; G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bern, Verlag Paul Haupt, 1997, 448 ; WITTIBSCHLAGER, 1994, 79. Le message du gouvernement fédéral du 10 novembre 1982 accompagnant le projet de codification évoquait d'ailleurs à propos de la condition d'identité une 'gleiche Streitsache', (p. 42). Or le Tribunal fédéral avait fait reposer la notion d'objet sur deux éléments, le 'Tatsachen' et le 'Rechtsschutzbegehren'. Selon le Tribunal, il y avait identité « wenn die Parteien des Vorprozesses dem Richter den gleichen Anspruch aus dem gleichen Entstehungsgrund erneut zur Beurteilung unterbreiten ». (ATF 97 II 396). V. également ATF 112 II 72 qui définit l'identité « wenn der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird ». Autre définition du Streitgegenstand : ATF 123 III 19 (« Der Begriff der Anspruchsidentität [...] wird durch die Rechtsbehauptungen bestimmt, die von den im abgeschlossenen Verfahren gestellten und beurteilten Begehren erfasst werden. La question de l'identité des litiges est considérée comme relevant du droit fédéral, sur la controverse qui a précédé l'adoption de la LFDIP, v. WITTIBSCHLAGER, 1994, 79-80 et O. VOGEL, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, Bern, Stämpfli, 1997, 105-106. Tout comme en droit allemand, il n'y a pas en droit suisse unanimité sur la portée exacte du concept de 'Streitgegenstand', v. les différentes théories présentées par O. VOGEL, *o.c.*, 1997, 204-205.

<sup>2106</sup> Si la référence au concept de cause est également absente du droit suisse, cela n'a pas empêché un auteur de la réintroduire par le biais de l'interprétation du concept d'objet. M. Dutoit explique en effet que l'identité d'objet « implique la présence de conclusions identiques fondées sur les mêmes faits et la même cause juridique », *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, Helbing & Lichteahn, 1996, art. 9, n° 2. Cet auteur conclut d'ailleurs que l'article 9 ne saurait être invoqué à défaut « d'identité formelle entre les deux demandes ».



La disparition du concept de 'cause' a certainement un effet appréciable sur la coordination des procédures de divorce. On a vu que les tribunaux français pouvaient se montrer formalistes au point de refuser le bénéfice de la litispendance à une procédure de divorce engagée antérieurement à la procédure française lorsque le fondement invoqué à l'appui des demandes n'était pas identique (*supra*, n° 466). Débarrassé de l'encombrant héritage de la 'cause', la jurisprudence allemande a pu adopter une position plus souple sur cette question.

La Cour fédérale allemande a ainsi imposé le respect de la litispendance pour mettre fin aux doubles procédures de divorce sans s'arrêter au détail des griefs invoqués par les époux. Dans une espèce qui mettait aux prises un couple germano-helvétique, l'époux avait demandé le divorce devant les tribunaux de Cologne, alors que l'épouse avait déjà porté une demande similaire à la connaissance des tribunaux suisses.<sup>2107</sup> La Cour a accepté qu'en l'espèce il y avait identité entre les procédures, en notant notamment que "tant dans la procédure engagée dans le canton de Zug que dans la procédure allemande, il y va de la même manière du divorce des parties". Et la Cour de poursuivre en expliquant que « le mariage ne peut être dissout que de manière uniforme ».<sup>2108</sup> Ce faisant la Cour invite les tribunaux à procéder à une appréciation globale de l'identité des litiges en cause, sans s'appesantir sur la formulation exacte des demandes.<sup>2109</sup>

Les tribunaux du fond ont suivi la voie tracée par la haute Cour et se montrent prêts à accepter l'identité entre deux actions en divorce même si les griefs invoqués par les époux sont différents.<sup>2110</sup>

<sup>2107</sup> BGH, 18 mars 1987, *N.J.W.*, 1987, 3083, note R. GEIMER ; *FamRZ.*, 1987, 580, note P. GOTTWALD ; *IPRax*, 1989, 104, note K. SIEHR.

<sup>2108</sup> "In dem Verfahren vor dem Kantonsgericht Zug und dem vorliegenden Verfahren geht es in gleicher Weise um die Scheidung der Ehe der Parteien. Der Ehe kann nur einheitlich geschieden werden".

<sup>2109</sup> V. également OLG Frankfurt, 5 juillet 1988, *N.J.W.*, 1989, 671 ; *IPRspr.*, 1988, 397, n° 180 (la Cour accepte l'autorité de chose jugée d'une décision turque rejetant une demande en divorce. Selon la Cour cette décision s'oppose à la nouvelle demande en divorce formulée par l'épouse parce que celle-ci porte sur le même objet) ; OLG Hamburg, 3 juillet 1990, *IPRax*, 1992, 38, note T. RAUSCHER ; *IPRspr.*, 1990, 378, n° 191 (rejette l'exception de litispendance invoquée en faveur d'une procédure en divorce intentée en Yougoslavie, mais note toutefois que l'objet des deux demandes est identique, deux procédures en divorce ont le même Streitgegenstand) ; AG Tübingen, 5 octobre 1990, *IPRax*, 1992, 50 (résumé) ; *IPRspr.*, 1990, 386, n° 192 (accepte l'identité d'objet entre des demandes en divorce en France et en Allemagne).

<sup>2110</sup> P. ex. OLG Düsseldorf, 20 mars 1985, *IPRax*, 1986, 29 (accepte l'exception de litispendance en faveur d'une procédure en divorce intentée antérieurement en Turquie par l'époux, qui souhaitait le divorce aux torts de son épouse. Le jugement ne permet pas de dire de quelle nature était la procédure de cette dernière. La Cour observe toutefois que le cas d'espèce peut être distingué de celui tranché par l'OLG de Karlsruhe (*infra*), car celui-ci mettait en jeu deux procédures de nature différente). V. également AG Landsuhl, 7 février 1994, *IPRax*, 1995, 108 et obs. W. HAU, « Rechtshängigkeitssperre durch paralleles Scheidungsverfahren in Tennessee », *IPRax*, 1995, 80-82 (tribunal accepte, au moins implicitement, qu'il y a identité entre une demande en divorce formulée par l'épouse en Allemagne et une demande similaire introduite par l'époux au Tennessee) ; OLG Celle, 21 octobre 1992, *IPRax*, 1994, 209 (et la note de T. RAUSCHER, pp. 188-191) ; *N.J.W.-RR*, 1993, 1413 ; *FamRZ.*, 1993, 439 ; *IPRspr.*, 1992, 481, n° 213 (OLG refuse l'exception de litispendance invoquée en faveur d'une procédure en divorce entamée antérieurement en Belgique, mais constate toutefois qu'il y a identité entre les objets des litiges, sans préciser plus avant quels étaient les griefs invoqués par les deux époux. En l'espèce la Cour justifie le refus de la litispendance en notant le défaut de compétence indirecte dans le chef du tribunal belge) ; OLG Stuttgart, 10 décembre 1991, *IPRspr.*, 1991, 409, n° 198 (accepte sans autre motivation l'identité entre deux procédures de divorce en France et en Allemagne) ; OLG München, 26 juin 1991, *IPRax*, 1992, 174, note H. Linke ; *FamRZ.*, 1992, 73 ; *IPRspr.*, 1991, 394, n° 194 (litispendance entre une demande formulée par l'épouse en paiement d'une pension alimentaire pour le fils et la même demande en cours en Pologne dans le cadre d'une procédure en divorce) ; KG Berlin, 21 décembre 1993, *FamRZ.*, 1995, 1074 ; *IPRspr.*, 1994, 356, n° 157 (accepte l'identité d'objet entre une procédure en divorce en Belgique et une en Allemagne).

Cette jurisprudence, plus flexible, permet d'accueillir la litispendance lorsque les demandes concurrentes diffèrent sur des points de détail. La Cour Supérieure de Jena a ainsi dans une affaire tranchée en 1998 accepté de surseoir à statuer en raison de la saisine antérieure d'un tribunal hongrois.<sup>2111</sup> En l'espèce l'époux avait demandé le divorce en Hongrie. La Cour constata que les deux procédures étaient l'oeuvre de deux parties différentes, mais que ceci ne signifiait pas qu'il n'y avait pas identité entre les deux causes puisqu'un "même mariage ne peut être dissout qu'une fois".<sup>2112</sup> Ce faisant la Cour reconnaissait implicitement qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter aux griefs invoqués par les époux.<sup>2113</sup>

Si la jurisprudence suisse n'a pas encore eu l'occasion de donner forme à la condition d'objet prévue par l'article 9 de la loi fédérale, on peut penser que les tribunaux se montreront tout aussi disposés que leurs collègues allemands à dépasser la simple forme des demandes pour ne retenir que leur substance. La jurisprudence antérieure du Tribunal Fédéral, dont on s'accorde à dire qu'elle reste d'actualité,<sup>2114</sup> était d'ailleurs établie en ce sens. Le Tribunal Fédéral avait enjoint les juridictions suisses à ne pas avoir égard au simple libellé des actions pour déterminer si elles partageaient le même *Streitgegenstand*.<sup>2115</sup>

Une première décision a d'ailleurs donné suite à cette invitation en accueillant l'exception de litispendance en faveur d'une procédure de divorce engagée en Yougoslavie, mettant fin à une procédure parallèle de divorce pendante en Suisse.<sup>2116</sup>

**472. Identité des prétentions dans la jurisprudence allemande – le cas des demandes déclaratoires** – L'absence d'exigence d'identité de cause confère à la litispendance internationale en droit allemand un champ d'application sensiblement plus étendu que celui qui lui est attribué par les tribunaux français. Il demeure que l'exception

<sup>2111</sup> OLG Jena, 20 octobre 1998, *FamRZ.*, 1999, 1211 ; *IPRspr.*, 1998, 352, n° 179.

<sup>2112</sup> *IPRspr.*, 1998, n° 179, p. 352 : "eine Ehe nur einheitlich geschieden werden kann".

<sup>2113</sup> V. également BGH, 12 février 1992, *FamRZ.*, 1992, 1058 ; *N.J.W.-RR.*, 1992, 642 ; *IPRax.*, 1994, 40, note H. LINKE ; *IPRspr.*, 1992, 476, n° 211 (examine une exception de litispendance en faveur d'une requête en divorce dont ont connaissance les tribunaux français et constate qu'il y a identité d'objet et de parties. Le BGH ajoute : « Daß jeweils ein anderer Ehegatte des Verfahren eingeleitet hat, ist unbeachtlich, da die Ehe nur einheitlich geschieden werden kann ») ; OLG Stuttgart, 10 décembre 1991, *IPRspr.*, 1991, 409, n° 198 (accepte sans autre motivation l'identité entre deux procédures de divorce en France et en Allemagne) ; OLG München, 26 juin 1991, *IPRax.*, 1992, 174, note H. Linke ; *FamRZ.*, 1992, 73 ; *IPRspr.*, 1991, 394, n° 194 (litispendance entre une demande formulée par l'épouse en paiement d'une pension alimentaire pour le fils et la même demande en cours en Pologne dans le cadre d'une procédure en divorce) ; KG Berlin, 21 décembre 1993, *FamRZ.*, 1995, 1074 ; *IPRspr.*, 1994, 356, n° 157 (accepte l'identité d'objet entre une procédure en divorce en Belgique et une en Allemagne). V. déjà BGH, 26 octobre 1960, *N.J.W.*, 1961, 124 (accepte implicitement qu'il y a identité entre une procédure en divorce en Angleterre et une autre en Allemagne, même si en l'espèce l'exception est rejetée en raison de la suspension illimitée de la procédure anglaise). *Comp* OLG Karlsruhe, 21 décembre 1990, *IPRax.*, 1992, 171, note SONNENBERGER ; *IPRspr.*, 1990, 397, n° 196 (Pour déterminer laquelle des deux procédures, allemande ou française, a été initiée en premier, la Cour constate que la procédure en divorce française a été précédée d'une tentative de conciliation, mais qu'il ne faut pas tenir compte de cette procédure annexe car elle n'a pas le même objet que la procédure allemande visant à obtenir le divorce).

<sup>2114</sup> En ce sens, O. VOGEL, "Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft in internationalem Verhältnis", *S.J.Z.*, 1990, (77), 81.

<sup>2115</sup> TF, 7 décembre 1971, ATF 97 II 390, 396 : « Der blosse Wortlaut der Rechtsbegehren ist nicht entscheidend. Massgebend ist vielmehr, ob auch dieselben Tatsachen und rechtlich erheblichen Umstände, mit denen der Kläger den Anspruch begründet, schon im Vorprozess zum Klagegrund gehörten ». V. aussi TF, 15 janvier 1997, ATF 123 III 16, 19 : « Der Begriff der Anspruchsidentität ist nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen [...]. Der neue Anspruch ist deshalb nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war, wenn im neuen Verfahren bloss das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird [...]. »

<sup>2116</sup> Obergericht Zürich, 10 mai 1990, *Blätter Züricher Rechtsprechung*, 1990, 198, n° 87 et les observations de A. BUCHER, *R.S.D.I.E.*, 1992, 185 En l'espèce la Cour n'a pas abordé expressément la question de l'identité d'objet.

de litispendance ne sera accueillie que si les conséquences juridiques de l'accueil des demandes – concept désigné de manière lapidaire par le terme 'Antrag' – sont identiques. On peut y voir à peu de chose près le pendant de la condition d'objet en droit français, à savoir les prétentions exprimées par les parties. L'application de cette condition conduit à restreindre singulièrement la portée de la litispendance allemande.

La jurisprudence prend ainsi appui sur l'exigence d'identité des prétentions pour refuser de considérer comme concurrentes une demande de divorce et une demande de dissolution du mariage ('*Eheaufhebung*'). Dans une espèce tranchée par la Cour d'Appel de Karlsruhe par exemple, le couple vivait à Strasbourg où le mari avait demandé le divorce.<sup>2117</sup> L'épouse demanda ensuite la dissolution ('*Eheaufhebung*') du mariage devant les tribunaux de Karlsruhe, où elle avait déménagé. La Cour refusa de donner suite à l'exception de litispendance invoquée par l'époux, en observant que les demandes n'étaient pas identiques.<sup>2118</sup> On constate la même rigueur lorsque l'une des procédures vise à obtenir la simple séparation de corps : les tribunaux refusent d'accepter l'identité avec une procédure en divorce.<sup>2119</sup>

Avant que l'exception de litispendance ne soit codifiée, les tribunaux suisses avaient pareillement décidé que l'action en séparation de corps ouverte dans un pays étranger ne fondait pas l'exception de litispendance à l'encontre d'une action en divorce engagée en Suisse.<sup>2120</sup>

**473. Identité des prétentions dans la jurisprudence allemande – le cas des demandes déclaratoires (suite)** – C'est sans doute la jurisprudence relative aux actions déclaratoires qui illustre le mieux les limites qu'imposent à la litispendance l'exigence d'identité des prétentions. La jurisprudence est sans appel : elle refuse d'accepter qu'il y a identité d'objet entre une procédure condamnatoire et une autre visant à obtenir une simple déclaration. Ainsi l'existence d'une action déclaratoire engagée antérieurement dans un for étranger ne sera pas de nature à empêcher l'introduction d'une nouvelle action en Allemagne lorsque celle-ci tend à obtenir un remède positif.<sup>2121</sup>

<sup>2117</sup> OLG Karlsruhe, *IPRax*, 1985, 36 et les observations de P. SCHLOSSER, p. 16 ; *IPRspr.*, 1984, 165.

<sup>2118</sup> "Die Streitgegenstände einer Ehescheidung- und einer Eheaufhebungsklage sind verschieden, so daß der Einwand der Rechtshängigkeit ausscheidet". La Cour semble avoir été conduite par le souci de permettre à l'épouse de pouvoir invoquer les conséquences de la dissolution du mariage et d'exclure celles du divorce, elle y décèle un intérêt spécifique dans le chef de l'épouse. V. aussi OLG Karlsruhe, 22 avril 1993, *FamRZ.*, 1994, 47 ; *IPRspr.*, 1993, 361, n° 163 (pas d'identité entre une demande en divorce en Allemagne et une demande en annulation du mariage aux Etats-Unis. La Cour constate que cette dernière demande se rapproche plus d'une *Aufhebungsklage* que d'une *Nichtigkeiteklage* et que la première doit céder la place à une véritable demande en divorce, mais la Cour laisse ouverte la possibilité d'un sursis à statuer sur la base du § 148 ZPO) et OLG Düsseldorf, 20 mars 1985, *IPRax*, 1986, 29.

<sup>2119</sup> AG Siegburg, 11 juin 1996, *N.J.W.-RR.*, 1997, 388 ; *FamRZ.*, 1997, 503 ; *IPRspr.*, 1996, 405, n° 170 (refuse la litispendance avec une demande antérieure de séparation de corps en Italie car « Das Trennungsverfahren (demande en séparation de corps) nach italienischem Recht hat einen völlig anderen Zweck als ein Scheidungsverfahren. Es dient lediglich dazu, die Voraussetzungen für ein späteres Scheidungsverfahren zu schaffen, die nach deutschem Recht in dieser Form nicht erforderlich sind »). Dans le même sens, OLG Frankfurt aM, *FamRZ.*, 1975, 632 (France) et KG, *N.J.W.*, 1983, 2326 (Italie).

<sup>2120</sup> V. TF, ATF 65 II 177, *J.d.T.*, 1939, I, 418 ; *S.J.*, 1940, 572 (action en séparation de corps en Italie, le tribunal fédéral accepte le principe de la litispendance, mais rejete l'exception en l'espèce pour défaut d'identité d'objet) ; ATF, 109 II 80 ; *S.J.*, 1984, 329 (action en séparation de corps en Italie et action en divorce en Suisse n'ont pas le même objet). V. les observations de Reymond, *L'exception de litispendance*, 199, qui approuve cette jurisprudence et ce afin d'éviter de priver un des époux de la sanction judiciaire de ses droits.

<sup>2121</sup> V. OLG Köln, *VersR.*, 1973, (1065), 1066.

Cette jurisprudence s'explique en réalité par la méfiance avec laquelle sont traditionnellement perçues les actions déclaratoires, que l'on soupçonne de créer des litiges virtuels ou hypothétiques, voire de constituer des manœuvres abusives.<sup>2122</sup> Cette méfiance explique pourquoi les tribunaux accueillent l'exception de litispendance lorsque le juge allemand est saisi d'une demande déclaratoire alors qu'une action condamnatoire a été engagée antérieurement devant un juge étranger.<sup>2123</sup> Dans ce cas, on aurait pu penser que le for garderait la maîtrise de sa procédure puisque les deux demandes sont réputées avoir un objet différent. L'accueil de l'exception de litispendance dans cette situation particulière révèle bien qu'au-delà de l'argument de l'identité des actions, les tribunaux raisonnent en termes de '*Feststellungsinteresse*' : la demande déclaratoire perd sa raison d'être lorsque ultérieurement une des parties engage une procédure condamnatoire. Celle-ci clarifiera la relation entre parties, de sorte que le demandeur n'a plus de raison de craindre l'incertitude sur cette question. Ce schéma est exporté, non sans mal,<sup>2124</sup> dans le contentieux international privé. Le résultat s'explique dès lors tant en termes d'identité d'objet, que d'intérêt dans le chef du demandeur.

Le droit suisse soumet les actions déclaratoires au même régime. Avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le droit international privé, le tribunal fédéral avait ainsi décidé que "quand la première action tend à faire constater l'inexistence d'un droit et la seconde à faire condamner le défendeur à fournir une prestation, cette exception [de litispendance] manque en droit faute d'identité entre les deux actions".<sup>2125</sup> En l'espèce un débiteur avait saisi les tribunaux allemands d'une action en déclaration de non-existence d'une dette. Le créancier réclama ensuite le paiement de la somme due devant les tribunaux suisses. Le débiteur ne pu empêcher l'action sur base de la litispendance.<sup>2126</sup>

<sup>2122</sup> En droit interne allemand, le législateur a d'ailleurs soumis l'action déclaratoire à un régime particulier. En sus des conditions générales de recevabilité, le demandeur devra selon le § 256 ZPO démontrer qu'il possède un intérêt particulier à obtenir un jugement déclaratoire, le *Feststellungsinteresse*. Cet intérêt n'est réputé exister que lorsque règne une incertitude sur la nature exacte des relations entre parties. Selon le § 256, "(1) Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde". En droit suisse, la plupart des codes cantonaux de procédure civile exigent également que le demandeur fasse montre d'un intérêt légitime et pertinent. Selon le Tribunal fédéral, cet intérêt n'existe que lorsqu'il existe une incertitude sur la relation juridique entre les parties, et que cette incertitude représente une contrainte ou une limitation déraisonnable des droits du demandeur, TF, 7 mars 1994, ATF, 120 II 20, 22 V. aussi B. BODMER, *Die allgemeine Feststellungsklage im schweizerischen Privatrecht*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1984, 123 p., spéc. pp. 50 e.s. ainsi que P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, "What's Negative about Negative Declarations", in *The International Practice of Law Liber Amicorum for T. Bär and R. Karrer*, P. VOGT (éd.), Bâle, Helbing und Lichtenhan, 1998, (263), 266-268.

<sup>2123</sup> LG Hamburg, *IPRspr.*, 1976, n° 160 (procédure en Floride).

<sup>2124</sup> M. Schack explique en effet qu'en matière de contentieux international, il faut se garder de raisonner selon les termes du Code de procédure civile allemand. Si celui-ci prévoit un régime plus strict pour les actions déclaratoires, il permet en effet également au demandeur dont l'action déclaratoire s'est vue 'rattrapée' par une demande ultérieure, de former une demande reconventionnelle déclaratoire ('Feststellungswiderklage', § 256-II ZPO), lorsqu'il estime nécessaire que le tribunal se prononce par voie déclaratoire : « Bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde ». Rien ne garantit que la procédure étrangère qui a vu naître l'action condamnatoire donner une même possibilité au demandeur (H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, Beck, 2001, 32, n° 53).

<sup>2125</sup> TF, 30 octobre 1979, ATF 105 II 229, 233 ; *J.d.T.*, 1980, I, 280.

<sup>2126</sup> La Convention germano-helvétique du 2 novembre 1929 ne prévoyait pas expressément d'exception de litispendance. Le Tribunal décida toutefois que dans ce cas, il fallait faire application de l'exception de litispendance de droit commun, pour éviter les conflits de décisions car la Convention prévoyait la reconnaissance de plein droit - le tribunal fédéral cite l'opinion de B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976,

Cette jurisprudence n'a, semble-t-il, pas encore été confirmée sous l'empire de la nouvelle loi. On s'accorde toutefois pour dire que les tribunaux continueront à soumettre les actions déclaratoires à ce régime plus strict.<sup>2127</sup> On en s'étonnera dès lors pas de constater que l'Allemagne et l'Autriche ont suggéré, lors des récents travaux de révision de la Convention de Bruxelles, de 'neutraliser' l'effet de la litispendance européenne à l'égard des actions dénégatoires.<sup>2128</sup>

### (III) REJET DES CONCEPTIONS DÉRIVÉES

474. **Introduction** - Tant en France qu'en Allemagne, les tribunaux se sont laissés inspirés par les conceptions en vigueur en droit interne pour donner forme à l'exigence d'identité objective entre procédures.<sup>2129</sup> Au terme de cet aperçu, on peut conclure que les résultats sont dans l'ensemble décevants et inutilement compliqués. L'abondance de jurisprudence et de commentaires sur cette question confirme le malaise général qui règne sur la question des limites exactes de l'identité objective.

L'examen a montré que les droits nationaux ont adopté des points de référence différents pour définir le dénominateur commun qui sert de base à la comparaison des procédures concurrentes. Si cette diversité ne présage rien de bon pour d'éventuelles tentatives d'unification, les concepts utilisés n'en posent pas moins problème au sein même des pratiques nationales.

La conception *française* qui lie les limites de la litispendance à l'objet et la cause des demandes est sans doute la plus *néfaste*. L'importation dans le contentieux international de la distinction tripartite entre objet, cause et parties, développée pour les besoins de l'exception de chose jugée en droit interne, fait fi des différences qui séparent les deux

(295), 303 et 307 en ce sens. V. les commentaires approuvés de J.-M. REYMOND, *op. cit.*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 221, qui remarque toutefois que la majorité des commentateurs critiquent cette décision, p. 219-221.

Dans une autre espèce, le tribunal fédéral a décidé qu'il n'y avait pas identité lorsqu'une partie revendiquait la propriété d'un bien et que l'autre se prévalait d'un droit de gage sur le même bien (TF, 20 novembre 1958, ATF 84 I 225, il ne s'agissait pas d'une question de litispendance).

<sup>2127</sup> B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1997, ad. art. 9, n° 2 ; Y. DONZALLAS, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Berne, Staempfli, I, 1996, 548, n° 1453 ; S. WITTIBSCHLAGER, 1994, 83 ; P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, *l.c.*, in *The International Practice of Law Liber Amicorum for T. Bär and R. Karer*, P. VOGT (éd.), Bâle, Helbing und Lichtenhan, 1998, (263), 267. M. Buber explique lui aussi que l'article 9 semble s'inspirer d'une notion étroite, qui n'accepte l'identité des demandes que si celles-ci portent sur les mêmes prétentions, fondées sur le même état de fait. Il exprime toutefois le vœux que les tribunaux suisses assouplissent les conditions de la litispendance, dans le souci d'éviter des procédures parallèles. M. Buber ajoute qu'un tel assouplissement est d'autant plus nécessaire que la loi fédérale sur le droit international privé ne prévoit pas de déclinatoire de connexité (1998, 105, n° 298). Cette observation pourrait tout aussi bien être faite à l'égard du projet belge de code de droit international privé, cf. *infra*, n° 475.

<sup>2128</sup> Dans une proposition soumise les 7-11 décembre 1998 au 'Groupe de révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano' (Document JUSTCIV 141, 14377/98), les délégations allemande et autrichienne proposaient d'ajouter une nouvelle phrase au premier alinéa de l'article 21, selon laquelle « Une demande qui vise à faire constater l'absence d'obligation ou de contrat n'a pas le même objet et la même cause qu'une demande formée ultérieurement qui vise à obtenir l'exécution de l'obligation ou du contrat ». Sur cette proposition, v. K. OTTE, H. PRÜTTING et H. DEDEK, "The GROTIUS Program: Proposals for Amending Article 21 and 22 of the Brussels Convention", *Eur. Rev. Private L.*, 2000, (257), 269.

<sup>2129</sup> Cette démarche est quasi-naturelle lorsque l'on se préoccupe de définir l'identité entre actions. Elle n'est pas le fait des seuls juridictions de tradition civile. M. Redish s'est également inspiré des trois modèles en vigueur en droit interne pour définir les limites du modèle de la 'tolérance zéro' qu'il a développé pour les conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire américain. Il explique que « Each of these approaches seeks to determine the presence of parallelism through the incorporation by reference of different bodies of preexisting law » (M. REDISH, *l.c.*, *Notre Dame L. Rev.*, 2000, 1362-1367).

contextes. Si, dans l'ordre interne, les deux procédures répondront par hypothèse aux mêmes canons, dans les espèces internationales, elles emprunteront des formes et un vocabulaire nécessairement différent qui rendra difficile la comparaison sur base d'une conception purement nationale.<sup>2130</sup> Pour s'en tenir à la conception française, il peut s'avérer très difficile de repérer dans le système juridique étranger quel est l'objet et quelle est la cause de la demande.<sup>2131</sup>

La Cour d'Appel du Québec s'est fait l'écho de ces difficultés dans l'affaire *In Any Event* déjà évoquée (*supra*, n° 465). Se penchant sur la formulation adoptée par le législateur québécois, qui a substitué l'exigence d'une identité de 'faits' à celle d'identité de cause (*infra*, n° 475), la Cour expliqua que "[c]es modifications des critères de la litispendance s'expliquent par les difficultés propres à leur application en droit international privé. Dans un contexte international, il s'avère souvent difficile de constater tant l'identité des principes juridiques de base gouvernant le recours que celle des résultats que leur mise en oeuvre produirait. Destinée à permettre la reconnaissance de situations de litispendance internationale, l'introduction d'un critère d'identité de faits fondant la demande en justice, se justifie par la difficulté de satisfaire de façon complète à l'exigence d'identité de cause dans une situation internationale, où l'on doit prendre en compte les caractéristiques des systèmes juridiques souvent fortement différents dans leurs structures et dans leurs méthodes, si l'on y transposait intégralement les principes du droit procédural interne"<sup>2132</sup>.

**475. Une parenté trompeuse avec les doctrines internes** - Aux difficultés évoquées par la Cour d'Appel s'ajoute le lourd héritage qui encombre les notions de cause et d'objet puisées dans une tradition déjà ancienne. Ces notions ont été développées dans le cadre du procès interne, où elles remplissent diverses fonctions. On les retrouve ainsi lorsqu'il s'agit de délimiter les rôles respectifs du juge et des parties dans l'instance. Elles servent également de repères pour déterminer les limites de l'immutabilité du lien d'instance ainsi que la possibilité de cumuler plusieurs demandes. Elles jouent enfin un rôle décisif dans la délimitation de la portée de l'exception de chose jugée.<sup>2133</sup>

Dans tous ces contextes, la jurisprudence a dû se pencher sur l'interprétation des notions de cause et d'objet, en tenant compte des impératifs inhérents aux questions posées. Cette interprétation peut être large ou restrictive, selon les circonstances particulières et les nécessités de chaque question. Le risque est grand que les tribunaux se raccrochent presque instinctivement à cette interprétation lorsqu'ils rencontrent les mêmes notions dans le contentieux international. Or ce serait oublier l'originalité de la règle de coordination internationale.<sup>2134</sup> Les enjeux et la fonction même de la règle ne sont en effet pas nécessairement les mêmes.<sup>2135</sup>

<sup>2130</sup> M. Palsson faisait justement remarquer que ces difficultés se rencontrent également en matière de qualification (*Id.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 100).

<sup>2131</sup> Que dire alors de la comparaison portant sur une procédure complexe du type de la *class action suit* américaine ! Il semble que raisonner en termes de cause et d'objet peut alors tourner au cauchemar. Pour une première approche de l'application d'une exception de litispendance de type européen à une telle procédure, v. I. ROMY, « Class actions américaines et droit international privé suisse », *A.J.P.*, 1999, (783-801), 794-795 ainsi que J. MARK, « Amerikanische Class Action und deutsches Zivilprozessrecht », *EuZW*, 1994, (238), 240-242.

<sup>2132</sup> CA Québec, 19 mai 1999, *Stageline Mobile Stage, Inc. c. In Any Events, Inc.*, Montréal 500-09-007336-985, [1999] R.J.Q. 1344, 1351.

<sup>2133</sup> Pour un exposé très clair de l'importance de la définition et du rôle de l'*objet du procès*, v. W. J. HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, Librairie de l'Université/Georg & Cie, 1975, 239-240.

<sup>2134</sup> Comme le fait remarquer A. BURCKHARDT, les différentes théories explicatives du concept de 'Streitgegenstand' ont toutes été développées avec en vue divers règles et mécanismes internes; on s'est peu préoccupé de

A dire vrai, le parallélisme n'est justifié qu'à l'égard de l'exception de chose jugée. La parenté entre chose jugée et litispendance a déjà été évoquée. Dans les deux cas, le juge de l'exception devra se livrer à une comparaison entre une procédure du for et une procédure étrangère pour déterminer le degré de déférence dont le for est prêt à témoigner à l'égard du juge étranger. Cette parenté justifie sans doute que les deux mécanismes connaissent les mêmes limites.

**476. Distinction équivoque entre cause et objet de la demande** - Il reste que rien n'interdit de penser que la distinction entre cause et objet est tout aussi désastreuse pour l'exception de chose jugée que pour l'exception de déférence. S'il semble légitime de vouloir maintenir un certain parallélisme entre les deux mécanismes,<sup>2136</sup> on peut leur assigner des limites définies sur une autre base que celles, purement formelles et d'une rare complexité, héritées du droit romain.

Force est en effet de constater que la référence aux concepts de cause et d'objet n'est pas exempte de controverse lorsqu'il s'agit de définir l'étendue de la chose jugée. M. Fettræis écrivait par exemple que ces notions sont "impropres à définir les conditions d'existence de la chose jugée".<sup>2137</sup> D'autres commentateurs partagent le même sentiment.<sup>2138</sup>

M. Tomasin a sans doute été le plus loin dans la critique des concepts de cause et d'objet. A propos de la limitation de l'autorité de chose jugée aux demandes présentant les mêmes objets et causes, il écrivait que celle-ci aboutissait à "encourager les plaideurs à tenter leur chance dans un second procès fondé sur une cause différente, voire un objet différent"<sup>2139</sup> et que cette limitation rendait la tâche des tribunaux difficile "en les faisant s'arrêter sur l'examen pointilleux, délicat et souvent stérile de l'identité d'objet et de

---

l'influence sur la définition de l'objet du litige, des différences pouvant exister entre les règles auxquelles sont soumises les différentes procédures (ac, Heidelberg, 1997, 35).

<sup>2135</sup> En matière d'immutabilité du litige, c'est-à-dire de la possibilité pour le demandeur de modifier l'objet du litige en cours de procédure, on accepte que toute réglementation doit répondre d'une part au souci de respecter la liberté des parties d'organiser comme elles l'entendent la présentation de leur cause, et d'autre part également à la nécessité de garantir que l'adversaire soit en mesure de savoir rapidement ce qu'on lui reproche et pourquoi pour qu'il puisse organiser sa défense. A ces deux considérations s'ajoute ensuite un souci d'efficacité du système procédural : il faut veiller à ce que le débat s'engage rapidement au lieu de traîner en longueur (V. sur ces considérations, M. STORME et al., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, 90-91). On conviendra que ces objectifs de politique législative ne sont pas nécessairement ceux qu'il faut assigner au mécanisme de l'abstention.

<sup>2136</sup> V. toutefois les nuances *infra*, n° 705. Comme on l'a expliqué, apprécier l'objet du litige différemment selon que l'on invoque l'exception de litispendance ou l'exception de chose jugée ferait naître le risque "de dépouiller une partie de son droit d'action, de la priver de son droit de faire juger une question dont le premier juge ne pouvait sans doute même pas se saisir d'office [...]" (M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 82-83).

<sup>2137</sup> ac, 270, n° 361. Il parle même à cet égard de "vice de rédaction" qui affecterait l'article 23 C. Judiciaire (271, n° 361, note 4). V. aussi les explications de H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III-2, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>ème</sup> éd., 1967, 1006-1007, n° 960, qui écrivait à propos des conditions d'identité d'objet, de cause et de parties posées par l'article 1351, qu'elles ont « donné lieu à des discussions interminables et des controverses sans fin » et qui regrettait que le Code ait dissocié les conditions de cause et d'objet, ce qui avait contribué à obscurcir le débat. Il terminait en exhortant le lecteur à ne pas « dans la recherche de cette identité, user de trop de dialectique, se piper de mots, ou devenir l'esclave de notions complexes et obscures ».

<sup>2138</sup> H. SOLUS et R. PERROT, (ac, 70-71, n° 72), notent que la distinction entre les deux "se révèle à l'expérience très incertaine" et qu'il existe "une interpénétration à peu près inévitable entre l'objet et la cause de la demande". J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrétien, Paris, 1991, 209-212, n° 285-290 écrit que "l'examen des notions de cause et d'objet soulève des discussions inépuisables en raison de l'impossibilité de leur donner une définition précise, du moins pour ce qui est de l'autorité de la chose jugée" (p. 209 n° 285) et propose de leur substituer l'identité de 'matière litigieuse'.

<sup>2139</sup> M. D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, 1975, (280 p.), 180, n° 237.



cause”<sup>2140</sup> L’auteur soulignait ensuite la “confusion” et les “contradictions”<sup>2141</sup> qui découlait de la référence à ces deux concepts dans la pratique judiciaire.<sup>2142</sup> A propos du contentieux du divorce, il expliquait ainsi que le “contenu de la notion de cause semble varier au gré de l’opportunité”,<sup>2143</sup> la Cour de Cassation française ayant décidé que la cause de l’action en divorce réside “moins dans les faits matériels allégués [...] que dans l’atteinte profonde et permanente que ces faits ont porté au lien matrimonial”, tout en consacrant dans d’autres décisions une notion plus stricte exigeant l’identité des griefs invoqués.

M. Tomasin concluait son analyse en recommandant d’abandonner, pour la définition de l’autorité positive de la chose jugée, les notions de cause et d’objet et de leur substituer le concept de “question litigieuse”. S’il optait d’autre part pour un maintien de ces concepts pour la délimitation négative de l’autorité de la chose jugée – l’enjeu étant jugé trop important que pour tolérer une notion vague, il plaidait toutefois pour une interprétation “fonctionnelle” de la notion de cause, qui débouche sur une définition “très souple” de cette notion, laissant au juge un large pouvoir d’appréciation.<sup>2144</sup>

477. **Distinction équivoque entre cause et objet de la demande - (suite) -** En définitive, les controverses innombrables sur la définition des concepts de cause et d’objet jettent un doute sur leur utilité. Si le parallélisme doit être maintenu entre la déférence internationale et l’exception de chose jugée, il faut à notre estime préférer une base dénuée du formalisme traditionnel, en suivant les précieuses indications données par la doctrine pour un renouvellement de l’identité objective.<sup>2145</sup>

On constatera dès lors avec satisfaction que des législations plus récentes ont abandonné la référence à la notion de ‘cause’ des demandes, pour lui substituer une exigence plus générale d’identité des « faits ». Cette amélioration sensible était déjà présente dans la Convention de La Haye de 1971, dont l’article 20 exigeait pour qu’il y ait litispendance que la procédure concurrente soit « fondée sur les mêmes faits et [...] le même objet ».<sup>2146</sup>

<sup>2140</sup> Idem, 180, n° 237.

<sup>2141</sup> Idem, 220, n° 303.

<sup>2142</sup> Idem, 220, n° 302 : “malgré les difficultés et les confusions que la [condition d’identité d’objet] peut provoquer sur le plan judiciaire, elle n’égalent que difficilement celles provoquées par l’exigence d’une identité de cause” et, à propos de cette dernière, “une confusion pratique qui a plongé la doctrine dans le doute le plus profond sur le véritable contenu de la notion” (220, n° 303<sup>o</sup>).

<sup>2143</sup> Idem, 221, n° 303.

<sup>2144</sup> Idem, 221-223. Pour une analyse plus récente du concept de chose jugée en droit belge et comparé, v. P. TAELMAN, *Het gezag van het rechterlijke gewijsde in het gerechtelijke privaatrecht : begripsbepaling en -afbakening*, Anvers, Intersentia, 2001, 465 p.

<sup>2145</sup> *Comp.* M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 82-83, qui suggère de s’en tenir à la stricte identité de cause, d’objet et de parties pour déterminer le champ d’application de l’exception de litispendance. Cette conception fait l’impasse sur les avancées de la réflexion en droit interne sur l’objet du litige, dont on vient de voir qu’il n’est plus pensé en termes de cause et d’objet.

<sup>2146</sup> Dans le texte anglais, “based on the same facts and having the same purpose”. Le texte original prévoyait encore que l’exception de litispendance était soumise à la condition de l’identité de ‘cause’ et d’‘objet’ : Article 13, avant-projet de Convention, Doc. Préliminaire N° 4, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire 1966. Exécution des jugements*, Conférence de La Haye de Droit International Privé, 1969, 21 e.s., et le rapport de la Commission Spéciale, présenté par CH FRAGISTAS, (24), 40-41. La lecture des travaux préparatoires laisse penser que le changement est simplement le fait du comité de rédaction, et n’a pas été discuté en séance plénière. La discussion de l’article 13 lors de la séance du 18 avril 1966 (P.V. n° 17, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire 1966. Exécution des jugements*, Conférence de La Haye de Droit International Privé, 1969, 215 e.s.), n’a pas porté sur la définition de l’identité des litiges.

Curieusement, M. Fragistas précisait dans son rapport que “La question de l’identité des personnes et de la cause sera jugée selon le droit de l’Etat devant lequel la question de la litispendance sera posée”, Rapport Explicatif,



Cette heureuse innovation a été ensuite reprise par le législateur québécois, qui s'est contenté d'exiger pour la litispendance une identité de *faits* et d'*objet* (art. 3137 C. civ.).<sup>2147</sup> L'exigence de l'identité de faits constitue une amélioration sensible par rapport à celle de 'cause'.<sup>2148</sup> Elle sera d'une application plus aisée que cette dernière puisqu'il suffira au juge d'examiner si les deux demandes évoluent dans le même contexte.<sup>2149</sup>

Il faut au contraire regretter que le projet de Code belge de droit international privé s'en tienne à la double condition de la cause et de l'objet. On peut craindre que les tribunaux belges ne se réfugient derrière cette double exigence pour confiner l'exception de litispendance nouvellement acquise à un rôle plus qu'exceptionnel. Car s'il est bien une chose que l'examen de droit comparé a montré, c'est que les exigences de cause et d'objet contiennent les germes d'une dérive formaliste qui mettent en péril l'efficacité de la déférence internationale.

**478. Distinction équivoque entre cause et objet de la demande - (suite) -** La distinction entre les notions de cause et d'objet pour donner forme à l'identité objective s'est révélée rien moins que désastreuse pour la coordination des procédures concurrentes. On se rappellera que la jurisprudence française estime, au nom de l'exigence d'identité de cause, que deux demandes de divorce sont réputées ne pas partager la même cause lorsque les époux invoquent des griefs différents.<sup>2150</sup> Le résultat est regrettable : les procédures concurrentes vont se poursuivre, donnant lieu à un gaspillage d'argent et de temps. Qui plus est, on ne peut exclure que ces procédures aboutissent à des jugements contradictoires – sous réserve du jeu de l'exception de chose jugée (*supra*, n° 328).

La notion d'*objet*, comprise de manière à peu près similaire en droits français et allemand, n'est pas moins néfaste. Pour s'en tenir à l'exemple du divorce, il suffit de se rappeler que

*Actes et Documents de la Session Extraordinaire 1966. Exécution des jugements*, Conférence de La Haye de Droit International Privé, 1969, (359), 387.

<sup>2147</sup> Art. 3137 C. civ. Le commentaire du ministère de la justice indiquait que cette disposition s'inspirait directement de l'article 9 de la loi suisse ainsi que de l'article 20 de la Convention de La Haye du 1 février 1971.

<sup>2148</sup> La disparition de l'exigence de cause n'est pas immédiatement entrée dans les mœurs. Certains tribunaux ont persisté à refuser la litispendance pour défaut d'identité de 'cause' entre les procédures, p.ex. C.S. Québec, 30 avril 1990, Droit de la famille n° 3341, J.E. 1999-1210, n° 200-05-010332-984 (rejete l'exception de litispendance parce que l'action de l'épouse au Québec vise à obtenir le partage du patrimoine familial, un effet du mariage alors que l'époux en Louisiane demande le partage de la communauté d'acquêts, ce qui concerne le régime matrimonial. La Cour constate que si les deux actions visent le même but, à savoir le partage des biens, la cause des deux actions n'est pas identique) ; *Malden Mills Industries Inc. c. Huntingdon Mills (Canada) Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2227 (se référant à la jurisprudence antérieure au nouveau Code civil, la Cour supérieure a considéré qu'il n'y avait pas litispendance faute d'identité de cause). *Comp.* Cour d'appel, *Birdsall Inc. c. In Any Events Inc.*, [1999] R.J.Q. (1344), 1351, § 34 ; J.E., 1999-1119 (la Cour constate que l'article 3137 C.c. Québec n'exige pas l'identité de cause d'actions, mais seulement celle des faits sur lequel est fondé le recours judiciaire).

<sup>2149</sup> V. par exemple CA Québec, 19 mai 1999, *Stageline Mobile Stage, Inc. c. In Any Events, Inc.*, Montréal 500-09-007336-985, [1999] R.J.Q. 1344 : en l'espèce des demandes croisées d'indemnisation et de déclaration de non-responsabilité avaient été soumises aux tribunaux québécois et américains. La Cour d'Appel accepte qu'il existe une "identité substantielle" entre les faits à la base des diverses procédures (§ 37 jugement) parce que toutes les demandes découlent du même sinistre, et s'appuient sur les mêmes contrats de bail, d'assurance et de transport de la scène mobile détruite lors de son embarquement à bord d'un navire.

<sup>2150</sup> *Supra*, n° 462. Cette jurisprudence est d'autant plus contestable que dans certains pays le divorce sanctionne un fait place au divorce constat de l'échec de la vie conjugale, faisant disparaître la longue liste des griefs qui pouvaient être invoqués par les époux, véritable catalogue des faiblesses humaines. Le Rapport explicatif de Mme. *Bornas* qui accompagnait la défunte Convention Bruxelles II (*J.O.C.E.*, 1 juillet 1998, C-221/27, § 4) soulignait que les réglementations différaient de manière substantielle d'un pays à l'autre et ce pour la même action en divorce, par exemple quant aux causes que les époux peuvent alléguer ou encore à l'exigence de séparation préalable. Pour un aperçu de droit comparé, v. B. DUTOIT, R. ARN et S. FONDYLIA, *Le divorce en droit comparé I. Europe*, Genève, Droz, 2000, 471 p.

la plupart des pays connaissent une pluralité d'actions pouvant mener à la dissolution du lien conjugal. En Europe, comme le rappelle Mme. *Borras*, seuls les droits suédois et finlandais ne connaissent ni la notion de séparation, ni celle d'annulation, et n'ouvrent qu'un type d'action en divorce.<sup>2151</sup> Et l'on a vu que lorsqu'une demande de divorce est concurrencée par une demande de séparation de corps, les tribunaux laisseront la plupart du temps ces deux procédures se poursuivre de façon concurrente. Il en va de même pour l'action déclaratoire que viendrait concurrencer une demande condamnatoire.

Un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour de Justice suffira à démontrer l'inadéquation du concept d'objet. Dans l'affaire *Hoffman*, une citoyenne allemande avait demandé aux juridictions allemandes de condamner son mari à contribuer aux charges du mariage. Dans le même temps, ce dernier demandait le divorce aux Pays-Bas.<sup>2152</sup> Il est évident que ces deux demandes ne partageaient pas le même objet, du moins si l'on adopte une interprétation raisonnable de ce concept. Pourtant le risque de contrariété de décisions était grand, la dissolution du lien conjugal pouvant difficilement se concilier avec la condamnation d'un des conjoints à l'exécution des devoirs nés du mariage. Les effets de droit des décisions se seraient nécessairement contredits. Il en va de même lorsqu'un vendeur de marchandises sollicite la condamnation de son acheteur au paiement du prix de celles-ci, alors que ce dernier réclame la condamnation du premier au paiement de dommages et intérêts pour non-conformité de la marchandise : les prétentions des parties ne coïncident certes pas, le risque de décisions contradictoires subsiste néanmoins.

**479. Distinction équivoque entre cause et objet de la demande : l'exemple du Règlement Bruxelles II** - En réalité, à s'en tenir à une interprétation littérale de l'objet et de la cause, il n'y aurait que rarement parallélisme entre demandes concurrentes. C'est ce que montre l'expérience du Règlement Bruxelles II, qui prévoit une double règle de litispendance, l'une réservée aux situations dans lesquelles les demandes ont le même objet et la même cause (article 11(1)), la seconde pouvant être invoquée lorsque "des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage [n'ont] pas le même objet, ni la même cause".<sup>2153</sup> La seconde règle est qualifiée de "fausse litispendance".<sup>2154</sup> Contrairement à l'article 22 de la Convention de Bruxelles, la fausse litispendance ne confère pas au juge second saisi un quelconque pouvoir d'appréciation. Au contraire, dans les deux cas de figure, la litispendance entraîne les mêmes conséquences, à savoir l'*obligation* pour le juge second saisi de surseoir à statuer, et de se dessaisir lorsque la compétence du juge premier saisi est établie.

<sup>2151</sup> Rapport *Borras*, *J.O.C.E.*, 1 juillet 1998, C-221/27, § 4.

<sup>2152</sup> C.J.C.E., 4 février 1988, *H. L. M. Hoffman c. Adelheid Krieg*, aff. 145/86, *Rec.*, 1988, 645 ; *R.C.D.I.P.*, 1988, 605, note H. GAUDEMET-TALLON ; *J.D.L.*, 1989, 449, note A. HUET. En l'espèce la question de l'identité entre les deux procédures se posait non au stade de la litispendance, mais bien à celui de la reconnaissance, puisque les deux tribunaux s'étaient déjà prononcé. L'existence de jugements inconciliables s'explique par le fait que l'action en divorce engagée aux Pays-Bas échappait à la Convention de Bruxelles et à l'exception de litispendance qu'elle prévoit. A l'époque, les tribunaux néerlandais n'avaient pas encore fait place à cette exception en droit commun.

<sup>2153</sup> Article 11(2). En général sur cette disposition, U. P. GRUBER, "Die neue 'europäische Rechtshängigkeit' bei Scheidungsverfahren", *FamRZ.*, 2000, 1129-1135. La rédaction de cette disposition est ambiguë. Doit-on en conclure que l'article 11(2) ne peut être invoqué lorsque les demandes ont la même cause, mais pas le même objet, ou le même objet sans partager la même cause? La double négation figurant dans le texte le laisse penser. Des demandes en divorce fondées sur des griefs différents ne pourraient ainsi donner lieu à une exception de litispendance, puisque si l'objet sera le même, la cause sera différente. La lecture du rapport explicatif laisse penser que la double négation ne reflète pas la pensée des auteurs du texte. Le professeur *Borras* explique en effet que cette règle s'applique "lorsque l'objet n'est pas identique" (*J.O.C.E.*, 1 juillet 1998, C-221/27, § 54).

<sup>2154</sup> Rapport *Borras*, *J.O.C.E.*, 1 juillet 1998, C-221/27, § 54.

Le rapport explicatif précise d'ailleurs que l'objectif poursuivi était "d'éviter des actions parallèles et, de ce fait, le risque de décisions inconciliables sur des questions identiques".<sup>2155</sup> Et le rapporteur d'ajouter à ce propos que "[l]e mécanisme traditionnel de la litispendance ne suffisait pas à résoudre tous les problèmes".<sup>2156</sup> Quel aveu d'impuissance! On ne peut espérer reconnaissance plus éclatante de la nécessité de dépasser l'identité d'objet et de cause pour atteindre l'objectif de prévention des décisions contradictoires. En pratique en effet, l'exception de litispendance *sensu stricto* aurait été incapable de s'opposer à la poursuite simultanée d'une action en divorce en France et en annulation du mariage en Italie. Le Rapport explicatif le concède expressément, qui précise que l'hypothèse de la litispendance 'parfaite' visée au paragraphe premier sera "relativement rare".<sup>2157</sup> A moins d'imaginer une interprétation pour le moins extensive de la notion d'objet, on ne saurait assimiler ces deux demandes.<sup>2158</sup>

**480. Inadéquation des concepts d'objet et de cause : l'exemple de la litispendance européenne** - Le règlement de Bruxelles II nous apprend que si le mécanisme de la déférence est conçu comme un moyen d'éviter des actions parallèles et, de ce fait, le risque de décisions inconciliables, il est nécessaire de dépasser la stricte identité de cause et d'objet. L'examen de la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la litispendance européenne confirme cette constatation.

L'article 21 de la Convention de Bruxelles est de facture on ne peut plus classique – du moins si l'on érige les conceptions franco-belges au rang de canon.<sup>2159</sup> Le texte de cette disposition fait référence à l'identité de *cause* et d'*objet* entre procédures concurrentes. Au vu de l'interprétation habituellement donnée à ces concepts dans les Etats membres, on pouvait redouter que cette disposition ne constitue un véritable carcan qui limite fortement la possibilité de coordonner les procédures concurrentes. Or la Cour de Justice n'a jamais caché l'importance qu'elle accordait à la prévention des décisions contradictoires, qui constituent la contradiction la plus flagrante de l'objectif de libre circulation des décisions (*supra*, n° 9). Elle s'est donc vue contrainte de dépasser la *lettre* des concepts pour éviter de vider la litispendance européenne de toute sa substance.

La Cour s'est d'abord approprié l'exclusivité de la définition des éléments de la litispendance européenne, en décrétant que ceux-ci devaient recevoir une interprétation autonome.<sup>2160</sup> Elle a ensuite entrepris de construire, toujours sous le couvert d'une

<sup>2155</sup> Idem, § 52.

<sup>2156</sup> Idem, § 52.

<sup>2157</sup> Idem, § 54.

<sup>2158</sup> On ne peut s'empêcher de penser qu'il aurait sans doute été de meilleur politique législative de réunir les deux dispositions en une seule, au champ d'application défini largement. Encore aurait-il fallu définir un dénominateur commun susceptible d'être appliqué dans toutes les situations, une opération qui est loin d'être évidente. Le champ d'application limité du règlement atténue cependant les difficultés. Que penser par exemple d'une règle visant les procédures ayant pour objet "la dissolution ou l'annulation du même lien conjugal" ?

<sup>2159</sup> Le rapport Jenard explique d'ailleurs que la définition du concept de connexité à l'article 22 a été inspirée par la définition proposée dans le Code Judiciaire belge (art. 30).

<sup>2160</sup> Selon la Cour, les termes de l'article 21 doivent recevoir une interprétation *autonome*, c'est-à-dire dégagée de toute référence aux concepts nationaux : C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik AG c. Giulio Palmbo*, aff. 144/86, *Recueil*, 1987, 4861, n° 11 ; C.J.C.E., 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship 'Tatry' c. The owners of the Ship 'Maciej Rataj'*, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5439, n° 30 ; C.J.C.E., 19 mai 1998, *Drouot Assurances S.A. c. C.M.I. Protea Assurances et Réunion européenne*, af. C-351/96, *Rec.*, 1998, I-3096, n° 16.

L'interprétation autonome ne semble pas superflue au vu des différences qui avaient vu le jour entre juridictions nationales sur la portée de l'article 21. Ainsi la Cour d'Appel de Milan semblait avoir adopté une interprétation large, en décidant qu'il y avait identité entre une demande de paiement du prix et une demande de réduction du prix en raison de prétendus vices de la chose vendue (Milan, 26 septembre 1978, *R.D.I.P.P.*, 1978, 843 ; *Répertoire*

interprétation des concepts de *cause* et d'*objet*, une notion de l'identité objective susceptible de satisfaire l'objectif de prévention des décisions contradictoires.

**481. Inadéquation des concepts d'objet et de cause : l'exemple de la litispendance européenne (suite)** - Déjà dès la première étape de cette jurisprudence, la Cour s'est vue contrainte de faire violence aux concepts utilisés par le législateur européen. Dans l'affaire *Gubisch*, la Cour devait en effet se prononcer sur la question de l'identité entre une demande visant à obtenir l'exécution du contrat de vente - à savoir le paiement de la machine achetée - et une demande concurrente portant sur la nullité et, subsidiairement, la résolution de ce même contrat.<sup>2161</sup> Selon la Cour, ces deux demandes partageaient la même *cause*, à savoir le contrat de vente liant les deux parties. Cette acceptation de la cause s'éloignait déjà sensiblement de l'opinion majoritaire en vigueur dans les Etats membres.

Que dire alors de la définition de l'*objet* des procédures ! Invoquant la nécessité de prévenir « dans toute la mesure du possible et dès le départ »<sup>2162</sup> les conflits entre deux décisions, la Cour adopta une interprétation large de l'exigence d'identité d'objet. Selon la Cour, les deux demandes partageaient en l'espèce un objet commun, à savoir la question du caractère obligatoire du contrat. La Cour expliqua qu' « il apparaît que la demande d'exécution du contrat a pour but de rendre celui-ci efficace, et que la demande d'annulation et de résolution a précisément pour but de lui ôter toute efficacité ». Elle en conclut que « [l]a force obligatoire du contrat se trouve ainsi au centre des deux litiges »<sup>2163</sup>.

On aperçoit immédiatement que la Cour ne s'en tient pas à une interprétation littérale de l'article 21.<sup>2164</sup> L'identité d'objet est selon la définition qu'elle a donnée, réalisée à chaque fois que le sort de deux demandes dépend d'une question litigieuse qui leur est commune. Le concept d'objet est défini de façon large puisqu'il peut englober des demandes contradictoires. La Cour expliqua d'ailleurs que la notion d'objet « ne [pouvait] être restreinte à l'identité *formelle* des deux demandes ». Elle s'éloigna ainsi du droit commun de la plupart des Etats membres, dont a pu voir la plus grande rigueur dans l'interprétation du concept.<sup>2165</sup>

---

*de jurisprudence communautaire*, série D, I-21-B.4). La jurisprudence française par contre semblait plus stricte, V. par exemple Cass. fr., 3 avril 1978, *D.*, 1978, IR, 367, obs. Audit (pas d'identité entre une demande de dommages et intérêts et une demande d'annulation du contrat - solution implicite).

<sup>2161</sup> C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik AG c. Giulio Palumbo*, aff. 144/86, *Recueil*, 1987, 4861, n° 16-17.

<sup>2162</sup> *Idem*, n° 8.

<sup>2163</sup> *Idem*, n° 17.

<sup>2164</sup> Pour laquelle avait pourtant plaidé l'avocat général Mancini, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Gubisch*. Faisant observer que la pratique des Etats contractants était largement hostile à l'exception de litispendance et que la litispendance européenne revêtait un caractère impératif, l'avocat général soulignait que les tribunaux n'appliqueront l'article 21 que si la Cour en donne une interprétation stricte (*Rec.*, 1987, 4681 n°3). Selon l'avocat-général, « il est évident que, héritières de traditions normatives aussi peu favorables à la litispendance, les juridictions des Etats contractants n'auraient satisfait à l'obligation de se déclarer incompétentes que si cette obligation avait été subordonnée à des critères simples et catégoriques ». Ce n'est donc pas par un excès de formalisme que l'article 21, alinéa 1, pose comme fondement de l'exception l'existence de 'demandes ayant le même objet et la même cause' entre 'les mêmes parties'. Le double ou triple usage de l'adjectif 'même' [...] montre, au contraire, que ce choix répond à un dessein politique précis. Et si cela est exact, l'interprétation extensive, selon laquelle la disposition devrait s'appliquer même dans le cas de demandes différentes quoique fondées sur la même situation juridique, finit par confondre ce que la convention a voulu tenir séparé : précisément, la connexité et la litispendance des demandes. »

<sup>2165</sup> M. *Bernardo* explique fort justement que l'interprétation extensive par la Cour de la portée de l'exception de litispendance doit être mise en relation avec les conséquences désastreuses de la jurisprudence *Tessili* et de *Bloos*,

482. **Inadéquation des concepts d'objet et de cause : l'exemple de la litispendance européenne** - N'écoulant pas les nombreuses critiques déplorant sa jurisprudence, la Cour a continué sur sa lancée en définissant dans l'affaire *Tatry* l'objet de la demande comme le but qu'elle poursuit.<sup>2166</sup> En l'espèce, cette approche téléologique lui a permis d'assimiler une action tendant à engager la responsabilité du propriétaire d'un navire pour le dommage causé à la marchandises transportée à une demande visant à obtenir une déclaration excluant toute responsabilité pour ce même dommage. Il ne faut donc pas s'en tenir au libellé des actions ou à leur forme (demande principale ou exception), pas plus qu'à la portée des prétentions des parties, mais bien procéder à une *comparaison d'ensemble* pour déterminer si les deux demandes dépendent de la même question juridique.<sup>2167</sup> C'était le cas en l'espèce, puisque « la question de l'existence ou de l'inexistence d'une responsabilité se trouve au centre des deux procédures ».<sup>2168</sup>

Ce faisant la Cour a pris ses distances avec la traditionnelle méfiance qui entoure les actions déclaratoires,<sup>2169</sup> dans une attitude dont on a pu dire qu'elle était inspirée par la volonté de rétablir l'équilibre entre parties et d'accorder à la partie que l'on a pu qualifier de 'défendeur naturel' la même possibilité de saisir un tribunal que celle qui échet traditionnellement au *dominus litis*.<sup>2170</sup> Au passage la Cour a également précisé qu'il fallait

---

qui aboutissait à une multiplication des chefs de compétence en matière contractuelle en isolant pour chaque demande un juge compétent qui n'était pas nécessairement le même (J.-P. BERAUDO, Fasc. 632, *Juris-Classeur Droit International*, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, p. 7, n° 17), *supra*, n° 93 sur cette jurisprudence. On ne peut exclure un tel lien. On peut toutefois se demander si l'article 21 constitue le lieu approprié pour 'corriger' les conséquences d'une interprétation 'erronée' du for contractuel.

<sup>2166</sup> C.J.C.E., 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the Ship 'Tatry' c. The owners of the Ship 'Maciej Rataj'*, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5439, n° 41.

<sup>2167</sup> Dans la doctrine allemande on parle à ce sujet de 'Kernpunkttheorie', v. R. GEIMER, 1997, 675, n° 3694a; S. ISENBURG-EPPLE, 140 e.s. V. aussi H. RUMMANN, "Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH - nationales recht unter gemeineuropäischem Einfluß?", *Z.Z.P.*, 1998, 399-428 et la réponse de W.-D. WALKER, in *Z.Z.P.*, 1998, 429-454.

<sup>2168</sup> *Rec.*, 1994, I-5439, n° 43.

<sup>2169</sup> Déjà dans l'arrêt *Gubisch*, la Cour n'avait montré aucun signe d'hostilité ni même de réserve à l'encontre des actions négatives, en dépit du fait que l'Avocat Général Mancini l'avait expressément mis en garde contre le danger d'une telle approche. Selon l'Avocat Général, non seulement l'article 21 empiéterait sur le domaine des actions connexes, mais il pourrait en outre donner lieu à des abus, étant donné qu'il « suffirait de contester la validité d'un contrat pour paralyser [...] toute action subséquente basée sur ce contrat » (*Gubisch Maschinenfabrik KG c. Giulio Palumbo*, affaire 144/86, *Rec.*, 1987, 4861, § 3). L'avocat général ajouta que « tel n'est certainement pas l'objectif qu'a visé l'article 21, alinéa 1 ». La Cour ne se départit pas de cette attitude dans l'affaire *Tatry*, elle fit même observer, comme pour lever toute équivoque, que « le fait que les conclusions du demandeur soient formulées de manière négative dans la première demande, alors que dans la seconde demande, elles sont formulées de manière positive par le défendeur [...] ne rend pas différent l'objet du litige » (§ 43). *Comp.* dans cette affaire avec la décision de la Cour d'Appel anglaise, *The 'Maciej Rataj'* [1991] 2 *Lloyd's Rep.* 458, qui a dénoncé longuement les préoccupations stratégiques qui avaient selon elle conduit le propriétaire du navire à introduire de façon préventive une action dans un for jugé favorable et stigmatisé ce comportement comme « un coup préventif visant à donner au propriétaire du navire le choix du tribunal, grâce à un usage abusif de la Convention et contrairement à l'esprit de celle-ci » ([1991] 2 *Lloyd's Rep.* 458, 463).

<sup>2170</sup> Les auteurs allemands et suisses ont eu recours à cette explication pour justifier la solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Tatry*. Selon eux, l'arrêt *Tatry* a donné au défendeur 'naturel' la possibilité d'obtenir la juridiction de son choix, mettant ainsi les deux parties « sur le même pied » (P. Widmer et B. Maurenbrecher, *l.c.*, in *The International Practice of Law Liber Amicorum for T. Bär and R. Kanner*, P. Vogt (ed.), Bâle, Helbing und Lichtenhan, 1998, (263), 277). La Cour a ainsi, selon M. Schack, contribué au rétablissement de la 'Zuständigkeitsgleichgewicht' entre les parties. H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., München, Beck, 2002, 331, n° 762 (traduite littéralement par 'l'égalité au point de vue de la compétence'). Cfr. également J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7<sup>ème</sup> éd., Heidelberg, Recht & Wirtschaft, 2002, 340-341 qui évoque la «prozessuale Chancengleichheit von Anspruchsgegner und Prätendent» et H. ROTH GÜNTHER, «Zulässiges Forum Shopping», *IPRax*, 1984, 183, 184. La Cour fédérale allemande s'est référé expressément à cette idée «d'égalité des chances» pour décider qu'une action en déclaration négative tombait sous le coup de l'article 21 : «Grâce à l'introduction rapide de son action déclaratoire négative, le débiteur bénéficie de la même chance que le créancier de choisir le tribunal appelé à trancher le litige» (BGH, 11 décembre 1996, *NJW*, 1997, 870, 872 (je

entendre par 'cause' de la demande "les faits et la règle juridique invoqués comme fondement de la demande".<sup>2171</sup>

483. **Dénaturation des concepts d'objet et de cause** - La jurisprudence de la Cour est révélatrice du malaise entourant les concepts d'objet et de cause. La Cour a assigné à la litispendance européenne l'objectif de prévenir les décisions contradictoires. Partant, elle ne pouvait s'en tenir à une interprétation *littérale* de la cause ou de l'objet, sous peine de laisser échapper un grand nombre de procédures susceptibles de conduire à un conflit de décisions.<sup>2172</sup> Au final, la Cour a donc étendu le champ d'application de la litispendance au point de dénaturer complètement le texte de la disposition.<sup>2173</sup> Dans l'interprétation qu'elle en donne, les concepts de cause et d'objet ont perdu une grande partie de leur signification première, ou du moins de la signification qui s'imposait selon les juridictions nationales.<sup>2174</sup>

L'objet de la demande est ainsi dans son acceptation européenne censé inclure non seulement la prétention exprimée par le demandeur, mais également une ou plusieurs prétentions *virtuelles*, c'est-à-dire qui sont implicitement comprises dans la demande fondant l'autre procédure, soit parce qu'elle en est l'antécédent nécessaire ou la suite logique, soit encore parce qu'un droit moins étendu est contenu dans la prétention formulée.<sup>2175</sup> Le juge devra dès lors voir dans une demande d'exécution d'un contrat non seulement ce que l'on peut en comprendre littéralement, mais également ce qu'il peut en déduire logiquement comme étant inclus dans la demande.

484. **Cause et objet dans le projet de Convention de La Haye** - Au final, la jurisprudence de la Cour, que l'on a pu critiquer notamment parce qu'elle fait beaucoup d'ombre à la connexité, montre qu'il est difficile de circonscrire l'abstention aux espèces présentant une identité de cause et d'objet. S'en tenir à une telle exigence, c'est risquer de voir un grand nombre de situations échapper à l'abstention, d'où la tentation d'une interprétation qui déforce la nature des concepts. Ceci renforce notre conviction que l'approche traditionnelle, limitée aux demandes présentant les mêmes objets et causes, ne convient pas. D'origine civiliste, et l'objet d'importantes controverses dans ces pays, ces concepts ne sont d'ailleurs que difficilement compréhensibles pour les juristes formés à une autre tradition procédurale - comme en témoigne les difficultés de traduction de

---

souligne)). S'il a fallu faire appel à ce principe général pour justifier l'ampleur donnée par la Cour à la litispendance européenne, c'est sans doute pour 'faire passer la pilule', le contraste étant très grand avec la solution traditionnellement retenue par les tribunaux suisses et allemands (*supra*, n° 468).

<sup>2171</sup> Rec, 1994, I-5439, n° 39.

<sup>2172</sup> On répondra, à juste titre, qu'il aurait suffi à la Cour de privilégier le recours à l'exception de connexité. En ce sens H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 207, n° 285. La Cour n'a sans doute pas voulu confier aux juges nationaux le soin de décider ou non s'il convenait de s'abstenir, l'article 22 confiant une marge d'appréciation à cet égard. Cette méfiance peut se comprendre au vu de l'hésitation de bien des juridictions devant la simple litispendance, *infra* sur la connexité, n° 495.

<sup>2173</sup> Sans toutefois opter pour une comparaison 'globale' des demandes, qui ferait abstraction de la distinction entre cause et objet. Il ne faut pas confondre en effet, comme certaines juridictions nationales ont pu le faire (p. ex. Liège, 30 janvier 19901, *R.T.D.F.*, 1992, 60), interprétation 'large' de l'identité d'objet et interprétation 'globale' sur fondant sur la seule identité des 'affaires' (sur ce point, MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 410-411, n° 210).

<sup>2174</sup> On peut voir dans l'interprétation de la Cour un souci de faire produire à la litispendance européenne un « effet utile » dont une interprétation formelle des conditions de cause et d'objet la priverait largement.

<sup>2175</sup> V. par exemple dans l'affaire *Taty*, Rec, 1994, I-5475, point 44, où la Cour observe que "les conclusions de la second demande constituent la conséquence naturelle de celles relatives à la reconnaissance de la responsabilité et non modifient donc pas l'objet principal de la demande. D'ailleurs, la demande d'une partie tendant à faire constater qu'elle n'est pas responsable d'un préjudice contient *implicitement* des conclusions portant contestation de l'existence d'une obligation de payer des dommages et intérêts » (nous soulignons).

l'article 21 de la Convention de Bruxelles.<sup>2176</sup> La Cour de Justice ne s'est pas embarrassée de ces différences, et a décidé que la version anglaise "doit toutefois être comprise dans le même sens que la plupart des autres versions linguistiques dans lesquelles figurent cette distinction".<sup>2177</sup>

Ces concepts sont donc parfaitement inadaptés pour le texte d'une convention mondiale – sauf à obliger les juristes de tous les pays à faire leur les subtiles distinction héritées du droit romain.<sup>2178</sup> Le compromis pour le moins bancal adopté par les négociateurs de La Haye en constitue une preuve éclatante : l'exception de litispendance prévue à l'article 21 du projet de Convention est subordonnée, selon le texte français, à une triple condition d'identité de parties, de cause et d'objet. Il était toutefois évident qu'une telle rédaction amputerait la règle d'une grande partie de son efficacité. Il fut dès lors décidé d'ajouter que l'exception pouvait jouer « quelles que soient les prétentions des parties » (« irrespective of the relief sought »). Le rapport explicatif précise d'ailleurs que doivent être considérées comme fondées sur la même cause une demande en dommages et intérêts formée par une partie en raison de l'inexécution d'un contrat et une demande de l'autre partie contre la première en nullité du même contrat du fait d'une erreur.<sup>2179</sup>

On voit qu'une fois encore, il a fallu constater les insuffisances des concepts de cause et d'objet, trop restrictifs pour atteindre l'objectif fixé à la clause litispendance. Parce qu'ils ne pouvaient s'en remettre à un tribunal de dernier ressort pour élargir les notions, les rédacteurs ont préféré anticiper et préciser eux-mêmes que la condition d'objet devait être entendue de façon large, et non dans son sens habituel de 'prétention'.<sup>2180</sup>

Nous allons maintenant examiner quelle pourrait être la nature d'une définition fonctionnelle de l'identité objective des litiges.

<sup>2176</sup> Les textes français, néerlandais, espagnol, italien et danois font la distinction entre cause et objet – 'cause, oorzaak, la misma causa, medesimo titolo, genstand' et 'objet, voorwerp, el mismo objeto, medesimo oggetto, grundlag'. Les textes anglais, allemand et irlandais ne contiennent qu'un seul terme : 'cause of action' ou 'Anspruch'.

<sup>2177</sup> C.J.C.E., affaire *Tatry* précitée, n° 38. Sur les difficultés linguistiques posées par la litispendance dans les conventions bilatérales, et en particulier la Convention belgo-allemands du 30 juin 1958, v. J. LEDOUX, *loc. cit.*, 1972, 725-726.

<sup>2178</sup> On doit regretter leur utilisation dans les principes dits de Leuven/Londres approuvés par l'ILA. Le principe 4.1. contient une règle d'abstention qui fait référence à l'identité de 'subject-matter', ce qui augure d'une approche moins formelle et plus pragmatique. Le texte français s'en tient toutefois à l'exigence d'identité de cause et d'objet. La différence entre les deux versions est regrettable. Le commentaire accompagnant les principes laisse penser que le texte français reflète mieux la pensée des rédacteurs. Il est en effet précisé que la règle 4.1. "preserves the strictness of the lis pendens found, for exemple, in Article 21 of the Brussels Convention [...]". En outre le projet prévoit également une règle visant les actions 'connexes' (principe 4.2), ce qui laisse penser que la règle de litispendance n'est pas aussi large que le texte anglais pourrait le faire croire.

<sup>2179</sup> Rapport de MM. Pocar et Nygh, 85, qui citent l'affaire *Gubisch* à l'appui de cette interprétation.

<sup>2180</sup> On constatera par ailleurs que le texte anglais, tout aussi officiel que le texte français, s'en tient à une exigence d'identité de 'cause of action'. Ce concept ne fait pas justice à l'idée de cause et d'objet. Au contraire, il peut être trompeur, puisqu'il fait référence au type spécifique d'action en justice utilisé par le demandeur (le fameux système de 'writs'). Les rapporteurs se sont dès lors empressés de préciser qu'il fallait donner une interprétation large de la notion de 'cause of action', comme renvoyant à la « question litigieuses » (« the subject matter of the litigation ») et ne pas s'en tenir aux spécificités procédurales de la *common law*, qui imposerait d'avoir égard à la forme particulière dans laquelle est formulée la prétention (p. 85).



## B. Une approche fonctionnelle de l'identité objective

**485. Pas de définition fondée sur les normes juridiques invoquées, ni sur les faits** - Une fois établi qu'il convient de faire abstraction des concepts déduits du droit interne, encore faut-il s'attacher à créer une nouvelle terminologie ou, mieux encore, une approche différente.

Il ne peut être question de définir l'objet du procès, et partant la portée de l'abstention par référence au *droit matériel* invoqué par le demandeur - comme prétendaient le faire les juristes romains qui ne distinguaient pas entre le droit matériel et la faculté de le déduire en justice. Circonscrire l'abstention à l'aide des règles ou dispositions invoquées reviendrait en effet à vider celle-ci de sa substance, puisque par hypothèse les règles invoquées devant les deux juridictions seront différentes.<sup>2181</sup> Le rejet d'une définition purement 'juridique' de l'objet du procès devrait permettre de faire un sort à la jurisprudence pour le moins hypocrite qui refuse d'accepter que deux demandes de divorce sont identiques lorsque les époux invoquent des griefs différents (*supra*, n° 462). Les griefs des époux ne sont en définitive que des moyens 'de droit', c'est-à-dire l'habillage juridique d'une prétention qui est nécessairement lié au contexte légal dans lequel elle est formée.<sup>2182</sup> Par la force des choses, le plaideur se servira des instruments juridiques que lui offre l'ordre juridique pertinent. On ne saurait dès lors s'arrêter au libellé, particulièrement au libellé juridique, des prétentions pour nier l'identité.<sup>2183</sup>

Quelle définition proposer alors? Suffit-il de poser que l'objet du litige se définit par les "*faits*" invoquées par les parties, entendus comme le tissu de circonstances dont l'ensemble constitue la base des prétentions formulées? Réduire l'objet du litige aux faits invoqués, même s'ils sont qualifiés juridiquement, confère sans doute un champ d'application trop large à la déférence internationale. Lorsqu'un époux allègue la mésentente conjugale pour réclamer le divorce, on en arriverait à bloquer une demande ultérieure de pension alimentaire ou d'autorisation de résidence séparée formée par l'autre conjoint, puisqu'elles sont fondées sur les mêmes faits. Même si une certaine concentration du contentieux est souhaitable, on risquerait ainsi de priver le justiciable de l'opportunité de se faire entendre par un juge.

**486. La nature des procédures n'est pas pertinente** - Il ne nous semble pas non plus pertinent de s'arrêter à la *nature* des procédures. En principe, il n'y a pas lieu d'exclure l'application de la déférence internationale lorsqu'une demande au fond se voit concurrencée par une demande de mesures provisoires ou conservatoires, ou encore lorsqu'à une action civile devant un tribunal pénal répond une procédure devant un tribunal civil pour obtenir réparation du dommage causé par l'infraction.<sup>2184</sup>

<sup>2181</sup> En droit interne la distinction entre objet du procès et règles juridiques est décisive pour déterminer le rôle respectif des parties et du juge, v. par exemple A. FETTWEIS, *ac.*, 61-63.

<sup>2182</sup> Sur le concept de 'moyen', v. H. SOLUS et R. PERROT, *ac.*, 71-74, n° 73.

<sup>2183</sup> C'est ce qu'a constaté la High Court australienne dans l'affaire *Henry v Henry*, [1995-1996] 185 CLR 571, 135 A.L.R. 564 (HCA). Un couple se déchirait par tribunaux interposés, des procédures concurrentes de divorce avaient été engagées en Australie et à Monaco. La High Court fit remarquer que "If separate proceedings are commenced between husband and wife in different countries, differences in procedure, in available remedies and in the substantive law with respect to marriage and divorce will ordinarily ensure that the proceedings are different in significant respects". La Cour précisa toutefois que "However, the proceedings will ordinarily be concerned with the same controversy [...] The marital relationship lies at heart of all proceedings between husband and wife with respect to their marital status, especially proceedings for dissolution of marriage. In such cases, it is the marital relationship itself which is the subject of the controversy". Sur cette affaire, *infra*, n° 561.

<sup>2184</sup> On acceptera aisément qu'il n'y a conflit au sens où nous l'entendons ici entre une procédure civile et une procédure pénale. La concurrence entre ces procédures doit alors se résoudre selon d'autres techniques, par



Exclure d'emblée le recours à une mesure de coordination du type de la déférence en raison de la seule différence de nature entre procédures serait offrir une voie royale à la partie qui désire échapper à la coordination des procédures. Dans le cadre de l'article 21 de la Convention de Bruxelles, la Cour de Justice a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que la *nature* des demandes en cause n'était pas pertinente pour déterminer si elles étaient identiques au sens de cette disposition.<sup>2185</sup> Il suffirait en effet à une partie de 'travestir' sa prétention en une demande de mesures provisoires pour faire échec à la prévention des décisions contradictoires.

C'est uniquement à raison de l'objet des procédures, entendu comme la *question litigieuse* soumise aux deux juges, qu'il faudra apprécier si l'application de la déférence est justifiée, et non sur base de la seule nature des procédures. Ainsi on acceptera qu'il n'y a pas lieu de faire droit à une exception de déférence lorsqu'une partie sollicite l'exécution de la même décision dans deux pays différents, parce qu'il y va à chaque fois de la décision souveraine d'un Etat quant à l'effet qu'il veut bien accorder à une décision étrangère.<sup>2186</sup>

---

exemple une priorité radicale de la procédure pénale selon l'adage le pénal tient le civil en l'état – dont on peut toutefois douter qu'il s'applique dans le contentieux international. Lorsque la procédure étrangère est une action *civile* qui se greffe sur une procédure pénale, on ne peut a priori exclure l'abstention. V. par exemple TGI Dunkerke, 18 avril 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, Somm. 340 ; *J.C.P.*, 1985, 92 ; *J.D.I.*, 1985, 946, note A. HUET (tribunal admet que l'article 21 peut être invoqué en raison d'une action civile pendante devant un tribunal pénal belge. En l'espèce l'exception fut rejetée parce que le demandeur en Belgique s'était désisté de sa demande. Le tribunal fit observer à juste titre que l'article 21 de la Convention de Bruxelles "ne fait aucune réserve lorsque la juridiction première saisie est une juridiction répressive statuant sur l'action civile" et que "le règlement de la litispendance entre le TGI de Dunkerke et le tribunal de première instance d'Ypres doit donc s'effectuer suivant les indications fournies par l'article 21 [...]"). Les règles normales s'appliqueront pour déterminer si l'objet des deux procédures est identique.

V. également en faveur de l'application de l'article 21 à une action civile portée devant un tribunal pénal, B.AUDIT, note sous Cass. fr., 3 avril 1978, *D.S.*, 1978, IR, 367 (l'arrêt commenté approuve la décision entreprise d'avoir rejeté une exception de litispendance soulevée en application de l'article 21 au motif qu'il n'était pas prouvé que l'action intentée devant une juridiction civile française tendait à la réparation du même préjudice que celui dont la réparation était demandée à une juridiction pénale italienne). La litispendance pourrait également être invoquée lorsque la victime d'une infraction a porté son action civile devant un tribunal étranger répressif avant de saisir une juridiction pénale du for. Sur les relations entre la litispendance et la maxime *Electa una via non datur recuse*, V. A. HUET, note sous Dunkerke, *J.D.I.*, 1985, 949-950. V. également *Haji-Ioannou et al. v Frangos et al.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 337 (la Cour accepte identité entre action civile sur action pénale et actions en dommages et intérêts).

<sup>2185</sup> C.J.C.E., 6 décembre 1994, *Tatry, Rec.*, 1994, I-5439, point 46. En l'espèce la juridiction anglaise cherchait à savoir sur une procédure *in rem* pouvait être assimilée à une procédure *in personam*. La Cour n'y a vu aucun problème. Pour le débat en droit anglais avant l'arrêt *Tatry*, v. dans la jurisprudence, *The 'Kberson'* [1992] 2 Lloyd's Rep. (261), 266 ; *The 'Deichland'*, [1989] 3 W.L.R. (478), 500 ; [1990] 1 Q.B. 361 et *The 'Nonglira'* [1988] 1 Q.B. (183), 202 (trois décisions qui acceptent qu'il peut y avoir identité entre une action *in rem* et une action *in personam*).

<sup>2186</sup> La Cour de Justice a eu l'occasion de confirmer dans un litige concernant l'exécution d'une décision émanant d'un Etat tiers que l'article 21 de la Convention de Bruxelles n'est pas applicable dans ce cas de figure – C.J.C.E., 20 janvier 1994, *Owens Bracco Ltd. c. Fulvio Bracco Industria Chimica SpA*, affaire C-129/92, *Rec.*, 1994, I-117 (en l'espèce, la banque Owens poursuivait l'exequatur de la même décision émanant des tribunaux de Saint-Vincent à la fois aux tribunaux italiens et anglais). Sur la motivation contestable de cette décision, v. M.M. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 403-405, n° 206. La doctrine accepte que cette décision doit également être appliquée lorsque la décision en jeu émane d'un Etat contractant (p. ex. H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 206, n° 282). On pourrait arguer que dans le cadre de cette convention, les procédures parallèles d'exequatur se ressemblent trop pour ne pas être coordonnées. C'est oublier que le droit national conserve une emprise certaine sur les motifs de refus de reconnaissance, et en particulier l'exception d'ordre public. Il reste qu'il serait regrettable qu'une décision d'un Etat membre puisse être mise à exécution dans un Etat et pas dans un autre. Mme Gaudemet-Tallon explique que cette contradiction ne saurait choquer, puisque l'exequatur est une « manifestation de la souveraineté de l'Etat requis et, en présence d'une même décision de l'Etat d'origine, chaque Etat reste libre d'avoir des réactions différentes » (note sous cette décision, *R.C.D.I.P.*, 1994, (385), 386-387). La question reste entière de savoir s'il en irait de même entre une procédure au fond et une procédure visant à obtenir l'exequatur d'une décision étrangère.

487. La nature des procédures n'est pas pertinente (suite) - L'appréciation peut se révéler plus délicate en cas de concurrence entre une demande au fond et une demande provisoire. La nature précaire et provisoire des mesures provisoires et conservatoires - outre qu'elle rend la comparaison difficile - <sup>2187</sup> semble éloigner le risque de toute concurrence réelle. De plus, le for des mesures provisoires trouve une grande partie de sa justification dans la possibilité d'obtenir des mesures d'un autre juge que le juge du fond. On comprend dès lors que les commentateurs excluent généralement la possibilité d'invoquer la règle de litispendance dans cette situation.<sup>2188</sup> Un survol rapide de la jurisprudence confirme l'inapplicabilité de la règle à la concurrence entre action au fond et action en fixation de mesures provisoires.

C'est ainsi que le tribunal d'arrondissement de Bois-le-Duc a rejeté une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure dont avait été saisi les tribunaux belges.<sup>2189</sup> En l'espèce un vendeur réclamait le solde du prix de vente d'une installation de réfrigération devant les tribunaux néerlandais. L'acheteur s'opposait à cette demande en observant qu'il avait déjà saisi le président du tribunal de commerce de Gand d'une demande de désignation d'un expert, aux fins de constater l'étendue du dommage causé par l'installation. Pour refuser d'accueillir la fin de non-recevoir déduite de la concurrence de procédures, le tribunal en appela au défaut d'identité entre les deux demandes, la procédure belge ne visant qu'à obtenir des éléments de preuve en vue d'une procédure ultérieure au fond. Le tribunal fit également remarquer qu'observer la solution inverse aboutirait à faire de l'article 24 une arme pouvant paralyser toute procédure ultérieure.<sup>2190</sup>

<sup>2187</sup> Sur la difficulté qu'il y a à comparer l'objet des différentes demandes, V. O. MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thèse Neuchâtel, Entlebuch, Huber Druck, 1993, 127-128, n° 324 e.s.

<sup>2188</sup> M. PERTEGAS SENDER, "Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen", *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGAS SENDER (éds.), Leuven, Acco, 1997, (115), 123, n° 4.19 et de la même, *Cross-Border enforcement of patent rights : an analysis of the interface between intellectual property rights and private international law*, Thèse Leuven, 2000, 331-332, n° 4-53; W. KENNET, "Lis Alibi Pendens - A View from the UK.", in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, (103), 120; P. SCHLOSSER, *EuGVÜ. Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und des Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*, München, C. H. Beck, 1996, 126 (pas d'application de l'article 21 entre une procédure au fond et une procédure provisoire, mais laisse la possibilité au tribunal saisi d'une demande provisoire de surseoir à statuer en application de l'article 22, lorsqu'il apparaît que le juge du fond est mieux placé pour ordonner des mesures provisoires); O. MERKT, *ac.*, 1993, 125, n° 320; A. BUCHER, 1998, 102, n° 288; J. KROPHOLLER, 1998, 342 (qui observe que l'opinion contraire permettrait à une partie de soustraire son adversaire au juge qui est normalement compétent selon les règles normales de la Convention); G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, Paris, LGDJ, 2000, 346, n° 464 (qui s'appuie pour ce faire sur un argument de texte, à savoir le fait que la section 9 de la Convention de Bruxelles consacrée au contentieux provisoire, suit la section 8 qui ne viserait que les règles de compétence des sections précédentes. Il invoque également l'arrêt *De Wolf c Cox*, dans lequel la Cour a souligné que la section 8 n'avait pour objet que la seule lutte contre "le dédoublement de litiges au principal", de *Wolf c. Cox, Rec.*, 1767, point 13).

*Comp.* A. EILERS, *Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr. Internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung*, Bielefeld, Giesecking, 1991, (294 p.), 220-221 (plaide au contraire pour l'application de l'article 21).

<sup>2189</sup> Arrondrb. 's-Hertogenbosch, 10 février 1978, *N.J.*, 1980, n° 14 ; *R.J.D.C.*, série D., I-21-B2.

<sup>2190</sup> V. également Dijon 29 janvier 1975, *D.*, 1976, Jurispr., 383, note G.A.L. DROZ (la Cour constate en *obiter dictum* que le tribunal allemand n'a pas violé le prescrit de l'article 21 en se prononçant sur une demande de paiement de deux machines destinées à la fabrication de semelles de chaussures, alors que l'acheteur avait demandé au président du tribunal de Beaune, statuant en référé, la désignation d'un expert aux fins d'examiner les machines livrées. La Cour note que « les deux instances avaient un objet distinct et une cause différente ». En l'espèce la litispendance n'était pas invoquée, la Cour devant se prononcer sur une demande d'exécution de la décision allemande); Paris, 20 janvier 1988, *J.D.L.*, 1989, 1032, note E. LOQUIN (la Cour a rejeté une exception de litispendance invoquée en raison de la saisine du président du tribunal de commerce de Courtrai - à qui on demandait de nommer un expert en observant que les deux litiges n'avaient ni le même objet, ni la même cause, "la juridiction belge étant saisie d'une demande d'expertise et la juridiction française d'une demande de provision". En l'espèce il s'agissait d'une motivation surabondante puisque la Cour avait déjà constaté que le juge

488. La nature des procédures n'est pas pertinente (suite et fin) - On hésitera pourtant à en conclure qu'il n'y a aucune place pour la déférence pour assurer une certaine coordination entre contentieux provisoire et contentieux au fond.<sup>2191</sup> Une telle exclusion de principe ferait fi de l'évolution récente du contentieux provisoire, dont il faut bien avouer qu'il n'a plus grand chose à envier aux procédures 'ordinaires'. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer l'affaire *van Uden* - et les limites sans cesse reculées du *kort geding* néerlandais - ainsi que le référé-provision des droits français, belge, et luxembourgeois.<sup>2192</sup> Il n'est pas exclu que malgré leur nature provisoire et le fait qu'elles sont sujettes à révision avant ou pendant l'instance au fond, des mesures provisoires puissent présenter un degré de similitude tel qu'il justifie la prise en compte d'une mesure de coordination. On admet d'ailleurs que l'abstention peut jouer entre deux procédures provisoires concurrentes, dans l'hypothèse exceptionnelle où les demandes portent sur le même objet.<sup>2193</sup> Ainsi la jurisprudence a déjà eu l'occasion de décider qu'il y avait litispendance entre deux demandes identiques visant à obtenir une pension alimentaire.<sup>2194</sup>

On acceptera dès lors que la concurrence de procédures provisoires et au fond ne nécessite pas l'adoption d'une règle particulière. Il suffira d'avoir recours aux principes généraux dégagés pour comparer l'objet des deux procédures et déterminer s'il y a lieu ou non d'appliquer la déférence.<sup>2195</sup>

---

belge s'était déjà prononcé, ce qui rendait sans objet l'exception de litispendance. Curieusement, la Cour conclut que "les conditions de l'article 100 du NCPC ne sont pas remplies en l'espèce". *Comp. Trib. Padova*, 21 mars 1985, *R.D.I.P.P.*, 1986, 374 (rejete l'exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure en référé devant les tribunaux français, mais semble justifier cette décision en raison de la nature 'provisoire' de la procédure française et de son caractère 'urgent' et non pas en raison du défaut d'identité) ; dans le même sens, *Trib. Padova*, 11 avril 1985, *R.D.I.P.P.*, 1986, 391.

V. aussi sur ce thème *OLG Hamburg*, 28 fév. 1997, *EurR*, 1997, 791; Anvers, 18 oct. 1979, *R.J.D.C.*, série D, I-22-B.2; *Trib. Latina*, 19 avril 1994, *R.D.I.P.P.*, 1994, 857; *Pres. Rb. 's-Gravenhage*, 17 avril 1997, *I.E.R.*, 1997, 116; *Hof Amsterdam*, 16 juillet 1992, *N.I.P.R.*, 1992, 706, n° 419.

<sup>2191</sup> Pour le projet de Convention de La Haye, v. les explications de MM. Pocar et Nygh, 70. Adde la décision de la Cour de Justice du 6 juin 2002, dans l'affaire *Italian Leather SpA c. WE CO GmbH*, aff. C-80/00, inédite à ce jour. La Cour a dans cette affaire refusé d'écarter l'application de l'article 27-3° de la Convention pour la seule raison que les procédures concernées étaient des procédures en référé. Les juges de Luxembourg ont ainsi expliqué que « il importe peu que les décisions concernées aient été rendues dans le cadre de procédures de référé ou de procédures au fond » (point 41).

<sup>2192</sup> Pour le droit français, art. 809 NCPC. V. sur cette procédure, les observations de C. KESSEDIAN, *Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 10, octobre 1998, 28-29.

<sup>2193</sup> G. CUNIBERTI, *ac*, Paris, LGDJ, 2000, 346-347, n° 465-466 ; M. PERTEGÁS SENDER, thèse, précitée, Leuven, 2000, p. 332, n° 4-53 ; J. KROPHOLLER, 1998, 295 (qui observe qu'il n'y a pas litispendance "wenn Sicherungsmaßnahmen für verschiedene Gegenstände erwirkt werden") ; O. MERKT, *ac*, Neuchatel, 1993, 125-127, n° 320-322 ; idem pour le jeu de la litispendance, A. EILERS, *ac*, Gieseking, 1991, 221. *Comp. Y. DONZALLAZ, ac*, 1996, n° 1651.

<sup>2194</sup> P. ex. Liège, 30 jan. 1991, *R.T.D.F.*, 1992, 60. L'article 21 ne peut par contre pas être invoqué à défaut d'identité entre l'objet des mesures provisoires, par exemple lorsqu'une partie demande la nomination d'un expert dans deux pays différents : P. SCHLOSSER, *ac*, 126, art. 21, n° 5. *Comp. G. CUNIBERTI, ac*, Paris, LGDJ, 2000, 347-348, n° 466.

<sup>2195</sup> C'est en ce sens semble-t-il qu'il faut comprendre le rejet de l'exception de litispendance dans les espèces suivantes : *Cass. fr.*, 17 mai 1982, *Bull. civ.*, 1982, II, n° 75, p. 54 (en l'espèce un navire avait causé des dégâts à une passerelle en quittant le port de Rouen. Les autorités portuaires assignèrent l'armateur en Angleterre pour obtenir réparation du dommage. Dans le même temps, ces mêmes autorités demandèrent au juge des référés du lieu de l'accident de condamner le capitaine du navire à lui verser une provision. La Cour de Cassation approuva la Cour d'Appel de Rouen d'avoir rejeté l'exception de litispendance, elle expliqua qu'"il n'y a pas de litispendance entre une instance au fond et une demande de provision portée devant le juge des référés") ; *Cass. fr.*, 5 février 1974, *Bull. civ.*, 1974, I, n° 42, p. 37 (la Cour approuve la décision de la Cour d'Appel de Paris rejetant une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure engagée par un assureur français devant les tribunaux tunisiens, en notant que le juge du fond a pu raisonnablement déduire du procès verbal d'audience tunisien que la procédure étrangère avait pour unique objet la désignation d'un expert, alors que les

Soumettre le contentieux provisoire aux mêmes règles de coordination que les procédures au fond permettra d'éviter d'offrir à une partie la possibilité d'échapper au mécanisme de l'abstention en s'adressant au juge du provisoire plutôt qu'au juge du fond, tout en préservant la possibilité pour les parties d'obtenir un règlement rapide de leur litige.<sup>2196</sup>

(i) UNE APPROCHE FONDÉE SUR LES PRINCIPES

**489. Introduction** – La difficulté d'appréhender le sort du contentieux provisoire dans le cadre des procédures concurrentes met le doigt sur une limite essentielle de l'exercice. La déférence internationale implique une renonciation dans le chef du juge à statuer, le demandeur se voyant privé de l'accès au tribunal en raison de l'existence d'une procédure concurrente. Lorsque la question qu'il entendait soumettre au for de l'abstention est déjà (expressément ou implicitement) soumise au tribunal concurrent, la déférence sert l'économie de procédures sans desservir les attentes des parties. Il en va tout autrement lorsque le litige ou une partie du litige dont le for de l'abstention se lave les mains, ne fait pas et ne peut pas faire l'objet d'une décision par le for concurrent. Dans ce cas, la coordination risque de priver une partie du droit fondamental de soumettre sa cause à un juge. Il y aurait alors déni de justice ou, selon la terminologie allemande, violation du *Justizgewährungsanspruch*.<sup>2197</sup>

La tension entre l'objectif d'économie procédurale et de prévention des décisions contradictoires d'une part et le respect du droit d'action du justiciable d'autre part peut être illustrée à l'aide de l'exemple suivant : soit un créancier à qui un débiteur est redevable de 100,000 euro. Si le créancier pour une quelconque raison, décide de diviser sa prétention en deux parties égales et de la réclamer devant deux tribunaux différents,<sup>2198</sup> l'économie procédurale et le souci d'éviter la contrariété de jugements commandent de ne laisser courir qu'un seul procès. Les deux tribunaux pourraient en effet se prononcer en sens contraire sur l'existence de la créance. On peut cependant craindre qu'accepter l'abstention dans ce cas ne prive pas le créancier de la possibilité de récupérer la totalité

juges français étaient saisis d'une demande en réparation du préjudice) ; TGI Paris, 29 juillet 1976, *Gaz. Pal.*, 1976, 2, 719 (pas de litispendance entre une demande en divorce engagée à l'étranger et une demande de mesures provisoires formée en France).

*Comp.* Paris 18 octobre 1972, *J.D.I.*, 1973, 37, note F. Deby-Gérard (la Cour repousse une exception de litispendance qu'elle juge inadmissible dans le contexte international, en constatant de manière surabondante que l'instance tunisienne était de toute façon éteinte, la décision de la Cour de Sfax ayant éteint le débat sur les demandes d'indemnités provisoires. Comme le fait observer l'annotateur, la Cour aurait également pu invoquer l'absence d'identité entre les deux procédures, la procédure française visant à obtenir réparation au fond du préjudice causé par un accident de la circulation, alors que les procédures tunisiennes avaient pour objet la désignation d'un expert ainsi que la condamnation au paiement d'une provision.

<sup>2196</sup> Le souci de protéger l'accès des parties à un juge se reflète dans certaines dispositions conventionnelles, qui disposent que l'existence d'une litispendance internationale n'empêche nullement le juge second saisi d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, p. ex. art. 15(2) Convention belgo-allemande du 30 juin 1958 ; l'article 10(2) de la convention belgo-suisse du 29 avril 1959 et l'article 14(2) de la convention belgo-italienne du 6 avril 1962.

<sup>2197</sup> Sur ce concept, W. J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, Librairie de l'Université/Georg & Cie, 1975, 3-6.

<sup>2198</sup> Pour autant que ceux-ci aient compétence. La doctrine allemande raffole de la 'Teilklage', V. ROSENBERG-SHWAB, *Zivilprozessrecht*, München, Beck 1986, 990-992 ; O. ZEISS, "Rechtskrafterstreckung bei Teilklage", *N.J.W.*, 1968, 1305 e.s. et récemment K. OTTE, *Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhang - Gerechtigkeit durch Verfahrensabstimmung*, 1998, Tübingen, Mohr Siebeck, 41-47.

de son dû. C'est ce qui explique qu'en droit suisse, le juge second saisi pourra dans ce cas rejeter l'exception de litispendance.

Pour déterminer le champ d'application du mécanisme de l'abstention, il serait dès lors dangereux de se laisser guider uniquement par le souci de prévenir la contradiction de jugements et garantir le respect de l'économie de procédures. Ces deux principes plaident pour une interprétation large du domaine de la déférence. Ils peuvent toutefois entrer en conflit avec le souci de préserver le droit d'accès au juge. Il faudra donc se livrer à un exercice d'équilibre pour déterminer à quel point ces deux ordres de considérations se rencontrent.<sup>2199</sup> On ne peut exclure que selon les contextes, le point d'équilibre soit différent.<sup>2200</sup>

L'exercice est d'autant plus difficile que le juge qui statue sur une demande d'abstention, ne dispose pas, par hypothèse, d'un jugement en bonne et due forme, auquel il peut comparer les prétentions du demandeur, comme c'est le cas lorsqu'il statue sur une exception de chose jugée. Au stade de la déférence, il ne peut se fonder que sur les allégations des parties, telles qu'elles sont formulées dans leurs conclusions. Il devra donc cerner les recoupements éventuels entre les deux procédures sans l'aide d'une décision définitive qui fige les demandes des parties, mais sur base de conclusions au caractère souvent provisoire. Le risque qu'en accueillant l'exception d'abstention, le tribunal dénie au justiciable le droit de se faire entendre par un juge, ne doit pas être sous-estimé.<sup>2201</sup>

**490. Définition téléologique de l'objet de l'abstention** - Pour arriver à une définition utile du champ d'application de l'abstention, il faudra tenir compte des buts qui lui sont assignés, tout en gardant à l'esprit la nécessité de sauvegarder le droit fondamental à un juge. Si l'on s'en tient aux deux principes premiers que sont l'économie de procédures et la prévention des décisions contradictoires, on constate qu'ils ne plaident pas nécessairement pour la même définition. Il nous semble en effet que le premier justifie une approche plus souple de l'identité objective des litiges que le second. On a déjà observé dans l'introduction de cette étude que les deux principes ne coïncidaient pas exactement : des procédures concurrentes constituent toujours un gaspillage de ressources ; elles n'entraînent pas nécessairement des décisions contradictoires. L'impératif d'économie de procédure peut dès lors conduire à s'opposer à des procédures concurrentes qui à première vue laissent indifférente l'harmonie des solutions (*supra*, n° 19).

<sup>2199</sup> V. par exemple le Tribunal Fédéral dans le cadre du pronostic de reconnaissance, qui reconnaît que "le juge suisse doit mettre en balance le risque de jugements contradictoires, d'une part, et celui d'une atteinte au droit à la protection juridique d'autre part", TF, 7 juin 1988, ATF 114 II 183 ; TF, 18 février 1992, ATF 118 II (188), 190.

<sup>2200</sup> J.-M. REYMOND, *o.c.*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 204-205.

<sup>2201</sup> La difficulté de l'évaluation et le risque pour les parties a poussé la Cour Suprême du Canada à enjoindre les tribunaux à une certaine prudence. Dans une espèce interne, la Cour a ainsi constaté que "Bien que les critères applicables à la chose jugée régissent également la litispendance, il convient de garder à l'esprit que le fondement de l'analyse est essentiellement différent en cette dernière matière. Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a chose jugée, le tribunal saisi a à sa disposition un jugement dont il peut évaluer les termes et la portée, ce qui lui permet de cerner de manière précise l'autorité relative de la chose jugée qui devait être reconnue. Dans le cas de la litispendance, les conclusions des parties constituent son seul guide. Il s'ensuit que sa décision reposera sur les allégations des parties, qui doivent être considérées comme étant prouvées pour les besoins de l'analyse. La qualification accordée aux faits à ce stade préliminaire n'est qu'une hypothèse et par conséquent cet exercice délicat demande une grande prudence, parce qu'un dessaisissement erroné pour cause de litispendance priverait une partie une partie de ses droits, sans que le juge statue sur le fond. Ces conséquences importantes font qu'en cas de doute, il est préférable de rejeter l'exception de litispendance [...]" (*Rocis Constructions, Inc. v Dominion Ready Mix, Inc.* [1990] 2 S.C.R. 440, 465).

Le visage que l'on donne à la déférence peut varier selon que l'on se contente de prévenir la contradiction de jugements, objectif premier, ou que l'on se montre plus ambitieux et que l'on estime également nécessaire de faire de l'abstention un véritable instrument de coordination des procédures concurrentes en lui assignant un champ d'application plus étendu. Force est donc de constater qu'il y a place pour plusieurs définitions de l'identité entre litiges, selon le but recherché. L'exception de déférence devra au minimum intervenir à chaque fois que le risque existe d'une contradiction entre décisions. Ce minimum une fois accepté et défini de façon plus précise, on examinera s'il est possible de le dépasser pour faire de la déférence un instrument au service de l'économie de procédures.

**491. L'objectif minimum : la prévention des conflits de décisions** - Il nous semble que la référence à la contrariété éventuelle des décisions doit constituer l'exigence minimale servant de support à la condition d'identité entre procédures. Cette exigence suffit-elle ou importe-t-il de la préciser plus avant? Comment définir le dénominateur commun de deux procédures pour éviter qu'il y ait contrariété de décisions? L'expérience de l'espace judiciaire européen peut servir de guide dans cette entreprise. Elle apprend que l'inconciliabilité peut être de nature différente.

On peut tout d'abord exclure toute référence, pour interpréter le critère de l'inconciliabilité, aux concepts de cause et d'objet, ou d'autres équivalents comme le *Streitgegenstand* déjà évoqué. Certes, dans la tradition française au moins, les limites de la chose jugée sont définies de manière formelle par référence à une exigence d'identité de cause, d'objet et de parties (art. 1351 C. civ). On a toutefois vu que ces concepts posaient de nombreuses difficultés dans le commerce juridique international, et qu'ils conduisaient inmanquablement à une interprétation formelle et restrictive inacceptable.

On accepte d'ailleurs que des demandes peuvent être inconciliables au sens de l'article 27-3 de la Convention de Bruxelles [devenu l'article 34-4° du Règlement 44/2001] sans pour autant porter sur le même objet.<sup>2202</sup> On a vu que cette disposition permettait à un Etat contractant de refuser d'accorder effet à une décision émanant d'un autre Etat contractant lorsque celle-ci est "inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis".<sup>2203</sup> Dans l'affaire *Hoffmann* déjà évoqué, la Cour a conclu à l'inconciliabilité entre la demande en divorce et la demande d'attribution d'une pension alimentaire, sans s'arrêter à une éventuelle différence d'objet.<sup>2204</sup>

**492. L'objectif minimum : la prévention des conflits de décisions (suite)** - Cette interprétation est confirmée à *contrario* par la comparaison entre les articles 27-3° et 27-5° de la Convention de Bruxelles. Le dernier, adopté lors de la Convention d'adhésion de 1978, permet à un Etat de refuser la reconnaissance d'une décision émanant d'un Etat contractant lorsque celle-ci contredit une décision rendue antérieurement dans un Etat tiers. C'est expressément que ce motif de refus de reconnaissance – inséré pour éviter des "complications diplomatiques"<sup>2205</sup> – est défini de façon plus restrictive que son pendant

<sup>2202</sup> En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 268, n° 369 ; J. KROPHOLLER, 1998, 410-411 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *ac.*, 158, n° 277 V. également les conclusions de l'avocat-général Darmon dans l'affaire *Hoffmann*, *Rec.*, 1988, (645), 655, n° 9 ainsi que le rapport Jenard, p. 45, qui explique que « il n'est donc pas nécessaire qu'il s'agisse du même litige, fondé sur la même cause ».

<sup>2203</sup> V. *supra* la discussion des conflits de décisions, n° 362.

<sup>2204</sup> La Cour note d'ailleurs que "la décision étrangère, qui présuppose nécessairement l'existence du lien matrimonial, devrait être mise à exécution, alors que ce lien a été dissous par une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis", (C.J.C.E., 4 février 1988, aff. 145/86, *Rec.*, 1988, (645), 669, n° 24).

<sup>2205</sup> Rapport Schlosser, n° 205.

intra-européen. Il fallait en effet réduire au minimum les obstacles à la libre circulation des jugements à l'intérieur de l'Europe – tout en concédant une certaine exception à cette libre circulation pour ne pas mettre en danger les relations avec les Etats tiers.

Outre une condition liée à l'antériorité de la décision du for tiers – absente de l'article 27-3 – l'article 27-5 [devenu l'article 34-5° du Règlement 44/2001] exige également que la décision porte sur la même *cause* et le même *objet*. Or cette condition est fortement critiquée parce qu'elle laisse subsister des décisions inconciliables.<sup>2206</sup> La doctrine explique à juste titre que la limitation du motif de refus de reconnaissance aura pour effet de laisser coexister des conflits entre décisions – que le droit national sera d'ailleurs bien souvent incapable de résoudre.

On voit que réduire l'inconciliabilité à une contradiction entre des décisions portant sur le même objet et la même cause conduirait à amputer l'abstention d'une partie de sa raison d'être – à moins d'interpréter les concepts d'objet et de cause aussi largement que ne le fait la Cour de Justice dans le cadre de la litispendance européenne. On peut cependant douter que cette dernière solution soit de bonne politique législative.

**493. Le critère de l'exécution simultanée des décisions** - Il est également certain que la comparaison entre les décisions doit s'attacher en principe aux seuls dispositifs de celles-ci et non à la motivation. Exiger la contradiction entre les raisonnements des juges irait trop loin.<sup>2207</sup> Par hypothèse, les règles de droit invoquées par les parties et appliquées par les juges seront différentes, de sorte qu'il y aurait toujours contradiction. Deux jugements peuvent d'ailleurs reposer sur une motivation divergente sans être inconciliables dans leurs effets. Plutôt qu'à la motivation adoptée par les tribunaux, il faut s'en tenir aux *conséquences juridiques* de l'exécution des décisions.<sup>2208</sup> C'est ce que la Cour a décidé dans l'affaire *Hoffmann*.

Comme l'on pouvait s'y attendre, la Cour a donné à la condition d'inconciliabilité entre décisions une définition *autonome*.<sup>2209</sup> En l'espèce, un citoyen allemand s'opposait l'exécution aux Pays-Bas d'une décision allemande accordant une pension alimentaire à son épouse. Il invoquait l'inconciliabilité de cette décision avec un jugement ultérieur prononcé par les tribunaux néerlandais, qui accordait le divorce.<sup>2210</sup>

La Cour décida que pour établir si les décisions étaient véritablement inconciliables, il fallait examiner si elles "entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent

<sup>2206</sup> Critique en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 272, n° 377 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *op. cit.*, 162-163, n° 285. *Comp.* J. KROPHOLLER, 1998, 413, qui explique que le concept d'inconciliabilité doit se comprendre de la même façon à l'article 34-4° qu'à l'article 34-3°, l'ajout de la condition d'identité d'objet et de cause ne justifiant pas une distinction pertinente.

<sup>2207</sup> En ce sens également pour l'interprétation de l'article 27-3 de la Convention de Bruxelles, ccls. A.-G. Darmon, C.J.C.E., 4 février 1988, *Hoffmann*, aff. 145/86, *Rec.*, 1988, 654, n° 10.

<sup>2208</sup> On entendra toutefois le concept de 'dispositif' au sens large pour y inclure les motifs de la décision qui sont inséparable du dispositifs ou qui sont absolument nécessaires pour le fonder.

<sup>2209</sup> V. cependant BGH, 22 juin 1983, *N.J.W.*, 1984, 568 ; *R.I.W.*, 1983, 695 ; *IPRspr.*, 1983, n° 176 ; *VersR.*, 1983, 874 ; *J.Z.*, 1983, 903, qui prend appui sur le droit de l'état requis pour la définition du concept. Pour les controverses sur cette question, V. M. KOCH, *Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung*, Frankfurt a.M., Lang, 1993, 18-22. Si le concept d'inconciliabilité doit être entendu de façon autonome, il faudra toutefois s'en remettre au droit national des deux Etats dont émanent les décisions pour mesurer leurs effets propres, l'interprétation européenne n'intervenant que pour la comparaison entre ces effets (v. J. KROPHOLLER, 1998, 411).

<sup>2210</sup> On a vu que le motif de refus de reconnaissance tiré de l'article 27-3 peut être invoqué alors même que la décision rendue dans le for l'a été après celle du for étranger (*supra*, n° 363).



mutuellement".<sup>2211</sup> En l'espèce il n'y avait pas de doute que cette condition était remplie, puisque l'exécution aux Pays-Bas de la décision allemande aurait eu pour conséquence d'attribuer effet à un mariage réputé dissout dans une décision du for.<sup>2212</sup> Comme on l'a observé, il s'agit donc "de savoir si les effets cumulés des deux jugements entraîneraient une contradiction incompatible avec la cohérence de l'ordre juridique de l'Etat requis".<sup>2213</sup>

Ceci sera par exemple le cas lorsque le juge d'un Etat accorde des dommages et intérêts pour inexécution contractuelle, alors que le juge d'un autre Etat a déclaré inexistant le même contrat.<sup>2214</sup> La Cour a encore récemment précisé qu'étaient inconciliables deux décisions prises en référé, l'une prononçant une mesure enjoignant à un débiteur de ne pas accomplir certains actes et l'autre refusant d'octroyer une telle mesure entre les mêmes parties.<sup>2215</sup>

**494. Une nouvelle définition du dénominateur commun** - On peut déjà tirer une première conclusion de l'analyse. Celle-ci a montré qu'on pouvait construire le concept de 'dénominateur commun' déterminant le champ d'application de l'abstention par référence au *but* assigné à celle-ci. L'approche minimale consiste alors à prévenir l'apparition de décisions dont l'exécution simultanée se révèle impossible. Dans cette conception, il n'est plus besoin de faire une distinction entre plusieurs éléments constituant l'identité objective d'un litige. L'appréciation se fera de manière *globale*.

Il ne semble pas nécessaire de limiter ou de définir plus en détail ce concept. On a parfois proposé des concepts plus synthétiques pour définir de manière globale la similitude entre deux actions. On a pu ainsi parler de façon fort générale d'une « équivalence » entre actions, le juge devant examiner si les deux actions remplissent la même réalité sociale.<sup>2216</sup> D'autres ont proposé de définir l'objet du litige à partir des "conclusions du demandeur fondées sur l'état de fait invoqué".<sup>2217</sup> Une autre partie de la doctrine a proposé de substituer aux notions traditionnelles de 'cause' et d'objet' celles de "question litigieuse" au sens de l'expression '*eadem quaestio*'.<sup>2218</sup>

<sup>2211</sup> *Rec.*, 1988, I-662, point 22. Jurisprudence récemment confirmée par la Cour in *Italian leather SpA c WE CO GmbH*, aff. C-80/00, décision du 6 juin 2002 encore inédite, point 40. La Cour a à cette occasion précisé que « l'inconciliabilité caractérise les effets des décisions juridictionnelles ; elle ne concerne pas les conditions de recevabilité et de procédure, éventuellement variables d'un Etat à l'autre, au respect desquelles est subordonnée l'adoption desdites décisions » (point 44).

<sup>2212</sup> V. également *Macaulay v Macaulay* [1991] 1 WLR 179 (le juge anglais refuse de reconnaître une décision irlandaise accordant une pension alimentaire à l'épouse parce que l'époux avait obtenu le divorce des tribunaux anglais. La Cour fait expressément référence à l'arrêt *Hoffmann v Krieg*, même si en l'espèce la Convention de Bruxelles n'était pas applicable. La Convention de La Haye de 1973 sur la reconnaissance des pensions alimentaires s'appliquait, qui contient un motif de refus de reconnaissance similaire).

<sup>2213</sup> Y. DONZALLAZ, *Convention de Lugano*, II, Berne, Staempfli, 1997, 494, n° 3046. Comme le note M. Briggs, il ne sera pas toujours facile pour le juge requis de déterminer si les conséquences juridiques de deux jugements s'excluent mutuellement : A. BRIGGS, note sous *Hoffmann v Krieg*, *Yearbook Eur. Law*, 1988, Oxford, Clarendon Press, 1989, (265), 267-268.

<sup>2214</sup> P. ex. Trib. Bruxelles, 12 avril 1988, *R.G.D.C.*, 1989, 422. V. aussi Civ. Liège, 24 mars 1993, *J.L.M.L.B.* 1994, 929.

<sup>2215</sup> C.J.C.E., 6 juin 2002, *Italian leather SpA c WE CO GmbH*, aff. C-80/00, décision encore inédite, point 47.

<sup>2216</sup> M. Schneider propose par exemple de remplacer la notion d'identité par celle, plus souple d'« équivalence » entre les deux procédures, le juge devant examiner si les deux actions remplissent en réalité la même « fonction sociale » (B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 309). Cette formule est attrayante, encore fait-il en déterminer les conséquences précises, ce qui n'est pas toujours facile.

<sup>2217</sup> W. J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, Librairie de l'Université/Georg & Cie, 1975, 244.

<sup>2218</sup> M. D. TOMASIN, ac., Paris, 1975, 200-202, n° 271-273, qui s'en réfère à Motulsky et à Vizioz. *Comp. M. Héron*, qui propose le concept de "matière litigieuse" (*Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 209, n° 285).



Le grand désavantage de ces suggestions est qu'elles nécessitent un travail d'analyse proprement dialectique. Comme le faisait remarquer *Laurent*, « les glossateurs ont si bien subtilisé qu'ils en sont arrivés à confondre ce que le simple bon sens suffit à distinguer ». <sup>2219</sup> La formule fonctionnelle retenue ici se recommande de ce bon sens. Elle ne pourra sans doute pas venir à bout de toutes les difficultés, mais aura au moins le mérite de se révéler être dans la majorité des cas d'une application plus facile que les formules traditionnelles. De même, en faisant table rase des distinctions byzantines héritées du passé, l'approche fonctionnelle évite de contraindre le juge à dénaturer les concepts de la règle pour conserver à la déférence un minimum d'efficacité.

**495. Réforme de la litispendance européenne** - Cette analyse gagnerait sans doute à être suivie au sein de l'espace judiciaire européen. Il convient en effet à notre sens de substituer à la définition de l'identité des procédures retenues à l'article 21 le concept d'inconciliabilité de décisions tel qu'il figure à l'article 27(3). En pratique, cette substitution n'aura pas grand effet pour la portée de la litispendance européenne. On a vu en effet que la jurisprudence de la Cour a complètement dénaturé la condition d'identité d'objet et de cause, ne laissant subsister de la disposition originale qu'un semblant de distinction entre trois concepts qui ne fait que compliquer l'analyse. L'interprétation qu'elle en donne est toute entière dictée par le souci d'éviter la naissance de décisions contradictoires. C'est bien l'article 27(3) qui commande l'article 21 et non le contraire. <sup>2220</sup>

Maintenir la référence aux concepts de 'cause' et d'objet' n'est somme toute qu'une façade, qui permet sans doute d'éviter d'attiser encore les critiques déjà nombreuses de la jurisprudence pour le moins libérale de la Cour. Se débarrasser de ces concepts éviterait d'entretenir l'illusion d'un quelconque lien avec les conceptions nationales et délivrerait la Cour de l'obligation de donner à la cause et à l'objet une définition qui n'a plus aucune relation avec leur signification première.

**496. Résultats de cette approche** - L'approche proposée consiste à déduire le dénominateur commun du but assigné à la déférence internationale. Dans un premier temps, cette approche incite à limiter le domaine d'application de la déférence aux situations qui présentent un danger de contradiction de décisions. Appliqué au contentieux du divorce international, évoqué à de nombreuses reprises dans ce chapitre, ce critère conduirait à justifier l'application de la règle de déférence à des demandes concurrentes tendant à obtenir la dissolution d'un même mariage, quelle que soit la dénomination précise de la demande ou les griefs invoqués par les parties. Ainsi, une demande de divorce fondée sur l'adultère d'un des époux devrait s'incliner devant une demande de divorce antérieure invoquant l'inconciliabilité d'humeur. De même, il y aurait concurrence entre une demande de divorce et une demande d'annulation du mariage, puisqu'elles visent toutes les deux à obtenir la dissolution du lien matrimonial. On ne peut concevoir des époux à la fois divorcés et dont le mariage aurait été en même temps annulé. Pour la même raison, une demande de divorce serait réputée entrer en conflit avec une demande de séparation de corps, puisque la première vise à obtenir la dissolution du lien conjugal que la seconde vise à relâcher.

<sup>2219</sup> Laurent, t. XX, n° 64, tel que cité par H. DE PAGE, *ac.*, Bruxelles, Bruylant, 1967, 1007, n° 960. Ce dernier auteur en appelait également au « bon sens », ajoutant que les controverses ont le plus souvent abouti à obscurcir qu'à éclairer la question.

<sup>2220</sup> Dans l'affaire *Drouot*, précitée, la Cour a expliqué qu'il peut y avoir identité de parties lorsque « les intérêts d'un assureur et de son assuré peuvent être à ce point identiques qu'un jugement prononcé contre l'un aurait force de chose jugée à l'égard de l'autre » (point 19).

Avec cette conception, on se rapproche sensiblement des résultats auxquels tend la jurisprudence des pays de *common law*. La théorie de l'identité des litiges a reçu une attention moindre de ces jurisprudences, notamment parce que les doctrines utilisées pour coordonner les procédures concurrentes possèdent un champ d'application plus large que le seul conflit de procédures. Lorsque la question est posée, elle reçoit une réponse presque informelle, qui ne s'embarrasse pas de concepts abstraits tel que l'objet ou la cause. Ainsi dans l'affaire de *Dampierre*, l'époux sollicitait des tribunaux anglais qu'ils sursoient à statuer sur la demande de divorce formée par son épouse, en raison de l'existence d'une procédure de divorce concurrente en France, dont il avait pris l'initiative. Si les deux demandes tendaient à obtenir le même effet, les griefs invoqués n'étaient pas les mêmes. Devant le juge français, l'époux invoquait l'abandon du domicile conjugal; alors que son épouse elle alléguait à Londres la cruauté et l'égoïsme de son mari. Naturellement, chaque époux demandait le divorce à charge de l'autre.

La question de l'identité des deux procédures ne fut toutefois pas abordée par la Chambre des Lords. Celle-ci examina l'exception de *forum non conveniens* sans s'arrêter au détail de chaque procédure. L'identité a été pour ainsi dire présumée, le tribunal semblant se contenter d'une identité de principe entre les deux procédures.<sup>2221</sup> Il semble en outre que la question de la similitude entre procédures ne soit pas posée en tant que telle, mais seulement pour vérifier que les parties pourront obtenir du juge étranger un remède au moins comparable à celui qu'offre le for. La question est alors abordée à un stade ultérieur et sous un autre angle. L'abstention sera refusée lorsque la procédure étrangère n'offre pas la possibilité aux parties d'obtenir pleine satisfaction, c'est-à-dire d'obtenir un remède au moins équivalent à celui postulé dans le for.<sup>2222</sup> Il s'agit là d'une approche fonctionnelle, qui dépasse le cadre formaliste de la pure identité.<sup>2223</sup>

<sup>2221</sup> Dans l'affaire *Abidin Daver*, Lord Diplock avait évoqué deux procédures portant sur le même « subject matter », ce qui laissait déjà entrevoir une approche pour le moins flexible (*The Abidin Daver*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 339, 344; [1984] 1 A.C. 398, 411). V. également l'affaire *Henry v Henry*, [1995-1996] 185 CLR 571 (HCA) et *Kronberg v Kronberg*, 76 DLR (4th) 379 (Manitoba Court of Appeal 1990) (procédures en divorce et partage de la communauté matrimoniale, de part et d'autre de la frontière américano-canadienne, la Cour examine une demande de 'stay' et d'injonction *anti-suit* sans se préoccuper de l'identité précise entre les deux litiges). Les tribunaux adoptent la même approche à l'égard de l'identité subjective. Un juge américain a ainsi expliqué à propos de procédures concurrentes engagées en Angleterre et aux États-Unis que « The first distinction [entre les procédures] is that the parties trade places on either side of the 'v'. [...] This seems to be a distinction without much difference in this case » (*R. F. Goldhammer et al. v Dunkeim' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d 248, 252 (D. Mass. 1999)).

<sup>2222</sup> L'affaire *Westec* illustre parfaitement le refus des tribunaux de *common law* de se laisser dominer par une approche formelle de l'identité des litiges. En l'espèce se posait la question de savoir si le juge canadien allait accorder l'exception de for inapproprié soulevée par le défendeur américain au profit d'une procédure engagée antérieurement aux États-Unis. Cette procédure visait à obtenir une déclaration l'exonérant de toute responsabilité dans un litige l'opposant à son fournisseur canadien de logiciel. Trois mois après le début de cette procédure, celui-ci réclama des tribunaux canadiens en dommages et intérêts : *Westec Aerospace Inc v Raytheon Aircraft*, 173 D.L.R. (4th) 498 (Cour d'Appel de la Colombie). La question de l'identité des litiges se posait dès lors que la jurisprudence canadienne avait adopté un test sensiblement différent pour le *forum non conveniens* en présence d'actions concurrentes (*infra*, n° 565). L'entreprise canadienne tentait d'échapper au 'stay' en arguant que les deux procédures n'étaient pas « parallèles », puisque son action s'appuyait sur l'existence d'un contrat qu'elle prétendait violé, alors que son adversaire alléguait devant les tribunaux américains que le contrat était nul. La Cour refusa cette distinction à ses yeux spécieuse : « the narrow meaning [the plaintiff] gives to the words 'parallel proceedings' flies in the face of the juridical use of the term and the policy rationale that supports it » (173 D.L.R. (4th) 498, 508). Et le juge Rowles d'en appeler à la définition proposée par Lord Diplock dans l'affaire *Abidin Daver*, selon laquelle il y a conflit de procédures en présence de « litigation between the same parties about the same subject matter in which the roles of plaintiff and defendant were reversed » ([1984] 1 Lloyd's Rep. 339, 344; [1984] 1 AC 398, 411). Rejetant ce qu'elle qualifia être une « narrow, particular and formalistic approach to determining whether proceedings are parallel [...] », la Cour lui préféra l'approche suivante : « the focus of the inquiry as to whether there are parallel proceedings should remain on the substance of the dispute and not on how it is framed in any given action » (173 D.L.R. (4th) 498, 508). V. aussi *AAR Intern, Inc v Vacances Heliades S.A.*, 100 F. Supp.2d 875, 877 (N.D.Ill., 2000) : le tribunal observe que « The parties are

## (II) UNE APPROCHE PLUS AMBITIEUSE

497. **Introduction** – La contradiction entre décisions, un critère qui s'apprécie *en fait*, constitue la première mesure de la portée de l'exception de déférence. On peut estimer nécessaire de ne pas s'en tenir à cette première définition. L'exception de déférence ainsi définie ne permettra en effet pas de satisfaire pleinement l'objectif d'économie de procédures. C'est ce qu'illustre la distinction entre les deux acceptations du concept de contradiction entre décisions. A côté de la contradiction *concrète* - telle qu'elle vient d'être définie, c'est-à-dire qui se mesure à l'exclusion des conséquences juridiques des décisions concernées - on distingue une variante 'abstraite' de la notion, plus large.

La distinction entre les deux acceptations de l'inconciliabilité peut être illustrée à l'aide des exemples suivants. Lorsque le juge du for A condamne l'acheteur de marchandises au paiement du prix de celles-ci, et que le juge du for B décide au contraire que le contrat n'a jamais existé, en raison du consentement vicié de l'acheteur, la contradiction n'est pas simplement *abstraite*. L'exécution simultanée des décisions est tout simplement impossible puisque les effets recherchés s'opposent.<sup>2224</sup>

Il n'en va pas de même lorsque, dans la même situation, le for B condamne le vendeur au paiement de dommages et intérêts pour défaut des marchandises livrées. Comme la Cour de cassation française l'a constaté, ces deux décisions peuvent être exécutées concurremment, les prétentions de l'acheteur et du vendeur étant ramenées à la plus petite d'entre elles.<sup>2225</sup> Si l'on s'en tient aux principes, on ne peut nier la contradiction puisque d'un côté l'acheteur est condamné à l'exécution de ses obligations, le tribunal rejetant (implicitement) sa demande reconventionnelle alléguant le défaut des marchandises, alors que de l'autre la mauvaise exécution dans le chef du vendeur est reconnue. Au niveau des faits par contre, la collision peut être évitée.

M. Droz donne un autre exemple qui éclaire la distinction.<sup>2226</sup> Soit un accident de la circulation en France entre deux véhicules conduit par des citoyens des Pays-Bas, qui donne lieu à deux procédures, l'une en France, lieu de l'accident, l'autre aux Pays-Bas où réside l'automobiliste fautif. Si les juges français et néerlandais s'accordent sur la responsabilité de ce dernier, tout en se divisant sur le montant des dommages et intérêts, par exemple parce que le droit néerlandais répugne à reconnaître un dommage simplement moral, la contradiction entre les décisions n'empêchera pas l'exécution simultanée de celles-ci. Il n'en va évidemment pas de même lorsque le juge français exonère le conducteur de toute responsabilité, alors que le juge batave le déclare

---

the same. Are the causes of action? They need not be identical for proceedings to be parallel as long as there is a 'substantial likelihood' that the foreign litigation 'will dispose of all the claims presented in the federal case' ».

<sup>2223</sup> La disposition du projet de Convention anglo-américain de 1976 relative aux procédures concurrentes évoquait des procédures portant sur « the same transaction or occurrence ».

<sup>2224</sup> Exemple donné par le Rapport Jenard, p. 45. Il en va de même lorsqu'un juge de paix belge a accordé à une épouse une pension alimentaire à concurrence de 60 % des indemnités dont la sécurité sociale est redevable à son époux, alors que le juge néerlandais décide pendant la procédure de divorce qu'il n'y a pas lieu au paiement d'une pension alimentaire. V. HR, 26 janvier 1979, *N.J.*, 1979, 399, note J.C. SCHULSZ ; *N.I.L.R.*, 1981, 84, note VERHEUL (en l'espèce le Hoge Raad a refusé de donner suite à l'exception de contrariété soulevée par l'époux parce qu'il ne l'avait pas invoquée devant le juge du fond. Selon le HR, celui-ci n'était pas dans l'obligation d'invoquer ex officio la contrariété avec une décision du for).

<sup>2225</sup> Cass. fr., 3 novembre 1977, *R.C.D.I.P.*, 1978, 773 ; *Répertoire de jurisprudence communautaire Série D'*, I-27.3-B1. En l'espèce il s'agissait de la vente de volailles qui s'étaient révélées malades.

<sup>2226</sup> G. A. L. DROZ, 1972, n° 514.

responsable. Dans ce cas, il n'y a plus place pour une exécution concomitante des décisions. On aperçoit ainsi les domaines respectifs de l'inconciliabilité 'abstraite' et 'concrète',<sup>2227</sup> la première visant la contradiction entre les raisonnements suivis par les juges alors que la dernière s'attache uniquement aux conséquences juridiques des décisions et en particulier à leur exécution simultanée.<sup>2228</sup>

**498. Deux conceptions de l'inconciliabilité** – On aura évidemment reconnu les deux conceptions de l'inconciliabilité utilisée dans la Convention de Bruxelles. L'approche plus large est celle du déclinatoire de connexité, dont le but est de dépasser la simple prévention des conflits de décisions pour embrasser plus largement la coordination de procédures mettant en jeu des questions apparentées. L'approche plus restrictive est celle du motif de refus déduit de l'article 27-3°. La différence entre les deux définitions, consacrée par la Cour de Justice dans l'arrêt *Tatry*,<sup>2229</sup> s'explique dans le contexte de la Convention de Bruxelles par le statut de cette dernière disposition<sup>2230</sup> : constituant un motif de refus de reconnaissance, il doit être interprété restrictivement pour ne pas porter trop d'ombre à la libre circulation des jugements, objectif final de la Convention.<sup>2231</sup> L'exception de connexité au contraire a pour but d'"améliorer la coordination de l'exercice de la fonction judiciaire à l'intérieur de la Communauté".<sup>2232</sup> La contradiction de jugements qu'elle s'emploie à prévenir porte sur le raisonnement utilisé par les deux tribunaux.<sup>2233</sup>

La contradiction abstraite trouve un terrain d'élection dans les procédures multipartites, lorsque certaines des parties impliquées dans une procédure ne le sont pas dans l'autre. Ainsi un juge français a-t-il pu décider qu'il n'y avait pas contradiction au sens de l'article 27(3) entre une décision italienne prononçant la résolution d'un contrat de vente aux torts d'une société française et une décision française prononçant la résiliation du même contrat, cette fois-ci aux torts de l'entreprise italienne.<sup>2234</sup> En l'espèce le tribunal a constaté que les parties n'étaient pas les mêmes, puisque la procédure française

<sup>2227</sup> Que l'avocat général Tesauo appelle incompatibilité 'technique' (affaire *Tatry*, précitée, *Rec.*, 1994, (I-5439), I-5446, n° 27). V. également les autres exemples illustrant la distinction, cités par l'avocat-général Darmon, dans l'affaire *Hoffmann* précitée, *Rec.*, 1988, 655-656, n° 12.

<sup>2228</sup> L'avocat général Tesauo expliquait qu'il y avait incompatibilité 'logique' chaque fois que le processus logique suivi par l'un des juges pour arriver à la solution du litige, peut concerner des questions susceptibles de présenter de l'importance aux fins de la décision de l'autre juge » (affaire *Tatry*, précitée, *Rec.*, 1994, (I-5439), I-5446, n° 28).

<sup>2229</sup> Dans cet arrêt la Cour a pris appui sur la différence entre les « objectifs » poursuivis par les deux dispositions – ainsi que, de façon peu convaincante, sur l'utilisation, dans les versions allemande et italienne des deux dispositions, d'expressions différentes (point 56), *comp.* avec le refus de la Cour de tenir compte des différentes versions linguistiques de l'article 21, *supra*, n° 482 – pour rejeter l'invitation qui lui était faite d'adopter la même interprétation du terme 'inconciliabilité' figurant aux articles 22 et 27-3 (point 55).

<sup>2230</sup> MM. Born, Fallon et van Boxstael voient à juste titre dans la différence d'interprétation des deux dispositions un exemple d'une contradiction entre l'interprétation systémique, qui commandait d'adopter la même acceptation du concept d'inconciliabilité dans les deux dispositions, et l'interprétation téléologique, qui ne pouvaient faire abstraction des buts différents assignés aux deux dispositions (2001, 436-437, n° 220).

<sup>2231</sup> La Cour avait d'ailleurs précisé à propos de l'article 27-3 qu'il faisait échec « à la réalisation d'un des objectifs fondamentaux de la Convention, qui vise à faciliter, dans toute la mesure du possible, la libre circulation des jugements [...] » (C.J.C.E., 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren c. Emilio Boch*, aff. C-414/92, *Rec.*, 1994, I-2247, point 20. La Cour en déduisait dans le même attendu que ce motif de refus de reconnaissance devait recevoir une « interprétation stricte ».

<sup>2232</sup> Ccl. Avocat-général Tesauo dans l'affaire *Tatry*, précitée, *Rec.*, 1994, I-5457, n° 28.

<sup>2233</sup> V. également la définition donnée par la Cour au concept d'inconciliabilité' au sens de l'article 22 dans l'arrêt *Tatry*. La Cour a défini la notion de contradiction comme comprenant "tous les cas où il existe un risque de contrariétés de solutions, même si les décisions peuvent être exécutées séparément et si leurs conséquences juridiques ne s'excluent pas mutuellement" (*Rec.*, 1994, I-5478, n° 53).

<sup>2234</sup> TGI Paris, (prés.), 31 mai 1989, *R.C.D.I.P.*, 1990, 550, note G. A. L. DROZ.

concernait également la filiale française de la société italienne, ce qui obviait tout risque de contradiction.

499. **Difficultés de la version large de la déférence** – La conception étendue de l'identité objective, qui englobe la contradiction abstraite, confère un domaine plus large à la déférence. Elle traduit également une inflexion dans les objectifs assignés à cette règle, la *coordination* des procédures concurrentes dans un souci d'économie des procédures prenant le pas sur la simple prévention de décisions contradictoires. Pour bien démarquer cette version du dénominateur commun premier de la déférence, on pourrait adopter la formulation de l'article 101 NCPC, qui évoque une situation dans laquelle « il est de bonne justice de les faire instruire et juger ensemble ». Ce faisant, la contradiction de décisions n'est plus évoquée directement.<sup>2235</sup> La question de savoir s'il est légitime d'adopter cette version large de la déférence dépendra en grande partie de la volonté politique du législateur.

L'accueil réservé au déclinatoire de connexité constitue un bon indicateur des chances de voir s'imposer la version *large* de la déférence. La distinction entre litispendance et connexité, qui s'est inévitablement posée dans certains pays en raison de la définition formelle adoptée pour l'identité objective entre litige,<sup>2236</sup> correspond en effet *mutatis mutandis* toutes proportions gardées à celle entre les deux versions de la déférence. Or le droit comparé révèle que si l'exception de litispendance a toujours été considérée "avec beaucoup de méfiance",<sup>2237</sup> la réticence à accepter le dessaisissement pour cause de connexité est plus grande encore.<sup>2238</sup> Au vrai, l'exception de connexité fait figure d'oiseau rare en droit comparé.

500. **Connexité et droit conventionnel** – Comme pour la litispendance, c'est le droit conventionnel qui a ouvert la voie en posant les premiers jalons d'une exception de connexité internationale. On la retrouve ainsi dans certaines des premières conventions bilatérales.<sup>2239</sup> La situation de connexité y était toutefois définie de façon extrêmement restrictive. N'étaient généralement considérées comme connexes que les affaires qui

<sup>2235</sup> On pourrait atteindre le même résultat en adoptant la définition retenue pour la connexité européenne, tout en réservant la formule figurant à l'article 27-3° de la Convention pour la version plus stricte de la règle.

<sup>2236</sup> Ceci explique que ni la jurisprudence, ni la doctrine des pays de *common law* n'aient abordé la question. Les techniques utilisées par les tribunaux de ces pays pour s'abstenir en déférence à une procédure étrangère, ne sont en effet pas liées par une définition stricte de l'identité entre procédures. Point n'est donc besoin de suppléer aux carences d'une règle au champ d'application strictement défini en prévoyant une autre règle pour les situations qui ne présenteraient pas l'identité requise. En ce sens, J. FAWCETT, "General Report", *Dedining Jurisdiction*, 43. L'absence de règle visant spécifiquement les situations de connexité ne doit pas cacher que l'utilisation de règles générales peut aboutir à des résultats différents selon le degré d'identité entre les actions, comme l'observe à juste titre S. BAUMGARTNER, *lc*, *ZZPInt*, 1998, (203), 214. Ce auteur a par exemple montré que les tribunaux anglo-saxons sont susceptibles de réagir différemment lorsque seules certaines des parties impliquées dans une procédure le sont également dans l'autre, un hypothèse qui ressortit traditionnellement au domaine de la connexité (pp. 214-216). A l'instar de leurs collègues continentaux, ces tribunaux seront d'autant plus réticents à s'abstenir que la procédure étrangère ne porte que sur des questions connexes, J. FAWCETT, "General Report", *Dedining Jurisdiction*, 43.

<sup>2237</sup> G. A. L. DROZ, 1972, 221, n° 299.

<sup>2238</sup> S. BAUMGARTNER donne un excellent aperçu de droit comparé sur le sujet, *lc*, *ZZPInt*, 1998, (203), 206-209.

<sup>2239</sup> P. ex. art. 4, § 1 de la Convention franco-belge (sur cette disposition, v. N. WATTÉ, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. , 28-29, n° 155-161; M. WESER, *Traité franco-belge du 8 juillet 1899*, Paris/Bruxelles, Sirey/Larcier 1950, 160-179, p.ex. Nancy, 18 juin 1904, *Pas.*, 1904, IV, 164; Bruxelles, 27 mai 1907, *Pas.*, 1909, II, 161; Comm. Gand, 22 mai 1912, *J.D.I.*, 1912, 1236; Trib. Metz, 4 nov. 1970, *J.D.I.*, 1972, 314, note KAHN); art. 6 § 1 de la Convention belgo-néerlandaise (sur cette disposition, J. BELLEFROID, *Toelichting van het Nederlandsch-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925...*, Nijmegen, Dekker & Van de Vegt, 1931, 45-50, avec application par Bruxelles, 13 mai 1969, *Reu. dr. int. dr. comp.*, 1970, 130); art. 19 de la Convention franco-italienne du 3 juin 1930 (sur cette disposition, N. TROCKER, "Italy", *Dedining Jurisdiction*, 288).

procédaient “de la même cause *ou* du même objet”<sup>2240</sup> – ce qui n’a d’ailleurs pas été sans influencer l’interprétation donnée à l’exception de litispendance prévue par ces mêmes conventions.<sup>2241</sup>

Il a fallu attendre 1968 et la Convention de Bruxelles pour que l’exception de connexité fasse sa véritable entrée dans le droit de la procédure internationale. L’article 22 de cette convention donne au tribunal second saisi la possibilité de surseoir à statuer ou de se dessaisir lorsqu’un tribunal d’un autre Etat contractant a été antérieurement saisi d’une demande connexe.<sup>2242</sup> La connexité telle qu’elle est définie dans cette disposition – sont réputées être connexes les demandes “liées entre elles par un rapport si étroit qu’il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d’éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément” – laissait déjà apparaître qu’il ne s’agissait pas seulement de prévenir les conflits de décisions.<sup>2243</sup> La Cour de Justice a confirmé cette intuition en consacrant une conception assez large de la connexité au titre de l’article 22. La Cour a en effet estimé que cette disposition devait être appliquée à chaque fois qu’il “existe un risque de contrariété de solutions, même si les décisions peuvent être exécutées séparément et si leurs conséquences juridiques ne s’excluent pas mutuellement”.<sup>2244</sup>

Conçu pour garantir “une meilleure coordination de l’exercice de la fonction judiciaire à l’intérieur de la Communauté”,<sup>2245</sup> le déclinatoire de connexité ainsi consacré – qui n’a pas la même rigueur que l’exception de litispendance<sup>2246</sup> – constitue un premier et important jalon dans la reconnaissance d’une version étendue de la déférence – même si en pratique, son rôle s’est réduit à mesure que la Cour de Justice étendait le champ d’application de l’exception européenne de litispendance.<sup>2247</sup>

**501. Déclinatoire de connexité internationale – l’exemple français - L’exemple européen a sans doute été à l’origine d’une (modeste) évolution dans le droit commun. Pour autant, la connexité n’a jusqu’à présent été acceptée que du bout des lèvres. Le changement le plus manifeste est dû aux tribunaux français. Classiquement ceux-ci**

<sup>2240</sup> C’était le cas par exemple des trois conventions citées à la note précédente.

<sup>2241</sup> La jurisprudence exigeant par réaction une stricte identité de cause et d’objet pour la litispendance, v. les affaires citées par M. EKELMANS, “Note sur la litispendance internationale”, *R.D.C.B.*, 1993, (1089), 1095, n° 18; N. WATTÉ, *Juris-Classeur. Droit International*, 27-28, n° 149-150.

<sup>2242</sup> Sur cette disposition v. R. SCHÜTZE, “Die Berücksichtigung der Konnexität nach dem EWG-Übereinkommen über die Gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtliche Entscheidungen”, *RIW/A WD*, 1975, 543 e.s. et l’étude d’ensemble de J. A. LÜPFERT, *Konnexität im EuGVÜ. Rechtsvergleichende Studie mit einem Vorschlag zur Weiterentwicklung des deutschen Rechts*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997, 311 p.

<sup>2243</sup> V. aussi les explications du Rapport Jenard, selon qui le déclinatoire de connexité vise non seulement à prévenir les conflits de décisions, mais aussi à assurer une bonne administration de la justice dans la Communauté européenne (*J.O.C.E.*, 1979, C-59/41).

<sup>2244</sup> *C.J.C.E.*, *Taty*, 6 décembre 1994, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5460, point 53.

<sup>2245</sup> Rapport Jenard, *J.O.C.E.*, 1979, C-59/41 et *C.J.C.E.*, *Taty*, 6 décembre 1994, aff. C-406/92, *Rec.*, 1994, I-5460, point 55.

<sup>2246</sup> Il appartient en effet au juge second saisi de décider librement s’il donne suite à l’exception, auquel cas il peut surseoir à statuer, soit se dessaisir. L’avocat-général Lenz a proposé trois critères permettant de guider le juge second saisi dans son appréciation de l’opportunité d’accueillir le déclinatoire de connexité (*C.J.C.E.*, *Owers Bank*, points 75-79), à savoir, « le degré de connexité et le risque de contrariété de décisions », « le stade atteint dans les procédures correspondantes » et enfin « la proximité des juridictions saisies par rapport aux faits ».

<sup>2247</sup> Le règlement de Bruxelles II ne prévoit pas de véritable exception de connexité. L’hypothèse des demandes similaires mais non identiques fait l’objet d’une disposition spécifique qui vise les actions dites “dépendantes”, *supra*, n° 477. *Adde* sur cette règle, P. DE VAREILLES SOMMIÈRE, *Gaz. Pal.*, 17-18 déc. 1999, (15), 23.

refusaient tout effet au déclinatoire de connexité internationale.<sup>2248</sup> La Cour d'Appel de Besançon a par exemple décidé en 1906

*“qu'il n'y a pas lieu à renvoi pour cause de connexité si les deux tribunaux saisis de deux causes connexes ne sont pas tous deux français, car entre deux jugements rendus l'un par un tribunal français, et l'autre par un tribunal étranger, le conflit de décisions ne peut avoir de conséquences sérieuses puisque le jugement étranger n'est pas exécutoire par lui-même, et que l'exécution peut être refusée en opposant l'exception de chose jugée”*.<sup>2249</sup>

On reconnaît un argument qui avait déjà été opposé à la litispendance internationale (*supra*, n° 433). Le changement fut long à venir, malgré les appels pressant de la doctrine.<sup>2250</sup>

Il a fallu attendre 1987 pour que la Cour de Cassation admette, du bout des lèvres, la possibilité d'un dessaisissement des juridictions françaises au profit des juridictions étrangères pour cause de connexité.<sup>2251</sup> Dans cette affaire, un double national franco-libanais marié à une Syrienne devenue française par le mariage, avait en 1984 demandé aux tribunaux libanais d'ordonner à l'épouse de réintégrer le domicile conjugal à Beyrouth, faute de quoi la séparation de corps serait prononcée à ses torts. L'épouse répliqua, d'une part, par une demande reconventionnelle visant à obtenir la séparation de corps aux torts du mari, et d'autre part en saisissant le juge français d'une demande en contribution aux charges du mariage. Le tribunal français rejeta l'exception de connexité soulevée par le mari, qui s'en plaignit devant la Cour de Cassation. Celle-ci refusa de critiquer l'arrêt attaqué au motif que “l'admission de l'exception de connexité n'est jamais qu'une simple faculté pour les tribunaux”,<sup>2252</sup> laissant ainsi entendre qu'elle ne s'opposerait pas à ce qu'un juge du fond fasse droit à une telle exception.

**502. Déclinatoire de connexité internationale – l'exemple français (suite)** - Cette décision, qui a été approuvée par la doctrine,<sup>2253</sup> laissait cependant subsister quelques doutes puisque la Cour s'était contenté d'approuver le rejet de l'exception de connexité. Ces derniers doutes ont été dissipés par un arrêt du 22 juin 1999.<sup>2254</sup> Dans cette affaire, une banque avait pratiqué une saisie à l'île Maurice sur une somme d'argent en possession de son débiteur. Une société de Hong Kong en revendiqua alors la propriété devant les tribunaux de l'île, en prétendant avoir confié la somme au débiteur aux fins de placement.

<sup>2248</sup> Paris, 15 janvier 1883, *J.D.I.*, 1884, 65; Alger, 15 octobre 1903, *J.D.I.*, 1904, 895; *R.C.D.I.P.*, 1910, 404; Aix, 16 juillet 1947, *R.C.D.I.P.*, 1948, 93, note Batiffol; Paris, 29 avril 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, II, 27; Paris, 5 mai 1960, *J.D.I.*, 1961, 450; *R.C.D.I.P.*, 1960, 603.

<sup>2249</sup> Besançon, 13 août 1906, *J.D.I.*, 1907, 710 (motifs); *R.C.D.I.P.*, 1910, 404.

<sup>2250</sup> V. les références citées par A. HUET, “Litispendance et connexité internationale”, *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 581-43, 11, n° 41. *Adde* D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, 370, n° 781. *Comp.* BATIFFOL et LAGARDE, II, 469-470, n° 676 (qui, pour la connexité, conçoivent mieux “que pour la litispendance un certain ‘isolationisme’, étant donné que les litiges en jeu, quoique connexes, sont distincts”). Ces auteurs n'en regrettent pas moins l'éventualité de décisions inconciliables).

<sup>2251</sup> Cass. fr., 20 oct. 1987, *J.D.I.*, 1988, 447, note A. HUET; *R.C.D.I.P.*, 1988, 540, note Y. LEQUETTE.

<sup>2252</sup> En 1969 déjà, la Cour avait approuvé une cour d'appel d'avoir admis le dessaisissement d'un tribunal français au profit d'un tribunal italien saisi antérieurement en raison de “l'étroite connexité” entre les deux instances, Cass., 10 mars 1969, *J.D.I.*, 1969, 659, note J.D. BREDIN. Cette décision ne pouvait cependant tenir lieu de précédent puisqu'en l'espèce le tribunal français était incompétent.

<sup>2253</sup> P. ex. P. MAYER, 1998, 287, n° 446, B. AUDIT, 1997, 332, n° 382, note 3.

<sup>2254</sup> Cass. fr., 22 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 42, note G. CUNIBERTI; *J.C.P.*, 1999, IV, 2429; *D.*, 1999, IR, 169. V. également Paris, 19 janv. 1994, *D.*, 1994, somm. 353, note B. AUDIT; Paris, 20 sept. 1991, *J.D.I.*, 1992, 957, note DION-LAYE (rejette cependant l'exception de connexité parce que les procédures en Autriche et en France sont “d'une nature différente”).



Craignant sans doute de ne pas obtenir satisfaction des tribunaux mauriciens, la société saisit également les tribunaux français en réclamant le paiement de ladite somme. La Cour d'Appel de Paris fit droit à l'exception de connexité invoquée par la banque.

Dans sa décision rejetant le pourvoi, la Cour de Cassation précisa, tout comme elle l'avait fait en 1987, que le dessaisissement pour cause de connexité internationale, n'est qu'une *faculté* reconnue aux tribunaux français. Sa décision contient toutefois des précisions qui vont au-delà de cette simple constatation, et qui précisent les contours de l'exception. La Cour ajouta en effet qu'un tel dessaisissement n'était légitime qu'à la condition que les deux juridictions relevant de deux Etats différents, soient également et compétemment saisies de deux instances entre lesquelles il existe un lien de nature à créer une contrariété de décisions.<sup>2255</sup> En l'espèce ce risque était présent puisque la solution du litige soumis au tribunal français commandait d'apprécier la validité de la saisie dont connaissait le tribunal mauricien.<sup>2256</sup>

On remarquera que l'exception de connexité internationale ainsi reconnue tient plus d'une version étroite de la déférence, puisque - au contraire de l'article 101 NCPC, qui se contente d'exiger pour que le dessaisissement soit justifié, l'existence d'un intérêt d'une bonne justice à faire instruire les deux affaires ensemble -, la simple économie de procédures ne suffit en revanche pas pour invoquer l'exception lorsque celle-ci est invoquée dans une espèce internationale. Il faut sans doute y voir une nouvelle expression de cette répugnance naturelle des tribunaux, déjà évoquée, à renoncer à statuer. Même si elle est subordonnée à des conditions rigoureuses, voilà en tout cas l'exception de connexité internationale reconnue à part entière dans le droit commun français.<sup>2257</sup>

**503. Droit commun - exception de question préalable** - En dehors de l'avancée enregistrée en droit français - qui s'explique à notre sens par la rigueur extrême des termes de la litispendance internationale - le principe de la connexité internationale n'a pas rencontré un franc succès en droit comparé. Tout au plus certaines juridictions ont-elles accepté de donner suite à une *exception de question préalable*. Il s'agit là d'une variante de l'exception de connexité, qui voit un tribunal surseoir à statuer pour permettre à un autre de se prononcer sur une question qui, sans être identique à celle dont il est saisi,

<sup>2255</sup> On a pu déduire de cet attendu que l'ordre des saisines était indifférent pour la connexité internationale, celle-ci pouvant être admise au profit d'une juridiction étrangère ultérieurement saisie (p. ex. CH. CHALAS, 506, n° 563, qui évoque l'article 101 NCPC, lui aussi indifférent à l'ordre de saisine). On remarquera toutefois qu'en l'espèce, les tribunaux mauriciens avaient été saisis avant les tribunaux français. Il faudra dès lors attendre une nouvelle décision de la Cour de Cassation pour confirmer que telle a bien été son intention. La doctrine antérieure à cette décision, avait déjà estimé qu'au contraire du déclinatoire de litispendance, l'exception de connexité internationale ne devait pas être subordonnée à une exigence d'antériorité de la saisine du tribunal étranger : A. HUET, "Litispendance et connexité internationale", *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 581-43, 12, n° 47; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, 370, n° 783. *Comp. P. MAYER*, 1998, 284, note 140.

<sup>2256</sup> Cette décision est également remarquable parce que la Cour admet qu'une juridiction française puisse connaître d'une saisie pratiquée à l'étranger. Sur cet aspect, v. les commentaires de G. CUNIBERTI, *R.C.D.I.P.*, 2000, (43), 47-48.

<sup>2257</sup> Une évolution que prédisait déjà M. Holleaux, qui notait que "l'évolution survenue dans le domaine de la litispendance internationale [...] devrait conduire à accueillir l'exception de connexité internationale" : D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, 370, n° 781. M. Mayer note que dans la pratique la jurisprudence est encore plus réticente à admettre la connexité que l'exception de litispendance (1998, 284, note 140).



constitue toutefois un élément essentiel du raisonnement juridique auquel il devra procéder.<sup>2258</sup>

L'exception de question préalable a trouvé une première consécration dans la jurisprudence allemande. Celle-ci paraît réticente à la connexité proprement dite, que ce soit sous la forme de chef de compétence (*supra*, n° 90) ou d'exception. Elle a toutefois étendu aux espèces internationales la possibilité prévue au § 148 ZPO pour le juge de surseoir à statuer en cas de "préjudicialité" du litige étranger.<sup>2259</sup> Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception de connexité – inconnue en tant que telle en droit allemand,<sup>2260</sup> mais d'une simple faculté pour le juge allemand d'attendre que le tribunal étranger se prononce sur une question réputée préalable.

Si les tribunaux ont accepté le principe d'une extension du § 148 aux espèces internationales, les rares décisions se prononçant sur l'application internationale de cette disposition font montre d'une certaine réserve à l'égard du mécanisme. La Cour Supérieure de Karlsruhe, saisie d'une demande en divorce, a ainsi rejeté une demande de sursis en faveur d'une action en annulation d'un mariage dont étaient saisis les tribunaux du New Jersey en notant que, puisque les deux époux étaient domiciliés en Allemagne, l'application du droit allemand s'imposait, ce que ne garantissait pas la procédure américaine.<sup>2261</sup>

Dans d'autres espèces, c'est sur le pronostic de reconnaissance du futur jugement étranger, auquel elle est subordonnée tout comme la litispendance (*infra*, n° 716), que trébuche l'exception de question préalable. Le sursis n'a en effet de sens que dès lors que le juge allemand sera lié par la décision étrangère sur la question préalable. C'était par exemple le cas dans une espèce tranchée par la Cour d'Appel de Frankfurt en 1985.<sup>2262</sup> *In casu*, le tribunal de première instance avait rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure espagnole, en notant que la demande purement déclaratoire dont était saisi le juge espagnol ne pouvait être assimilée à la demande de dommages et intérêts dont il était saisi.<sup>2263</sup> Le juge fit toutefois droit à l'exception de question préalable. En appel la Cour approuva le rejet de l'exception de litispendance tout en réformant le sursis à statuer. Selon la Cour il n'était pas prouvé qu'une future décision espagnole pourrait être reconnue en Allemagne, faute de réciprocité.

La pratique montre ainsi que le principe, même s'il est accepté, entre difficilement dans les moeurs judiciaires. La doctrine n'est pas en reste, qui ne cache pas sa réserve à l'égard de ce qu'elle juge n'être qu'une simple faculté laissée à la libre appréciation du juge allemand.<sup>2264</sup> Seul l'avenir dira si le sursis pour cause de question préalable consacré en

<sup>2258</sup> Ainsi est défini le concept de "question préalable" dans le projet de Convention de La Haye (art. 12), à l'occasion de la répartition de compétence en matière de litiges portant sur les droits de la propriété intellectuelle.

<sup>2259</sup> Selon cette disposition, "Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei".

<sup>2260</sup> H. SCHACK, 1996, 301, n° 766; R. SCHÜTZE, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 180.

<sup>2261</sup> OLG Karlsruhe, 22 avril 1993, *FamRZ.*, 1994, 47; *IPRspr.*, 1995, n° 163, 361.

<sup>2262</sup> OLG Frankfurt, 12 novembre 1985, *IPRax*, 1986, 297; *N.J.W.*, 1986, 1443.

<sup>2263</sup> Sur cette jurisprudence, *supra*, n° 470.

<sup>2264</sup> J. LABERS et P. HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, I, Beck, München, 1986, 618, ad § 148, notent par exemple que le sursis sur la base du § 148 sera souvent "inopportun" ("unzweckmäßig"). GEIMER lui aussi est très réservé

droit italien depuis la réforme de 1995 connaîtra un plus grand succès.<sup>2265</sup> On peut déjà noter que le législateur italien a quelque peu atténué la nouveauté du mécanisme en conférant au sursis un caractère purement facultatif.<sup>2266</sup>

**504. Déclinatoire de connexité internationale - conclusion** - La connexité internationale, version *large* de la déférence, n'a pas (encore?) acquis la même reconnaissance que la version étroite représentée par l'exception de litispendance. Elle reste le privilège d'une poignée de juridictions - on notera par exemple qu'elle est absente du droit commun suisse<sup>2267</sup> et qu'elle a été expressément rejetée par les auteurs belges classiques.<sup>2268</sup> Là où elle est reconnue, on a vu qu'elle est au mieux d'une application marginale, réservée à des situations exceptionnelles.

Ceci ne doit pas surprendre. Avec la connexité on touche en effet aux confins de la déférence. En demandant à un tribunal de déférer à un autre parce que celui-ci est saisi d'une question simplement connexe, on pousse très loin l'effort de coordination entre tribunaux.<sup>2269</sup> Une telle extension semble plus indiquée dans le cadre d'accords conventionnels que dans celui d'efforts entrepris unilatéralement par un Etat. C'est ce

---

(1997, n° 2715 et *N.J.W.*, 1987, note sous BGH, 18 mars 1987, 3085-3086, dans laquelle il conseille aux tribunaux d'observer une "réserve" ("Zurückhaltung") pour éviter de priver abusivement un plaideur du droit d'accès à un tribunal allemand. Il suggère de n'avoir recours à l'article 148 que lorsque le tribunal étranger fera application de la même *lex causae* que le tribunal allemand). V. également W. HAU, 116-117; J. ALBERS, *Baurbach's Zivilprozessordnung*, München, Beck, 1993, § 148, n° 7 et S. BAUMGARTNER, *l.c.*, *Z.Z.P.Int.*, 1998, 209, qui note qu'il existe encore "some uncertainty as to whether domestic statutory law on related actions is available to deal with more than just a small group of cases in international litigation".

<sup>2265</sup> L'article 7(3) de la loi du 31 mai 1995 prévoit en effet qu'en cas de "préjudicialité" d'une instance étrangère, le juge italien peut surseoir à statuer dans l'attente de la décision étrangère : "Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano". Cette exception s'accompagne à l'article 6 de la même loi d'une extension de la compétence du juge du fond aux questions préalables pour lesquelles il ne possède pas compétence (*supra*, n° 88).

<sup>2266</sup> L'article 7(3) est rédigé de manière potestative ("peut"), alors que le règle de litispendance est obligatoire ("suspend" : "il giudice italiano [...] sospende il giudizio"). V. F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Turin, Utet, 60-61 et C. CONSOLO, "Profili della litispendenza internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1997, (5), 67-73.

<sup>2267</sup> En ce sens, S. BAUMGARTNER, *l.c.*, *Z.Z.P.Int.*, 1998, 297-208; K. SIEHR, "Switzerland", *Dedining Jurisdiction*, 394 (cet auteur précise cependant que rien n'empêche les parties elles-mêmes de se mettre d'accord pour attendre le résultat d'une procédure étrangère).

<sup>2268</sup> Ainsi Bormans enseignait-il que "un tribunal belge ne peut se dessaisir d'une cause parce qu'elle est connexe à une autre cause déjà pendante devant un tribunal étranger" : TH. BORMANS, *Commentaire législatif et doctrinal du Code de Procédure civile belge*, I, 3ème éd., Bruxelles, Larcier, 1884, 281, n° 956. La doctrine, quand elle aborde la question, se contente de constater que le déclinatoire de connexité ne fait pas partie du droit positif belge. P.ex. *R.P.D.B.*, v° Compétence en matière civile et commerciale, t. II, 483, n° 1752 ("L'exception de connexité ne peut être opposée devant un tribunal belge du chef d'une action intentée devant un tribunal étranger"); P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, II, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1902, 5, n° 4 ("la connexité des causes, comme la litispendance, ne produit d'effet qu'entre les tribunaux belges. Jamais, à raison de la connexité, une cause ne peut être renvoyée devant un tribunal étranger"); du même, "Article 50 du Nouveau Code de Procédure civile", *B.J.*, 1884, (225), 227, n° XLII; *Les Nouvelles, Procédure civile*, I, Bruxelles, Larcier, 1954, 322, n° 1246. *Comp.* M. EKELMANS, *l.c.*, *R.D.C.B.*, 1993, 1103 (l'auteur constate que l'exception de connexité internationale "est sans doute souhaitable au regard de la coopération internationale", même si elle "se heurte à l'argument de souveraineté"). Le projet de Code de droit international privé ne déroge pas à cette règle, puisqu'il ne prévoit pas de déclinatoire de connexité internationale - alors que l'article 9 du même projet contient une règle de compétence basée sur la connexité.

<sup>2269</sup> V. les observations de la High Court australienne dans l'affaire *Henry v Henry* précitée. La Cour expliquait que lorsque les procédures concurrentes ne portent pas exactement sur le même litige, mais sur des questions connexes, « it may sometimes be appropriate to grant a temporary stay of the local proceedings to allow the factual issues to be determined in the other jurisdiction ». A l'inverse, en cas d'identité entre les litiges, « There are more compelling considerations in favour of a stay of the local proceedings [...] » ((1996), 185 CLR 571, 590 ; 135 ALR 564, 578 (quatre juges de la majorité)).

que révèle le droit comparé, qui apprend que le déclinatoire de connexité a connu un plus grand succès en droit conventionnel qu'en droit commun. Il n'est pas étonnant que cette forme sophistiquée de coopération judiciaire soit par ailleurs absente du projet de Convention de La Haye – ce serait sans doute trop demander d'une 'simple' convention mixte appelée à être appliquée à l'échelle mondiale. On peut déjà s'estimer heureux que le principe du déclinatoire de connexité internationale ait été consacré çà et là – on le rencontre par exemple dans une décision du tribunal de commerce de Bruxelles datant de 1922<sup>2270</sup> – et y voir la confirmation que l'idée de coordination gagne du terrain.

Une extension du domaine de l'abstention ne sera pas sans influencer la nature de la règle. Il sera en effet difficile de maintenir une règle aussi rigoureuse que celle prévue par l'article 21 de la Convention de Bruxelles. Au contraire, on peut penser qu'une exception de déférence *sensu lato* devra nécessairement laisser une certaine marge d'appréciation au juge.<sup>2271</sup> Au sein de l'espace judiciaire européen, le problème a été résolu en adoptant une dualité de règles, le déclinatoire de litispendance se conjuguant à l'exception de connexité. Le danger d'une telle approche est qu'il sera parfois malaisé de tracer la frontière qui sépare les deux versions de la déférence. L'expérience de la Convention de Bruxelles montre en outre qu'il existe un risque de confusion entre les deux règles – l'interprétation adoptée par la Cour de Justice a conduit à réduire le domaine de la connexité à la portion congrue.

**505. Egalité de degré dans la hiérarchie judiciaire** - Avant de passer au deuxième volet de ce chapitre, il est une autre question relative au champ d'application de la règle d'abstention dont on peut rapidement disposer. Il s'agit de savoir si l'abstention nécessite que deux procédures concurrentes soient pendantes au même degré de la hiérarchie judiciaire.<sup>2272</sup> On sait que le texte originel de la Convention de Bruxelles faisait de l'identité de degré une condition du déclinatoire de connexité.<sup>2273</sup> Cette condition tendait

<sup>2270</sup> Dans une affaire concernant les suites de la première guerre mondiale, le tribunal de commerce de Bruxelles a en effet accepté de surseoir à statuer en attendant que la justice anglaise se prononce sur une affaire connexe (Comm. Bruxelles, 2 février 1922, *Jur. Comm. Bruxelles*, 1922, 92). L'Etat anglais avait en l'espèce cédé à un syndicat franco-belge des biens constituant le butin et le matériel de guerre. Le syndicat étant en défaut de payer le prix convenu, l'Etat anglais saisit les tribunaux belges d'une demande de paiement. Peu après, les défendeurs introduisirent une demande devant les juridictions anglaises, réclamant des dommages et intérêts pour violation de la convention les liant à l'Etat anglais, dans l'espoir de pouvoir invoquer la compensation avec la somme qui leur était réclamée. Rejetant une exception de litispendance entre les deux procédures, le tribunal constate cependant qu'il existait entre les deux actions une "étroite connexité". C'est pourquoi il décide dans "l'intérêt d'une bonne justice" de surseoir à statuer en attendant la décision anglaise. Cette décision constitue une exception isolée, le refus d'accueillir le déclinatoire de connexité étant par ailleurs bien établi.

<sup>2271</sup> Comme le constate P. NYGH, « *Lis Alibi Pendens / Litispendance : Issues and Proposals. A Further Discussion Paper* », étude réalisée pour le comité 'O' de l'International Law Association, s.l., s.d., p. 6. L'auteur explique qu'il doit en être ainsi parce que « It may be more difficult to predict if a related action will indeed result in irreconcilable judgments ».

<sup>2272</sup> La condition de l'égalité de degré fait également partie de l'exception de litispendance telle que la connaît le droit interne belge. L'article 29 du Code Judiciaire dispose en effet que « Il y a litispendance toutes les fois que des demandes sont formées [...] devant plusieurs tribunaux [...] appelés à statuer *au premier degré de juridiction* ». (nous soulignons).

<sup>2273</sup> Selon l'article 22(1) la situation de connexité existait lorsque "des demandes connexes sont formées devant des juridictions d'États contractants différents et sont pendantes au premier degré [...]").

Cette condition figurait sans doute par erreur au premier alinéa de l'article 22, prévoyant le sursis à statuer, alors qu'elle aurait dû accompagner le dessaisissement prévu au deuxième alinéa, du moins c'est ce qu'explique un observateur privilégié comme M. DROZ, 1972, 325, n° 324. M. Droz concluait que cette erreur matérielle, pour malencontreuse qu'elle soit, obligeait à respecter la condition pour le premier alinéa. MM. GOTHOT et HOLLEAUX au contraire suggéraient qu'il convenait de s'écarter du texte de la Convention (ac, 127, n° 225).

L'erreur a heureusement été corrigée lors de la révision de la Convention en 1999, le règlement 44/2001 a fait passer la condition de l'identité de degré du premier au second alinéa. Cette condition ne vise donc plus que le dessaisissement.

à éviter de priver une partie d'un degré de juridiction, ce qui aurait été le cas si une juridiction du premier degré dont la décision est susceptible d'appel se dessaisissait en faveur d'une juridiction d'appel étrangère.<sup>2274</sup>

Pour autant, il ne semble pas qu'il faille faire de l'égalité de degré dans la hiérarchie judiciaire une condition *sine qua non* de la déférence. Il convient certes d'éviter de réduire de façon trop importante le droit d'accès des parties à un juge. La référence au principe du double degré de juridiction ne paraît toutefois pas décisive. Ce principe connaît en droit comparé d'importantes exceptions, instituées pour des raisons de conservation des ressources judiciaires.<sup>2275</sup> Dans la majorité des cas, la question ne se posera d'ailleurs pas, les instances étant pendantes au même degré. Lorsqu'elle se pose, il serait quelque peu formaliste d'obliger un juge à statuer sur un litige nonobstant la saisine concurrente d'un juge étranger parce que l'affaire est déjà plus avancée dans la hiérarchie judiciaire étrangère.<sup>2276</sup> En vérité cette condition n'a de sens que si une version 'large' de la déférence est adoptée. En cas d'identité absolue ou de grande similarité, une partie pourra au contraire difficilement prétendre être victime d'un 'renvoi' devant une juridiction étrangère d'un niveau supérieur puisque par hypothèse elle a dès le départ pris part (ou a eu l'occasion de prendre part) à la procédure étrangère. Il en va *a fortiori* de même en cas de procédures répétitives. Ce n'est qu'en cas de connexité que le problème se pose.

**506. Egalité de degré dans la hiérarchie judiciaire (suite)** - Il ne semble dès lors pas nécessaire de subordonner le jeu de la déférence à une condition d'égalité de degré dans la hiérarchie judiciaire. Il semble de meilleure politique législative d'accorder au for de l'abstention un certain pouvoir d'appréciation. Il lui appartiendra alors de déterminer, par exemple sur base des pièces et des conclusions échangées devant le juge étranger, si le 'renvoi' de la cause devant ce juge désavantagerait de façon manifeste une partie, en raison du degré d'avancement de la procédure étrangère. Cette approche plus flexible – qui pourrait s'intégrer dans une éventuelle exception à l'abstention pour cause de bonne administration de la justice, *infra* -, permettrait d'éviter le formalisme qui caractérise la

<sup>2274</sup> Rapport Jenard, *J.O.C.E.*, 5 mars 1979, C-59/41. V. par exemple *Dubai Bank Ltd. and Emirat Bank Int'l. Ltd. v. Alblas*, [1998] I.L.Pr. 391 (dans un obiter dictum, le juge Steel observe qu'il n'y a pas connexité au sens de l'article 22 parce que la procédure belge concurrente était déjà en appel. En l'espèce le juge a toutefois donné suite à l'exception de litispendance) ; *Lough Neagh Exploitations v. Morrice et al.*, [1999] NI 258 (Ch. D.), (la Cour d'Appel refuse de donner suite au déclinatoire de connexité en constatant que la procédure irlandaise était déjà pendante en appel).

<sup>2275</sup> En droit belge, par exemple, on accepte que le principe du double degré de juridiction n'est pas d'ordre public, ni ne constitue un principe général de droit (Cass., 3 oct. 1983, *Pas.*, 1984, I, 101). Ceci explique d'ailleurs que l'absence de double degré de juridiction au fond dans le pays où a été rendue une décision n'empêche pas le juge belge de lui reconnaître effet, même si une décision comparable serait en Belgique susceptible d'appel (Civ. Bruxelles, 28 mars 1989, *J.M.L.B.*, 1989, 1098). Certaines décisions sont présumées être rendues en premier et dernier ressort, telles les jugements du juge de paix et du tribunal de première instance statuant sur une demande dont la valeur n'excède pas 1860 euro. Pour plus de détails, v. A. KOHL, *L'appel en droit judiciaire privé*, collection Prolegomena, Ed. Juridiques Swinnen, Bruxelles, 1990, 19-49. V. récemment le rapport de G. CLOSSET-MARCHAL sur la Belgique paru dans *Voies de recours dans l'Union européenne*, J. A. JOLOWICZ et C. H. RHEE (éds.), *Civil Procedure in Europe 2*, Kluwer Law International, 1999, 49-70, spéc. 50-52 et généralement dans le même ouvrage le rapport général de J. A. JOLOWICZ, "Recourse against civil judgments in the EU: a comparative survey", (1), 5-8.

<sup>2276</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETIE (*Grand arrêts de dip*, Paris, 1998, 444-445) expliquent fort justement que "[...] l'égalité de degré dans la hiérarchie judiciaire [...] peut être considérée comme indifférente dans la litispendance internationale. Celle-ci s'élève à l'échelle des organisations judiciaires étatiques, c'est-à-dire au plan de la compétence générale ou internationale – et non pas au niveau de telle et telle juridictions à l'intérieur d'un même pays [...]. Cette particularité supprime la condition d'égalité hiérarchique, qui peut jouer à l'intérieur d'un même ordre de juridiction mais non entre organisations judiciaires étatiques, chacune participant de la souveraineté de l'Etat duquel elle relève".

solution européenne, tout en respectant le principe du droit d'accès à un juge.<sup>2277</sup> Le juge devra dès lors examiner concrètement quelle conséquence l'abstention aura sur la possibilité pour chacune des parties d'obtenir justice dans le for étranger.<sup>2278</sup>

\* \*  
\*

---

<sup>2277</sup> On peut en effet se demander avec Mme. Gaudemet-Tallon s'il n'aurait pas été préférable de faire dépendre le dessaisissement pour cause de connexité non pas de la saisine de deux instances "au premier degré" mais bien "au même degré" (H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 217, n° 301). Pourquoi un juge d'appel ne pourrait-il pas en effet se dessaisir au profit d'une juridiction d'appel étrangère ? Mme. Gaudemet-Tallon cite l'opinion en ce sens de J.-P. BERAUDO, *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 3030, n° 30).

Notons enfin que la Cour de Cassation française a accepté qu'une juridiction d'appel se dessaisisse en faveur d'un tribunal néerlandais siégeant en première instance (sur renvoi après réformation de la décision en appel) parce que cette mesure n'avait pas pour effet de priver une partie d'un degré de juridiction : Cass., 27 oct. 1992, *J.C.P.*, 1993, éd. G., IV, 1 ; *D.*, 1992, IR, 262 ; *J.D.I.*, 1994, 171, et la note approbatrice de A. HUET. *Comp.* avec la suggestion de l'avocat général Lenz, qui propose que les tribunaux, dans l'utilisation du pouvoir d'appréciation qui leur est conféré par l'article 22, tiennent compte de l'état d'avancement respectif des deux procédures, *Ouers Bank c Bracco*, affaire C-129/92, *Recueil*, 1994, I-117, 144, no. 76. L'état d'avancement de la procédure étrangère sert alors d'argument en faveur du dessaisissement, cf. *infra*.

<sup>2278</sup> La question de l'identité de degré dans la hiérarchie judiciaire ne semble pas s'être posée dans le cadre du *forum non conveniens*, ce qui s'explique par l'absence de distinction entre litispendance et connexité.





## SECTION 2 LE FONDEMENT DE LA DEFERENCE

507. **Introduction** - Avec la question du (ou des) fondement(s) de l'abstention, nous abordons un point décisif pour notre étude. Il s'agit d'examiner la direction que doit prendre le mécanisme de l'abstention. Posée en termes simples, la question est la suivante : la règle doit-elle accorder la priorité au juge premier saisi ou au contraire privilégier le juge présentant les liens les plus étroits avec le litige? Le débat tourne en effet autour de ces deux alternatives – sans qu'il y ait lieu d'exclure *a priori* l'existence d'une autre solution.<sup>2279</sup> Au premier abord les deux solutions paraissent inconciliables. On verra toutefois qu'un rapprochement n'est pas exclu. Avant d'en arriver là, il convient d'examiner plus en détails quels sont les avantages et les limites des différents fondements que peut revêtir la règle d'abstention. Nous commencerons par la version qui historiquement est apparue la première pour rattacher la déférence à l'existence d'un abus dans le chef du demandeur (§ 1). Après avoir constaté les limitations de cette approche, on se penchera sur le rôle que peut jouer le caractère approprié des fors dans la résolution des conflits de procédures (§ 2) pour ensuite faire de même avec la chronologie procédurale (§ 3). Il sera alors temps de conclure en proposant une solution.

### § 1 : L'abus de procédure comme fondement de la déférence internationale

508. **Une règle de déférence fondée sur l'abus de procédure ?** – L'analyse des jurisprudences française et anglaise a permis de constater que les tribunaux de ces pays ont dans un premier temps réservé leur intervention aux situations dans lesquelles la concurrence de procédures pouvait être considérée comme un abus (*supra*, n° 435). Tant l'exception d'incompétence tirée de la renonciation que la première version du 'stay' peuvent en effet être considérées comme des mesures anti-abus. Les conflits de procédures faisaient dans cette conception l'objet d'une intervention du tribunal, uniquement lorsqu'une partie ramenait la preuve d'un abus dans le chef de son adversaire. Cette conception de la déférence internationale comme arme au service de la chasse aux abus a pu séduire une partie de la doctrine. On pense en particulier aux suggestions de M. *Rolf Schütze*. Cet auteur qui, tel Don Quixote, s'oppose depuis 30 ans à la reconnaissance par les tribunaux allemands de l'exception de litispendance internationale, se montre toutefois prêt à admettre une intervention des tribunaux lorsque le dédoublement de procédures constitue un "abus de droit".<sup>2280</sup> Seule l'existence d'un tel abus justifierait selon le juriste allemand qu'un tribunal renonce à exercer une compétence qui lui appartient.

<sup>2279</sup> Cf. *infra*, n° 691 e.s. à propos de la possibilité d'un transfert entre les deux tribunaux ou d'une décision concertée de leur part. M. *Redish*, qui a proposé d'en finir radicalement avec les procédures concurrentes au sein de l'espace judiciaire américain, avoue qu'il lui est indifférent de savoir lequel des deux tribunaux l'emportera dans un cas donné, pourvu qu'il soit mis fin au conflit ! M. Redish explique que son modèle « is triggered simply by a finding that there exists simultaneous, parallel, or overlapping suits in state and federal courts. Its goal is not to preference one court system over another [...]. In certain instances, this will mean that the federal court suit will be stopped ; in others, the state court suit will end » et l'auteur d'avouer que « What I have left largely unresolved are the specific standards for determining whether it will be the federal action or the state action that will terminate in favor of the other » (*Id.*, *Notre Dame Law Rev.*, 2000, 1374).

<sup>2280</sup> "Rechtsmissbrauch" : "Die Wirkungen ausländischer Rechtshängigkeit im inländischer Verfahren", *Z.Z.P.*, 1991, (136), 148-149 et déjà du même, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RechtsZ.*, 1967, (233), 249-251 (l'auteur expliquait qu'une exception de litispendance était dès lors inutile, les tribunaux allemands pouvant sanctionner le plaideur répétitif à l'aide de la clause générale du *Treu und Glauben*)



L'idée de rattacher l'intervention des tribunaux à la démonstration d'un abus dans le chef d'une des parties n'est pas neuve.<sup>2281</sup> Elle conserve une forte emprise sur cette autre solution du conflit de procédures que constitue l'interdiction de procéder. Réduire l'abstention à la chasse aux abus de procédures nous semble toutefois peu judicieux. Sans prétendre donner un aperçu exhaustif des questions liées à l'abus de procédure,<sup>2282</sup> on ne peut que constater les importantes difficultés de définition et d'application que soulève cette version 'minimaliste' de l'abstention. On examinera ces difficultés en passant en revue les différentes modalités que peut revêtir une règle de déférence fondée sur l'abus.

**509. Abus lié à l'exercice de certaines compétences, une conception trop limitée** - La jurisprudence française sanctionnait dans un premier temps la multiplication de procédures par le biais de l'exception de renonciation (*supra*, n° 379). Ce faisant la sanction ne pouvait intervenir que lorsque le demandeur invoquait certains chefs de compétence spécifiques, que l'on qualifie aujourd'hui d'exorbitants. L'existence d'un abus était déduite de la nature même de ces chefs de compétence, véritables privilèges de juridiction. Voilà une première modalité envisageable de la règle de déférence, qui consisterait à rattacher celle-ci à certains chefs de compétence dont l'expérience a montré le caractère exorbitant.

Cette version primitive de la déférence ne saurait convaincre. On ne peut que constater les limites du raisonnement qui consiste à lier l'abus à l'exercice de certaines compétences. Confiner l'abus aux privilèges de juridiction oblige à un raisonnement *indirect* qui conduit à travestir la nature véritable du mécanisme : le juge s'abstiendra non pas en raison de l'existence d'une procédure concurrente, mais bien parce que la compétence lui fait défaut. Cette construction alambiquée qui reflète la timidité des tribunaux au 19<sup>ème</sup> siècle, n'était possible qu'au vu de la nature particulière des articles 14 et 15 du Code civil, conçus comme des privilèges auxquels le justiciable pouvait renoncer.

<sup>2281</sup> Avant M. Schütze, d'autres avaient vu dans l'abus de procédure une première ouverture pour la coordination des procédures concurrentes. Après avoir constaté que l'exception de litispendance constituerait "une infraction sérieuse au principe de l'indépendance des Etats", M. Gutteridge reconnaissait ainsi en 1933 "qu'il faut autant que possible éviter une multiplication des procès qui peut constituer un abus et mener aussi à la contrariété de jugements". La solution qu'il envisageait pour donner forme au "devoir des pays de collaborer dans le domaine de la justice" s'inspirait de la jurisprudence anglaise. Dans cette optique l'exception de litispendance n'était recevable que "si la continuation du procès devait être une grave injustice pour le défendeur" (H. C. GUTTERIDGE, "Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles", *Recueil des cours*, 1933-II, vol. 44, 176).

On rejoint avec cette première acceptation de l'abstention, la suggestion que faisait M. Holleaux en 1973. Rejetant un système fondé sur la primauté de la justice du for, qui donnerait entière liberté aux plaideurs de renouveler devant le juge du for une contestation comme si elle n'avait jamais été portée devant un juge étranger, il plaiderait dans sa communication au comité français pour l'introduction d'une certaine "discipline" (*Id.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 213) pouvant conduire à limiter le droit d'agir des plaideurs. Holleaux fondait cette limitation sur une obligation de "bonne foi" (*Id.*, 214). A ses yeux, une fois le débat judiciaire engagé devant un juge, il serait contraire à la bonne foi "d'en engager un autre dans l'ignorance du premier" (*idem*). En somme, la participation à une procédure étrangère, comme demandeur ou défendeur, engendrerait une obligation "de ne pas intenter et poursuivre en France une nouvelle procédure, au cours de laquelle la procédure étrangère serait méconnue" (*idem*). Ainsi entendue, l'abstention n'allait pas au delà des cas où les parties, en demandant et en défendant, "ont vraiment pris la responsabilité d'engager et de soutenir le débat judiciaire à l'étranger" (*Idem*). La suggestion de M. Holleaux était étonnamment timide, puisqu'en déduisant une limitation du droit d'action de l'attitude procédurale des plaideurs, il limitait du même coup le champ d'application de la litispendance aux situations les plus abusives. M. Holleaux exprimait d'ailleurs une certaine "hésitation" à étendre l'abstention à d'autres situations (p. 214). Cette timidité est sans doute à rapprocher du caractère à l'époque bien établi de la jurisprudence de la Cour de Cassation française, qui avait encore été confirmée en des termes très généraux en 1969. En déduisant la litispendance d'une obligation de bonne foi, M. Holleaux rattachait sa suggestion à une jurisprudence non moins classique, qui avait consacré l'exception de renonciation et celle du contrat judiciaire et évitait ainsi d'attaquer de front le refus traditionnel de la litispendance. V. aussi les suggestions dans le même sens de H. BATIFFOL, note sous Cass., 5 mai 1962, *R.C.D.I.P.*, 1963, (101), 102-103.

<sup>2282</sup> V. récemment les contributions rassemblées dans l'ouvrage édité par M. TARUFFO (éd.), *A Abuse of Procedural Rights : Comparative Standards of Procedural Fairness*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 370 p.

Elle n'est pas susceptible d'être répétée à l'égard d'autres règles de compétence. Le lien posé entre l'abstention et la nature de la compétence invoquée interdit l'importation du mécanisme dans un système tel que celui mis en place dans l'espace judiciaire européen, qui est, en principe du moins, exempt de la plaie des privilèges de juridiction et autres fors exorbitants.

Il faut certes reconnaître que certaines règles de compétence se prêtent plus facilement que d'autres à une utilisation abusive.<sup>2283</sup> On doit pourtant se garder de condamner *a priori* tout recours à un for exorbitant – sinon pour en appeler à sa disparition. Au mieux peut-on voir dans l'invocation d'un chef de compétence exorbitant un *indice* de l'existence d'un abus, sans toutefois en faire une condition nécessaire, ni suffisante. Partant on ne peut que se féliciter que les tribunaux français aient délaissé la renonciation pour accueillir franchement la litispendance.

510. **Les difficultés de la conception subjective de l'abus de procédure** – Il est une autre conception de l'abus de procédure comme obstacle aux procédures concurrentes que l'étude des jurisprudences française et anglaise a révélé. Elle consiste à se référer, non pas à la nature de la règle de compétence invoquée par le demandeur, mais bien à une *intention de nuire* dans son chef. On a vu en effet qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, le demandeur n'encourait les foudres des tribunaux anglais que s'il était démontré qu'il avait agit dans le seul but de nuire au défendeur ou de retirer de son action un avantage indu. La jurisprudence relative à l'exception de renonciation est moins claire : les tribunaux n'évoquaient pas expressément cette acceptation de l'abus. On retrouve toutefois la même analyse subjective lorsqu'ils prétendaient examiner quelles avaient été les intentions du plaideur qui avait engagé ou accepté le débat devant le juge étranger, pour en déduire ou non une renonciation dans son chef (*supra*, n° 385).

Les difficultés d'une approche subjective sont évidentes. Elle implique de sonder 'les coeurs et les reins' des parties, une opération pour le moins difficile.<sup>2284</sup> Faire reposer l'abstention sur l'existence d'une intention malicieuse dans le chef du demandeur peut conduire à en restreindre considérablement la portée, comme le prouve l'histoire : on a vu que les tribunaux français (et belges) se réfugiaient souvent derrière l'absence de preuve d'une intention de renonciation pour rejeter l'abstention. De même, les tribunaux anglais en appelaient-ils commodément à l'absence d'intention de nuire pour refuser le 'stay'. Il suffisait par exemple au demandeur de montrer qu'il pouvait légitimement espérer obtenir du for étranger un avantage, du fait par exemple de l'existence de règles différentes en matière de compensation, pour repousser avec succès l'accusation de comportement vexatoire.

Donner au juge le pouvoir d'apprécier l'intention des parties c'est aussi lui donner un prétexte pour rejeter l'abstention. On constate ainsi qu'en imposant au défendeur de démontrer l'intention malicieuse de son adversaire, les tribunaux anglais ont considérablement réduit le champ d'application du 'stay'. En pratique l'abstention, dans sa version 'fraude' était confinée à une catégorie particulière de conflits de procédures,

<sup>2283</sup> En ce sens M. RAIMON, "L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux", *J.C.P.*, éd. G., Doctrine, 2000, n° 256, (1965), 1967, n° 9, qui évoque le statut particulier des privilèges de juridiction des articles 14 et 15.

<sup>2284</sup> Tentant de dresser les contours d'une éventuelle exception de litispendance internationale à l'époque où celle-ci n'avait pas encore cours en France, M. Batiffol expliquait par exemple que cette exception devrait être reçue lorsque la seconde procédure a été introduite « dans un esprit de chicane » alors qu'elle ne devrait pas l'être lorsque les juges français « ont le sentiment que l'instance introduite la première à l'étranger l'a été avec une précipitation suspecte », note sous Cass., 5 mai 192, *R.C.D.I.P.*, 1963, (99), 102-103. On mesure immédiatement la difficulté de l'exercice, les juges devant s'en référer à leur 'sentiment'.

celle des procédures strictement parallèles. Dans cette conception, le simple fait que deux procédures soient concurrentes ne suffisait d'ailleurs pas à justifier la condamnation pour abus. Une partie pouvait parfaitement multiplier les procédures sans encourir de sanction, pour autant qu'elle démontre avoir un intérêt légitime pour ce faire. Lorsque chacune des parties avait pris l'initiative de saisir un juge, la sanction était plus rare encore. Il était en effet facile à un plaideur de démontrer qu'il pouvait espérer obtenir du for qu'il a saisi un avantage que ne pouvait lui procurer l'autre juge. Partant, l'abstention dans sa version subjective se révèle largement insuffisante pour atteindre l'objectif de coordination des procédures concurrentes.<sup>2285</sup>

**511. Une conception objective de l'abus de procédure** - L'échec de la version subjective de l'abus de procédure ne doit pas empêcher d'examiner s'il est possible de définir les conditions dans lesquelles l'existence même d'un conflit de procédures pourrait être jugée abusive. On pourrait alors élargir quelque peu les versions premières de la déférence, que l'on rencontrait dans la France et l'Angleterre du 19<sup>ème</sup> siècle, sans pour autant accepter la coordination pure et simple des procédures concurrentes. La tâche se révèle toutefois difficile. Selon la définition classiquement consacrée de l'abus de droit, un comportement est jugé abusif lorsque l'avantage que le justiciable compte en retirer dépasser largement le dommage qu'il pourrait causer à autrui.<sup>2286</sup> L'application de cette définition générale à la situation des conflits de procédures ne va pas sans peine. Elle nécessite une distinction selon la configuration du conflit.

**512. Une conception objective de l'abus de procédure (suite) - Abus et procédures répétitives** - Dans une première hypothèse, le même plaideur est à l'origine des deux procédures. On a déjà observé que ce dédoublement fait inmanquablement naître un soupçon d'abus (*supra*, n° 6). Il faut pourtant se garder de conclusions trop hâtives. Il n'est pas exclu que le demandeur puisse démontrer qu'il a un intérêt légitime à renouveler une procédure.

On ne peut en effet se contenter de condamner d'emblée le justiciable qui multiplie les procédures.<sup>2287</sup> Il faut au contraire s'interroger dans chaque cas sur la légitimité de sa prolixité procédurale. La pratique révèle que parmi les motivations qui expliquent la multiplication des procédures dans le chef d'une partie, on peut distinguer les motifs légitimes d'autres qui le sont moins.<sup>2288</sup>

Parmi ces derniers, on peut relever la volonté de forcer l'adversaire à négocier une issue extra-judiciaire au litige en alourdissant considérablement le coût de la procédure. L'introduction d'une seconde demande peut également s'assimiler à un coup de semonce, le demandeur avertissant son adversaire qu'un autre forum est disponible et pourrait potentiellement se transformer en un deuxième champ de bataille.<sup>2289</sup> La jurisprudence

<sup>2285</sup> M. *Raimon* fait de l'introduction d'une action pour nuire au défendeur l'une des deux catégories d'abus susceptibles d'être commis dans le cadre d'un litige international (*Id.*, *J.C.P.*, 2000, éd. G., chronique, n° 256, 1968, n° 13). Outre qu'ils ne concernent pas le conflit de procédures en tant que tel, les exemples qu'il donne montre que l'hypothèse se produira rarement.

<sup>2286</sup> P. ex. l'article 3:13 du nouveau Code civil des Pays-Bas.

<sup>2287</sup> En ce sens par exemple W. HAU, 117, "Zu betonen ist jedoch, daß der Arglistewand nicht jeder Mehrfachklage entgegenstehen kann".

<sup>2288</sup> P. ex. W. HAU, 40-46.

<sup>2289</sup> P. ex. *Irish Shipping v Commercial Union Assurance* [1989] 2 Lloyd's Rep. 144, 164 où la Cour observe que la seconde procédure introduite devant les tribunaux d'Anvers, ne l'a été que "to establish that cause of action was available there and that the defendants were identified and amenable to the jurisdiction of the Belgian court".

révèle également que dans de nombreux cas, l'introduction par la même partie d'une seconde action constitue une tentative de *forum shopping* au premier sens du terme. On se rappellera ainsi les faits de l'affaire *Airbus*, exposé en introduction de cette étude. Il est clair que si les victimes de l'accident d'avion ont tenté leur chance auprès des tribunaux du Texas après avoir saisi la justice indienne, c'est dans l'espoir d'obtenir une compensation plus élevée pour le dommage subi.<sup>2290</sup>

L'introduction d'une seconde procédure peut également constituer une fuite en avant, le demandeur pressentant qu'il échouera devant le premier juge. L'affaire *Lough Neagh Exploration* illustre cette hypothèse.<sup>2291</sup> La Cour d'Appel devait en l'espèce se prononcer sur une exception d'irrecevabilité soulevée par les défendeurs, citoyens et entreprises américaines, que le demandeur accusait de diverses violations d'un contrat de consultance. L'exception était directement fondée sur l'abus de procédure que les défendeurs déduisaient de la circonstance que leur adversaire les avait auparavant assigné en Irlande, dans la même affaire, procédure qu'il avait renoncé à poursuivre faute de pouvoir satisfaire à la *cautio iudicatum solvi* qui lui avait été imposée. La Cour d'Appel fit droit à l'exception d'abus de droit.<sup>2292</sup> Elle rattacha l'exception à sa 'jurisdiction inhérente'<sup>2293</sup> dont elle constata qu'elle avait évolué d'un "chauvinisme judiciaire" à une "plus grande acceptation des principes de la courtoisie internationale dans le cadre des conflits de procédures".<sup>2294</sup>

En l'espèce la Cour mit l'accent sur plusieurs facteurs qui étayaient la thèse de l'abus, et en particulier le fait que le demandeur avait librement renoncé à la première procédure alors qu'il aurait pu la poursuivre. Elle insista également sur le fait que le demandeur était manifestement insolvable et ne possédait pas les ressources nécessaires pour mener à bien la seconde procédure. La Cour en déduisit que le demandeur s'était rendu coupable d'un abus en instituant la seconde procédure qui devait dès lors être déclarée irrecevable.<sup>2295</sup>

**513. Une conception objective de l'abus de procédure - Abus et procédures répétitives (suite)** – Dans cette affaire, l'abus était manifeste. Il n'en ira pas toujours ainsi. Dans d'autres hypothèses, le double demandeur pourra au contraire faire preuve d'un intérêt légitime à multiplier les procédures. Il en sera par exemple ainsi lorsque l'adversaire a entre temps mis son patrimoine à l'abri dans un for réticent à donner effet

<sup>2290</sup> *Supra*, n° 3. V. également l'affaire *Bronco Mining* citée en introduction ; *Castarbo v Brown & Root*, [1981] A.C. 557, [1981] 1 All ER 143, [1981] 1 Lloyd's Rep. 113 (HL) (marin portugais saisi la justice anglaise puis la justice américaine); *Société Nationale Industrielle Aéronautique v Lee Kwi Jak and another*, [1987] A.C. 871, [1987] 3 All. E.R. 510 (P.C.) (procédures au Brunei, en France et ensuite au Texas, l'avocat de la demanderesse reconnut dans un affidavit que la saisine du juge texan s'expliquait par la perspective d'une compensation plus élevée : [1987] 3 All ER 510, 514 « the more favorable Texas law on product liability and [...] higher level of damages awarded in courts in the United States »).

<sup>2291</sup> *Lough Neagh Exploration v Morrice et al.*, [1999] NI 258 (Ch.D.).

<sup>2292</sup> Après avoir renoncé à faire application des articles 21 et 22 de la Convention de Bruxelles, le premier parce qu'il lui était impossible de comparer l'objet des deux demandes, la procédure irlandaise brillant par son caractère vague, le second faute d'égalité de degré dans la hiérarchie judiciaire.

<sup>2293</sup> *Supra*, n° 408. On a déjà constaté que cette compétence inhérente avait nourri le 'stay'. Elle peut également être invoquée de manière générale pour sanctionner l'abus de procédure. V. les explications de P. BARNETT, *op. cit.*, Oxford, OUP, 2001, 185-187 ainsi que de M. S. DOCKRAY, « The inherent jurisdiction to regulate civil proceedings », *L.Q.R.*, 1997, (120), 125-127.

<sup>2294</sup> "the courts have moved away from what Lord Diplock characterised as 'judicial chauvinism' to a greater recognition of the principles of judicial comity in the context of the law of *lis alibi pendens*".

<sup>2295</sup> "be struck out".

aux décisions étrangères,<sup>2296</sup> ou encore lorsque la première procédure est destinée à échouer en raison de la prescription de l'action.<sup>2297</sup> Il est alors beaucoup plus difficile de condamner *a priori* la deuxième procédure.

On peut encore évoquer le cas où la première procédure s'est heurtée à l'extrême lenteur de l'appareil judiciaire et n'offre pas de perspective de résolution dans un délai raisonnable,<sup>2298</sup> ou à l'impossibilité d'obtenir justice lorsque le tribunal premier saisi est situé dans un pays ravagé par la guerre civile.<sup>2299</sup> M. HAU évoque enfin le cas où les règles de compétence des Etats intéressés ne permettent pas de soumettre la totalité du litige à un seul juge, par exemple lorsque le litige met en jeu une pluralité de parties.<sup>2300</sup>

Il est clair que dans toutes ces hypothèses, l'on ne saurait reprocher au plaideur de s'être adressé à plusieurs tribunaux. On peut en déduire qu'il serait dangereux d'élever au rang de règle générale une présomption d'abus qui condamnerait le plaideur multipliant les procédures. On a certes pu, dans le régime des jugements étrangers, empêcher un justiciable de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement étranger lorsqu'il est à l'origine de la procédure ayant mené à ce jugement. C'est ainsi que la Convention de La Haye de 1971 rangeait le for dit de *l'initiative* parmi les règles de compétence indirectes susceptibles de fonder la régularité du jugement étranger.<sup>2301</sup> Cette règle se comprend s'agissant d'une procédure étrangère qui a déjà abouti. Comme l'expliquait M. Fragistas, "[c]ontester la compétence internationale d'un Etat dont on a volontairement demandé l'intervention serait *venire contra factum proprium*".<sup>2302</sup>

Il serait toutefois dangereux d'en étendre la portée aux conflits de procédures, en imposant purement et simplement aux tribunaux de s'abstenir dès lors que le demandeur est également à l'origine de la procédure étrangère.<sup>2303</sup> Ce serait passer outre un examen des circonstances propres à chaque affaire, qui pourrait révéler ce qu'il y a de légitime dans le dédoublement de procédures. Au vrai, une définition trop large de l'abus risquerait de nuire au droit d'une partie de se faire entendre par le juge.<sup>2304</sup>

<sup>2296</sup> M. HAU cite (p. 44-45) le cas d'une vente entre un vendeur turc et un acheteur allemand, le premier ayant été forcé de saisir les tribunaux des deux pays parce que ceux-ci ne reconnaîtraient pas les décisions de l'autre faute de réciprocité... (il cite BGH, *R.L.W.*, 1986, 218).

<sup>2297</sup> V. par exemple *ANCAP v Ridgley* [1996] 1 Lloyd's Rep. 570 (espèce interne, le tribunal décide qu'il n'était pas abusif pour une partie de saisir deux juridictions anglaises de la même action parce qu'un problème de prescription aurait pu faire avorter la première procédure).

<sup>2298</sup> M. HAU (p. 43) cite une espèce tranchée par le BGH en 1952, (BGHZ 4, 34), où une allemande avait demandé le divorce en 1944 devant les tribunaux de Breslau pour renouveler sa demande 10 ans plus tard à Munich faute de décision. La Cour fédérale allemande approuva la décision rejetant l'exception de litispendance. *Infra*, n° 757 sur cette question.

<sup>2299</sup> *Infra*, n° 757.

<sup>2300</sup> W. HAU, 44.

<sup>2301</sup> Art. 10 (7). Sur cette disposition, v. A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, 1980-II, t. 167.

<sup>2302</sup> Rapport, *Actes et Documents de la Session extraordinaire*, 1966, 378. V. du même, "Le compétence internationale en droit privé", *Recueil des cours*, 1961-III, t. 104, (159), 347.

<sup>2303</sup> V. toutefois Cass. fr., (ch. Soc.), 7 mai 1996, *R.C.D.I.P.*, 1997, 77 et la note de G. A. L. DROZ. Le commentateur suggère d'extrapoler le for de l'initiative à l'exception de litispendance internationale. La décision de la Cour va dans ce sens, mais s'explique sans doute par les circonstances particulières de la cause, le demandeur ne mettant pas de gants pour contester une procédure dont il avait lui-même pris l'initiative.

<sup>2304</sup> Ceci explique sans doute l'hésitation des tribunaux, qui n'ont que rarement recours à l'abus de procédure pour barrer la route à un demandeur. Analysant la jurisprudence allemande, W. HAU note que les tribunaux sont très "réticents" (p. 116). On notera que cette réticence se rencontre apparemment également en droit interne, *cours*. les réflexions de P. TAEIMANS, "Belgium and the Netherlands", in *Abuse of Procedural Rights : Comparative Standards of Procedural Fairness*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 145, n° 37 et B. HEß, "Germany and Austria", dans

514. Une conception objective de l'abus de procédure (suite) - Abus de droit et procédures concurrentes - On peut *a fortiori* en dire de même lorsque les deux procédures ont été engagées par deux parties différentes. Il est alors plus difficile de condamner comme abusive la procédure entamée ultérieurement. La pratique révèle que c'est la première procédure qui peut au contraire s'avérer abusive, le demandeur s'étant par exemple empressé de saisir un for pour établir la compétence de celui-ci et éventuellement paralyser toute procédure ultérieure. Au vrai l'accusation d'abus ne pourra se vérifier qu'après un examen des circonstances particulières de chaque cause.

On ne pourra en outre faire l'économie d'une réflexion sur les limites du *forum shopping*. Les opinions sur le phénomène sont aussi nombreuses que les études qui lui ont été consacrées. Si certains jettent encore l'opprobre sur ce qu'ils considèrent comme des manœuvres répréhensibles,<sup>2305</sup> une tendance majoritaire se dessine nettement pour refuser de condamner *a priori* ce qui doit être considéré comme la simple habileté des plaideurs. On a pu ainsi dire que l'expression, pour péjorative qu'elle soit, ne doit pas comporter de connotation moraliste puisqu'en sélectionnant soigneusement un for, le demandeur ne fait que mettre à profit le choix que lui offre les ordres juridiques.<sup>2306</sup> Le discrédit jeté sur le *forum shopping* semble d'ailleurs avoir fait place ces dernières années à la reconnaissance de l'inévitabilité du phénomène,<sup>2307</sup> et à une plus grande neutralité.<sup>2308</sup>

L'incertitude qui pèse sur le concept et son appréciation augure mal d'une abstention fondée sur la sanction du *forum shopping*, fut-il abusif.<sup>2309</sup> Il est en effet difficile d'apercevoir où finit le 'simple' forum shopping et où commence l'abus. Si une telle option devait être retenue, elle nécessiterait inmanquablement un examen au cas par cas des litiges pour déterminer si les circonstances de l'espèce révèlent effectivement un abus susceptible de justifier l'abstention. Or une telle flexibilité s'accorde mal avec la prévisibilité requise lorsqu'il s'agit du droit d'accès au juge.

---

le même ouvrage, 151 (ce dernier note que "the dismissal of an action, the rejection of specific procedural devices or the rejection of application for execution only occurs in extreme cases").

<sup>2305</sup> V. par exemples les observations de C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 539 e.s., qui a une vision pour le moins négative du problème. *Aide* le dictum de la Cour Suprême des Philippines qu'il cite : « Forum shopping is a deplorable practice because it results in the unnecessary clogging of the already heavily burdened dockets of the courts » (*Ruiz v Drilon*, 209 S.C.R.A. 695 (1992)).

<sup>2306</sup> "‘Forum shopping’ is a dirty word; but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one with which he thinks his case can most favourably be presented : this should be a matter neither for surprise, nor for indignation" : *Atlantic Star*, [1974] AC 436, 471 (Lord Simon of Glaisdale).

<sup>2307</sup> Comme en témoigne la définition du phénomène proposée par le Black's Law Dictionary, selon lequel le forum shopping « occurs where a party attempts to have his action tried in a particular court or jurisdiction where he feels he will receive the most favorable judgment or verdict », définition qui ne traduit aucun jugement de valeur sur le phénomène.

<sup>2308</sup> Même si l'on peut constater un report de l'hostilité vers une forme particulière de shopping, qui se traduit par l'utilisation de l'action dénégatoire, qui semble cristalliser la méfiance.

<sup>2309</sup> Même si le problème de la définition de l'abus de droit était résolu, encore faudrait-il s'entendre sur la sanction à y apporter. Classiquement la doctrine de l'abus de droit est rattachée en droits français et belge à l'obligation générale de prudence déduite de la règle générale en matière de responsabilité extra-contractuelle. On en déduit que la sanction de l'abus passe par l'octroi de dommages et intérêts compensatoires. Cette sanction a ceci d'inadapté qu'elle laisse intact le conflit de procédures, n'intervenant qu'*a posteriori* pour réparer le dommage subi. On a dès lors suggéré d'introduire un autre type de sanction, qui passerait par une déclaration d'irrecevabilité de la demande jugée abusive pour défaut d'intérêt légitime (M. RAIMON, *l.c.*, J.C.P., 2000, spéc. 1699-1701). Cette sanction a l'avantage de permettre une appréciation plus souple.

515. **Conclusion : rejet de l'abus comme fondement de l'abstention** - On retiendra dès lors que l'abus de procédure ne peut jouer le rôle de fondement de l'abstention.<sup>2310</sup> Tout au plus peut on donner à ce concept pour le moins fuyant un rôle d'appoint, l'abus apportant, lorsqu'il est avéré, une justification supplémentaire à l'exigence de coordination. L'abstention-abus, forme limitée de la déférence internationale, a sans doute constitué un passage obligé dans l'évolution de la jurisprudence, qui hésitait à accepter d'emblée une exception d'abstention 'abstraite', en particulier à une époque où les jugements ne 'circulaient' pas encore librement et où la méfiance entre justices nationales était fort grande. Elle ne peut en constituer un substitut, dès lors qu'elle ne vise qu'une catégorie fort restreinte de conflits de procédures, aux contours d'ailleurs mal définis.<sup>2311</sup>

En réalité, le concept d'abus est dénué de pertinence pour la question qui nous occupe. Si l'on accepte les présupposés de cette étude (*supra*), on admettra que le conflit de procédures doit être évité même en l'absence de tout abus dans le chef de l'une ou l'autre des parties. C'est l'*existence* même du conflit, indépendamment de l'intention des parties, ou d'une allégation d'abus, que doit viser l'exception d'abstention. On peut dès lors se réjouir que les tribunaux français et anglais aient depuis longtemps dépassé ce premier stade pour embrasser une version plus large de la coordination par la déférence. Telles qu'elles se présentent aujourd'hui, l'exception de litispendance et celle du for inapproprié ne font plus en effet de l'abus de procédure la raison d'être même de la déférence, mais tout au plus une circonstance particulière qui peut influencer l'appréciation globale du for de la déférence.<sup>2312</sup>

<sup>2310</sup> La déférence fondée sur l'abus ne saurait en outre s'imposer au sein de l'espace judiciaire européen, puisque ce serait conférer à un tribunal le droit de décider si la procédure engagée devant un autre est abusive. Or, par analogie avec ce que la Cour de Justice a décidé pour la compétence dans l'affaire *Owens* (*supra*, n° 186), on peut accepter que chaque tribunal est au sein de cet espace également maître de sa propre procédure; une juridiction belge ne saurait dès lors s'arroger le droit de faire la police de la procédure engagée devant une juridiction allemande. C'est que qu'a décidé un tribunal anglais dans une affaire portant sur la succession d'un artiste grec, les héritiers du défunt tenant de se soustraire à la primauté du juge grec premier saisi en arguant que la saisine du juge grec était abusive. La Chancery Division décida que "It is for the Greek court to determine whether its own processes are being abused [...] A rule which would allow the court second seised to determine whether the court first seised was only so seised as a result of an abuse of the convention itself would permit the possibility of the two courts reaching different conclusions on that question. That would produce precisely the dissonance which the convention seeks [...] to avoid" : *Phillips et al. v Symes et al.*, Chancery Division, 9 juillet 2001, 2001 WL 720317, § 37. Ceci n'a pas empêché les juges anglais d'examiner s'il y avait effectivement abus en l'espèce, quod non selon eux.

<sup>2311</sup> On observera d'ailleurs avec Mlle. *Chalas* que s'il s'agit de réprimer la fraude à la compétence ou au jugement, les tribunaux disposent d'autres instruments tout aussi efficaces, en particulier l'exception de fraude et l'appréciation par le juge de la légitimité de l'intérêt à agir, CH. CHALAS, 589-592, n° 637-641. Pour une demande visant à mettre frauduleusement en échec un jugement étranger, v. Paris, 19 février 1960, *R.C.D.I.P.*, 1996, 182, note P. LAGARDE. Sur la fraude à la compétence, *cons.* les réflexions de B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris, Dalloz, 1974.

<sup>2312</sup> Au vrai, le critère de l'abus de procédure n'a conservé une place prépondérante que dans l'appréciation de la légitimité du recours à l'injonction *anti-suit* (*supra* n° 214 e.s.)

## § 2 : Caractère approprié des fors

516. **Introduction** - Comme l'écrit très justement Mme. *Niboyet-Hoegy*, le règlement des conflits de procédures dans les systèmes de *common law* passe par l'identification, parmi les fors en concours, de celui qui est le *plus approprié* pour connaître du litige.<sup>2313</sup> Que ce soit par le biais de l'exception de *forum non conveniens* ou de l'injonction *anti-suit*, le tribunal anglais ou américain va se déterminer en procédant à une évaluation du caractère approprié des fors en présence.<sup>2314</sup>

Ce même auteur note que l'"extrême flexibilité" de cette approche est "déconcertante pour le juriste continental qui croit à la vertu des règles prévisibles, s'imposant au juge comme aux parties, afin d'assurer l'objectif de sécurité juridique qu'il juge prioritaire".<sup>2315</sup> Elle en conclut que les juristes continentaux s'accommoderont plus facilement de "règles préétablies",<sup>2316</sup> qu'elle fonde sur le principe '*prior tempore, potior iure*'. Partant se dessine un monde irrémédiablement divisé en deux,<sup>2317</sup> où aucune solution globale ne peut être apportée aux conflits de procédures.

A première vue, tout sépare en effet l'approche strictement temporelle adoptée par les droits de tradition romano-germanique et celle fondée sur la qualité du titre de chaque tribunal. On peut toutefois se demander si entre les deux méthodes des convergences ne sont pas possibles. Avant de s'interroger sur la place qui peut revenir au concept de for approprié dans la résolution des conflits de procédures (B), il convient de cerner plus avant le rôle joué par la concurrence de procédures dans la doctrine du *forum non conveniens* (A). Les relations entre les deux sont en effet pour le moins ambiguës. L'analyse révèle que l'importance accordée à la concurrence de procédures a non seulement varié dans le temps, mais continue aujourd'hui encore à diviser les juridictions de *common law*. On reviendra dès lors dans un dernier temps sur une évolution récente qui semble accorder une place plus importante au conflit de procédures au sein du *forum non conveniens* (C).

### A. Le *forum non conveniens* et la concurrence de procédures

517. **Ambiguïté des relations** - Avant d'examiner la pertinence du concept de for approprié dans une éventuelle exception d'abstention, il convient de démêler l'écheveau des relations entre l'exception de *forum non conveniens* et le conflit de procédures. En substance, la doctrine du *forum (non) conveniens* vise à assurer que les litiges soient soumis à leur juge 'naturel'.<sup>2318</sup> Pour ce faire, elle confère au juge un pouvoir d'appréciation, qui porte sur l'existence ou l'exercice de sa compétence. Ce mécanisme a connu un succès

<sup>2313</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, "Les conflits de procédures", *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-1996, (71), 77.

<sup>2314</sup> On a vu que cette évaluation ne suffit pas pour obtenir du for qu'il interdise la poursuite d'une procédure étrangère. Encore faut-il que le demandeur parvienne à démontrer que cette procédure constitue un abus caractérisé (*supra*, n° 227).

<sup>2315</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *Id.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-1996, (71), 78.

<sup>2316</sup> *Idem*.

<sup>2317</sup> L'auteur évoque d'ailleurs "l'irréductible opposition qui sépare les systèmes de common law de ceux de droit civil".

<sup>2318</sup> M. Fawcett définit le *forum non conveniens* de manière générale comme "a general discretionary power for a court to decline jurisdiction on the basis that the appropriate forum for trial is abroad or that the local forum is inappropriate" : "General Report", in *Determining Jurisdiction*, p. 10.



considérable, étendant son emprise sur la plupart des pays de *common law*, et au delà comme le prouve l'adoption de la doctrine au Québec.<sup>2319</sup> Le concept de for approprié a également essaimé en s'imposant dans d'autres contextes, au point de devenir un concept fondateur des conflits de juridiction dans la tradition de *common law*.<sup>2320</sup> Cette extension de la doctrine n'a pas été sans l'apparition de variantes nationales, qui s'éloignent plus ou moins du modèle écossais original, à tel point qu'on a pu écrire qu'il n'existait pas de théorie unique du *forum non conveniens*.<sup>2321</sup> A ce stade, il suffit de constater que les variantes nationales s'accordent sur l'essence de la doctrine : au risque de pêcher par manque de nuance, on peut constater que, quel que soit le contexte, la doctrine repose sur une appréciation discrétionnaire par le juge du fond des liens unissant le litige aux fors en présence – appréciation sur laquelle les juridictions d'appel hésitent d'ailleurs à revenir. Cette appréciation s'appuie sur l'ensemble des circonstances de la cause, la jurisprudence insistant sur la pluralité des facteurs à prendre en considération. Au vrai, le 'test' dégagé par les tribunaux s'apparente à une véritable équation complexe, qui met en jeu un nombre plus ou moins élevé de facteurs.

Une élucidation des rapports entre la doctrine du for approprié et les procédures concurrentes conduit dès lors à s'interroger sur la pertinence que revêt dans cette évaluation globale la circonstance que le litige fait déjà l'objet d'une procédure devant un juge étranger, c'est-à-dire que le for étranger dont une partie allègue qu'il est plus approprié, a déjà été saisi - ce qui n'est d'ailleurs pas une condition nécessaire pour l'application de la doctrine. En d'autres termes, il s'agit de savoir quelle importance les tribunaux accordent à cette circonstance particulière lorsqu'ils tentent de résoudre l'équation du *forum (non) conveniens*. L'analyse révèle que le poids de cette circonstance est loin d'être fixe.

Tout comme il n'existe pas d'unanimité sur les contours précis de la doctrine, il n'existe pas non plus une mesure unique de l'effet de la concurrence de procédures sur l'exception de for plus approprié, ce qui fait l'ambiguïté des relations entre le *forum non conveniens* et le conflit de procédures. L'histoire de la doctrine montre en effet que déjà à l'origine les relations entre les deux étaient pour le moins confuses. C'est ce que nous allons apercevoir en examinant les jurisprudences écossaise et anglaise du siècle dernier (1). On constatera ensuite que l'importance accordée à la concurrence de procédures n'est pas une donnée constante de la doctrine; elle varie sensiblement selon les juridictions (2).

#### 1. LES DONNEES HISTORIQUES : LES RELATIONS CONFUSES ENTRE LE FORUM NON CONVENIENS ET LE CONFLIT DE PROCEDURES AU 19<sup>EME</sup> SIECLE

518. L'ambiguïté des relations entre l'exception de for inapproprié et la concurrence de procédures apparaît déjà lorsque l'on examine l'origine de la doctrine. L'histoire de la jurisprudence fait en effet apparaître qu'alors que le *forum non conveniens* a trouvé dans la

<sup>2319</sup> Art. 3135 Code civil et les commentaires de S. GUILLEMARD, A. PRUJINER et F. SABOURIN, "Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois", *Les Cahiers du Droit*, 1995, 913-951. Mme. Muir Watt a pu écrire du forum non conveniens qu'il a été "exporté selon autant de modalités qu'il existe de marques de whisky", compte-rendu de l'ouvrage *Dedining Jurisdiction in Private International Law*, J. J. FAWCETT (éd.), *R.C.D.I.P.*, 1995, 900.

<sup>2320</sup> Vide l'extension aux clauses d'élection de for.

<sup>2321</sup> M. Fawcett explique que "there is no single doctrine of forum non conveniens", ("General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 10).

concurrence de procédures un terrain fertile pour naître et grandir, il s'en est peu à peu détaché pour acquérir une portée générale. Les jurisprudences écossaise et anglaise apprennent que ce sont des espèces mettant en jeu un conflit de procédures qui ont permis aux tribunaux de dégager le principe d'une appréciation discrétionnaire de l'exercice de leur compétence et de dégager ainsi les bases d'une future doctrine du *forum non conveniens*. Bien vite cependant, la concurrence de procédures, qui était au départ la raison d'être même de l'appréciation discrétionnaire, à tel point que l'on pouvait presque parler d'une exception de litispendance, a été réduite au rang de simple circonstance, parmi d'autres, qui justifient l'exercice du pouvoir d'appréciation.

Cette évolution s'est d'abord manifestée en droit écossais (A) pour ensuite gagner la jurisprudence anglaise (B).

#### A. Les premières manifestations de l'ambiguïté : le droit écossais

519. L'exception de *forum non competens* - On s'accorde généralement pour attribuer aux tribunaux écossais la paternité de la doctrine du *forum non conveniens*.<sup>2322</sup> D'aucuns ont cru apercevoir dans des décisions des XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles les premières traces d'un raisonnement qui conduira à cette doctrine.<sup>2323</sup> Pour d'autres, il est difficile de déduire des décisions de cette époque un souci des tribunaux de limiter l'exercice de leur compétence pour des raisons d'équité,<sup>2324</sup> d'autant plus que les règles de compétence n'étaient alors pas encore entièrement fixées. La doctrine semble s'être véritablement cristallisée au 19<sup>ème</sup> siècle,<sup>2325</sup> à l'occasion de l'évolution d'une banale exception d'incompétence, connue sous l'expression de *forum non competens*. Au départ cette exception visait non pas à solliciter du tribunal qu'il renonce à l'exercice d'une compétence, mais plus simplement à faire constater que celle-ci faisait défaut.<sup>2326</sup> L'exception de *forum non competens* était alors le plus souvent invoquée pour corriger les conséquences jugées excessives de l'exercice de la compétence fondée sur l'arrêt *ad fundandam iurisdictionem*, une variation écossaise sur le thème du *forum arresti*.<sup>2327</sup>

Ce n'est que progressivement, à l'occasion de litiges fondés sur une utilisation astucieuse, voire abusive, du *forum arresti* par les plaideurs,<sup>2328</sup> que les tribunaux écossais vont abandonner l'interprétation littérale de l'exception de *forum non competens* et faire la distinction entre l'existence de la compétence et l'exercice de celle-ci.

<sup>2322</sup> P. ex. P. HERZOG, "La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : un aperçu", *R.C.D.I.P.*, 1976, (1), 2 e.s.

<sup>2323</sup> P. ex. B. SCHNEIDER, "Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droits écossais, anglais et américain)", *Reu Int. Dr. Comp.*, 1975, (606), 608; CH. CHALAS, 45, n° 27.

<sup>2324</sup> P. HERZOG, *l.c.*, *R.C.D.I.P.*, 1976, 3; A. NUYS, p. 70 e.s., n° 57.

<sup>2325</sup> V. cependant la décision *Scrutton v Gray*, rendu par la Court of Session en 1772, citée par A. NUYS, n° 75, p. 61.

<sup>2326</sup> Sur les règles de compétence en vigueur en Ecosse avant l'introduction de la Convention de Bruxelles, v. surtout A. E. ANTON, *Private International Law*, 1<sup>ère</sup> éd., Edinburgh, Green & Son, 1967, 90-138 et de manière générale A. D. GIBBS, *The International Law of Jurisdiction in England and Scotland*, Edinburgh/Londres, William Hodge/Sweet & Maxwell, 1926, 301 p. V. aussi A. NUYS, n° 54-55; B. SCHNEIDER, *l.c.*, *Reu Int. Dr. Comp.*, 1975, 607-608; CH. CHALAS, 39-44, n° 19-25.

<sup>2327</sup> Sur ce chef de compétence, v. ANTON, 1<sup>ère</sup> éd., 106-117; A. GIBB, 61-79; A. NUYS, n° 55, p. 69 et CH. CHALAS, n° 24, p. 43.

<sup>2328</sup> Les difficultés se faisaient surtout ressentir en matière successorale, les créanciers d'une succession ouverte à l'étranger profitant de la présence en Ecosse de biens appartenant au *de cuius* pour y engager une procédure.

520. Distinction entre existence et exercice d'une compétence – le '*plea of lis alibi pendens*' - La séparation va être esquissée dans deux affaires tranchées en 1842 par la *Court of Session*.<sup>2329</sup> Déjà ces deux premières espèces mettaient en jeu un conflit de procédures. Dans les deux cas, une partie s'était d'abord adressée aux tribunaux anglais pour ensuite profiter du *forum arresti* pour saisir les juridictions écossaises. Ce faisant, elle visait à garantir l'exécution d'une future décision anglaise, en empêchant l'adversaire de déplacer les biens qu'il possédait en Ecosse.<sup>2330</sup> Une fois la compétence des tribunaux établie sur base du *forum arresti*, les juges durent se prononcer sur le '*plea of lis alibi pendens*' soulevé par les défendeurs. C'est à cette occasion que fut opérée la distinction entre l'existence et l'exercice de la compétence. Dans des attendus qui rappellent fortement les décisions françaises et belges de la même époque (*supra*, n° 374), la Cour expliqua tout d'abord que la règle ordinaire de litispendance n'était pas destinée à être invoquée en présence d'une procédure concurrente pendante dans un pays étranger.<sup>2331</sup>

Les juges reconnurent certes que la conduite simultanée de procédures concurrentes avait ceci de vexatoire qu'elle pouvait conduire à la naissance de jugements contradictoires.<sup>2332</sup> Ceci ne suffisait toutefois pas à leurs yeux à condamner la seconde procédure, parce qu'en principe les effets des décisions étaient limités au territoire du souverain au nom duquel elles sont prononcées, un argument que l'on a déjà rencontré.<sup>2333</sup> Et la Cour d'en déduire qu'il n'y avait pas lieu d'accepter l'exception de litispendance invoquée par les défendeurs.<sup>2334</sup>

La Cour n'exclut cependant pas que l'on puisse tenir compte de l'existence de la procédure étrangère. Elle précisa en effet que "même si la règle stricte de la litispendance ne s'applique pas, il n'y a pas de doute qu'en cas de conflit de procédures, les tribunaux de ce pays peuvent décider de se dessaisir, surseoir à statuer ou encore exiger une modification de la demande".<sup>2335</sup> Ce faisant les juges reconnurent qu'un tribunal pouvait

<sup>2329</sup> *Hawkins v Wedderburn*, 4 S.C. (Session Cases) (Dunlop) 924 (C.S. 1842) et *Fordyce v Bridges*, 4 S.C. (Dunlop) 1334 (C.S. 1842).

<sup>2330</sup> Il n'y avait donc pas de concurrence véritable entre les deux procédures, la procédure écossaise visant uniquement à préserver les actifs situés en Ecosse. Les juges étaient parfaitement conscients de la différence d'objet; celle-ci n'entrait cependant pas en compte, la seule question étant de savoir si les tribunaux pouvaient assumer leur compétence.

<sup>2331</sup> Lord Mackenzie, auquel s'associèrent 4 autres Lords, expliqua que "The ordinary and strict rule requiring the dismissal of an action on the ground of *lis alibi pendens* [...] appears to us to be limited to cases where the same action is pendent in another court within the same country": *Hawkins v Wedderburn*, 4 S.C. (Session Cases) (Dunlop) 924, 939 (C.S. 1842).

<sup>2332</sup> Lord Mackenzie observe que la prohibition de procédures concurrentes en droit interne "rests on the reasons not only that a double litigation on the same claim is vexatious, but that it would be wrong to allow double decrees to be obtained, each constituting *res judicata*, and which must be either two decrees to do the same thing only once, and so one of them utterly useless, or must be cumulative, to do it twice over, or leading to confusion", *Hawkins v Wedderburn*, 4 S.C. (Session Cases) (Dunlop) 924, 939 (C.S. 1842).

<sup>2333</sup> La Cour souligne que le danger de contradiction de jugements n'a pas lieu d'être "in the case of a previous action, depending in a foreign court, where the decree obtained is not *res judicata* in this country, and may not at all, or not satisfactorily answer the purpose of a decision in this country, the foreign decree extending over the foreign country, the home decree over the home country only, and the legal means and actual facilities of enforcing decrees being different in different countries".

<sup>2334</sup> "Accordingly there seems no authority for holding that the ordinary rule of *lis alibi pendens* applies strictly to cases where the previous *lis alibi pendens* is a foreign court".

<sup>2335</sup> "[...] though the original and strict rule of *lis alibi pendens* may not so apply, nevertheless there seems to be no doubt that in cases of *lis alibi pendens*, even in a foreign court, it is competent for the court in this country to require the dismissal, or the sisting or modification of the action raised here, to give it such effect": *Hawkins v Wedderburn*, 4 S.C. (Session Cases) (Dunlop) 924, 939 (C.S. 1842) par Lord Mackenzie. V. déjà quelques années auparavant l'affaire *Murray v Graham*, 1 S.C. (Dunlop) 1151 (un même demandeur, deux actions dans un litige portant sur une succession, la première en Angleterre, la seconde en Ecosse, le juge écossais accorde un sursis à

légitimement refuser d'exercer une compétence dont il était investi, et ce en raison de l'existence d'une concurrence de procédures!

521. **Distinction entre existence et exercice d'une compétence - le 'plea of lis alibi pendens' (suite)** - Les principes dégagés dans cette première espèce furent ensuite mis en application dans l'affaire *Fonhye*. La Cour s'attribua ici aussi la faculté discrétionnaire de surseoir à statuer en attendant l'issue du procès en Angleterre.<sup>2336</sup> Dans les principes au moins, ces décisions consacrent clairement la distinction entre l'existence d'une compétence et l'exercice de celle-ci.<sup>2337</sup> Le refus d'exercer une compétence reçut ainsi sa première consécration à l'occasion d'un conflit de procédures. Il était d'ailleurs expressément justifié par l'existence de ce conflit.

Les décisions qui suivirent confirmèrent que les tribunaux écossais disposaient du pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer leur compétence, pouvoir qui était invoqué par les plaideurs sous le nom d'exception de *lis alibi pendens*, à l'occasion de conflits de procédures.<sup>2338</sup> Il ne s'agissait toutefois pas d'une exception de litispendance telle qu'on la connaît dans la tradition romane : elle s'en distinguait par le pouvoir d'appréciation reconnu au juge ainsi que par le fondement invoqué pour justifier le refus d'exercice de la compétence. Si l'exception était accueillie, c'était pour éviter l'abus et le harcèlement qui résulterait de la multiplication des procédures. Dans l'affaire *Codmanne v Paul*,<sup>2339</sup> la Cour a ainsi reconnu que si un créancier peut en principe assigner son débiteur dans plusieurs pays pour tenter de récupérer la même dette, "les tribunaux peuvent en équité contrôler que la multiplication des procédures ne constitue pas une oppression".<sup>2340</sup>

522. **Consécration du *forum non conveniens* et perte d'autonomie de la *lis alibi pendens*** - L'appréciation par le juge, en droit écossais, de l'opportunité d'exercer la compétence internationale dont il est investi, a trouvé son origine et sa première consécration dans la concurrence de procédures. Progressivement le pouvoir d'appréciation du juge va toutefois acquérir une certaine autonomie et s'appliquer en dehors de la situation particulière du conflit de procédures. Les trois décisions qui vont donner au pouvoir d'appréciation son expression moderne, et substituer à l'expression *forum non competens* celle de *forum non conveniens*,<sup>2341</sup> ne mettaient d'ailleurs pas en jeu un

---

statuer à la demande des administrateurs de la succession, en attendant que le juge anglais de la Chancery se prononce).

<sup>2336</sup> *Fonhye v Bridges*, 4 S.C. (Dunlop) 1334 (S.C. 1842), spéc. p. 1343-1344 le speech de Lord Justice Clerk et l'analyse par A. NUYS, n° 62.

<sup>2337</sup> La première décision est intéressante à un autre égard. En l'espèce, le litige portait sur les suites du décès d'un associé d'une entreprise établie à Londres, les héritiers du défunt réclamant aux autres associés une participation aux bénéfices de l'entreprise. Après qu'ils furent assignés en Ecosse, les associés demandèrent et obtinrent du juge anglais une injonction interdisant la poursuite de la procédure écossaise. Le Lord Chancellor réforma en appel l'injonction accordée par le Master of the Rolls, en laissant subsister la possibilité pour les demandeurs de s'adresser aux tribunaux écossais pour obtenir une mesure visant à préserver les actifs des défendeurs. Les Lords écossais examinèrent avec soin l'injonction pour en conclure que malgré tout le respect qu'ils devaient à leurs collègues anglais, ils ne se sentaient pas liés par les termes de l'injonction!

<sup>2338</sup> P. ex. *Codmanne v Paul*, 20 S.C. (Dunlop) 178 (1857); *Ferguson v Buchanan*, 18 S.C. (Rettie) 119; *Hay v Jackson*, 1911 S.C. 876; *Brown v Maxwell's Executors*, 10 S.C. (Rettie) 1235.

<sup>2339</sup> 20 S.C. (Dunlop) 178 (1857).

<sup>2340</sup> "there seems no incompetency in a creditor bringing several suits against his debtor in several countries for the same debt if there is jurisdiction in all, though there is always an equitable power and duty to control in each tribunal to see that there is not on the whole an improper and oppressive accumulation of litigation or diligence", 20 S.C. (Dunlop) 178, 179 (1857).

<sup>2341</sup> Ce qui sera fait en 1873 dans l'affaire *Macadam v Macadam*, 11 M. 860 (1873).

conflit de procédures. La doctrine consacrée dans les arrêts *Longworth*,<sup>2342</sup> *Clement*<sup>2343</sup> et surtout *Sim*,<sup>2344</sup> a une portée tout à fait générale : le tribunal écossais se vit autorisé, de façon exceptionnelle,<sup>2345</sup> à refuser d'exercer la compétence qui lui revient. Il pouvait ce faire lorsque le défendeur démontre que le tribunal écossais n'est pas le for approprié.<sup>2346</sup>

Du conflit de procédures il n'était déjà plus question : le *plea of forum non conveniens* était d'abord et avant tout conçu comme un mécanisme de correction des règles de compétence. Avec l'apparition de la doctrine du *forum non conveniens*, l'exception de litispendance perdit son autonomie. De façon quasi-naturelle, les tribunaux écossais étendirent le principe du for inapproprié à toutes les situations mettant en concurrence, avérée ou simplement potentielle, le tribunal écossais et un tribunal étranger. C'est ainsi que le paradigme du for (in)approprié va être invoqué pour donner effet à une clause d'élection de for en faveur d'un juge étranger,<sup>2347</sup> ou encore lorsque les parties se sont mis d'accord sur une clause compromissoire.<sup>2348</sup> Bien vite la concurrence de procédures subira le même sort : la circonstance qu'un tribunal étranger a déjà été saisi du litige fut intégrée au raisonnement même qui sous-tendait l'exception de for approprié : cette circonstance constituait un élément important dans la détermination du caractère approprié des fors, sans être toutefois à lui seul déterminant.<sup>2349</sup> Les tribunaux auront l'occasion de confirmer que le *forum non conveniens* a phagocyté la litispendance.<sup>2350</sup>

<sup>2342</sup> *Longworth v Hope*, 3 S.C. (M : MacPherson) 1049 (1865).

<sup>2343</sup> *Clement v Macaulay*, 4. S.C. (M) 583 (1866).

<sup>2344</sup> *Sim v Robinow*, 19 S.C. (R : Rettie) 665 (1892).

<sup>2345</sup> Les tribunaux insistent sur le principe selon lequel un juge est tenu en règle générale d'exercer la compétence dont il est investi, principe qu'ils fondent sur l'adage *iudex tenetur impertiri iudicium suum*.

<sup>2346</sup> Expression qui est entendue de façon stricte : il ne suffit pas de démontrer que le défendeur aurait de meilleures chances de l'emporter devant le tribunal étranger. Dans l'affaire *Sim v Robinow*, 19 S.C. (R : Rettie) 665 (1892) la Cour a d'ailleurs fait observer qu'il ne suffit pas pour le défendeur d'alléguer que procéder en Ecosse lui est difficile du fait de sa résidence à l'étranger, parce que ce genre d'inconvénients est quotidien dans l'administration de la justice. Il importe au contraire de démontrer que la poursuite de l'affaire devant le juge étranger est "dans l'intérêt de toutes les parties et celui de la justice" (*Clement v Macaulay*, 4 M. 583, 592. Lord Inglis explique que "The contention involved in such a plea is rather that for the interests of all parties and for the end of justice, the cause may more suitably be tried elsewhere". V. également *Sim v Robinow*, 19 S.C. (Rettie) 665, 668 (1882) (la Cour décide que "l'exception ne peut aboutir qu'à condition que la Cour soit convaincue qu'un autre tribunal, dûment compétent, est susceptible de traiter de l'affaire de manière plus convenable tant pour les intérêts de toutes les parties que pour les exigences de la justice" : "the plea can never be sustained unless the Court is satisfied that there is some other tribunal, having competent jurisdiction, in which the case may be tried more suitably for the interests of all parties and for the ends of justice", par Lord Low et du même p. 666, l'exception peut être invoquée "whenever it can be shown that the case cannot, consistently with fairness and justice, be tried in this country"). On a d'ailleurs fait remarquer (A. NUYTS, n° 160) que l'exception de for approprié n'a pas à cette époque été invoquée à l'encontre du for du domicile du défendeur qui constitue la règle de base en droit écossais.

<sup>2347</sup> Ce qui fut confirmé dans la décision *Elderslie Steamship Co v Burrel & Sons* (1895) 22 S.C. (Rettie) 389, v. E. ANTON, 1<sup>ère</sup> éd., 153.

<sup>2348</sup> *Hankyn & Co v Talisker Distillery* (1894) 21 S.C. (Rettie) 21 (H.L.) et les décisions citées par E. ANTON, 1<sup>ère</sup> éd., 153, note 31.

<sup>2349</sup> Selon M. Anton, "the fact of the prior initiation of such proceedings is an element of special importance [...] the priority of the proceedings, however, is only one of the factors to be taken into account in determining whether or not to admit the plea of forum non conveniens. Here, as elsewhere, the crucial question is whether the foreign court is one in which in all circumstances, the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and for the ends of justice" (1<sup>ère</sup> éd., 152).

<sup>2350</sup> V. les affaires suivantes : *Robinson v Robinson's Trustees*, 1930 S.C. (H.L.) 20; *Woodbury v Sutherland's Trustees*, 1938 S.C. 689; *Ferguso v Buchanan's Trustees* (1890) 18 S.C. (Rettie) 20; *Lairford v Lairford's Trustees* 1927 S.C. 360 et *Martin v Stopford Blair's Executors* (1879) 7 S.C. (Rettie) 329 ainsi que *Adamson's Executors v Mactaggart*, 30 Scot. Law Rep. 672 et la décision dans l'affaire *Rathfield v Cohen* (Outer House) 1919, 1 S.L.T. 138 (pour la décision anglaise dans cette affaire, cf. *infra*).

La décision rendue par la *Court of Session* dans l'affaire du tweed anglais illustre cette évolution : en l'espèce deux entreprises établies en Ecosse se disputaient sur le point de savoir si un tissu qui avait été filé à la main aux Hébrides mais n'avait pas été teint dans ces îles, méritait l'appellation de 'tweed'.<sup>2351</sup> Une procédure similaire était pendante en Angleterre. Lord Clyde fit d'abord observer que c'est à bon droit que les défendeurs invoquaient le *forum non conveniens* et non le *plea of lis alibi pendens*. Se tournant vers la question du for approprié, il observa qu'il lui était impossible d'accepter que la simple priorité temporelle soit décisive dans cette matière à l'exclusion de toutes autres considérations.<sup>2352</sup> Lord Clyde souligna que la question du for approprié ne pouvait être résolue à l'aide de règles rigides, mais devait faire l'objet d'une appréciation au cas par cas.<sup>2353</sup> En l'espèce la Cour releva que le litige n'avait d'attache qu'avec l'Ecosse, où étaient établies les parties et où la fabrication du tissu avait eu lieu. La simple priorité temporelle ne fut dès lors pas suffisante pour justifier l'accueil de l'exception. Lord Clyde conclut d'ailleurs que "*priority in time, although in some cases it may be so great as to be practically conclusive, is still only one of the factors which help to determine the question of sisting*".<sup>2354</sup>

La jurisprudence récente a confirmé la réduction de la concurrence de procédures au rang de simple facteur entrant dans l'équation sophistiquée du *forum non conveniens*.<sup>2355</sup> Dans le même temps les tribunaux confirmèrent que le *plea of lis alibi pendens* était dénué de toute portée extra-territoriale et ne pouvait donc être invoqué à l'égard d'une procédure pendante à l'étranger.<sup>2356</sup>

**523. Conclusions sur le droit écossais** – L'histoire de la jurisprudence écossaise illustre l'irrésistible enracinement du *forum non conveniens* dans le conflit de procédures. C'est à partir d'espèces mettant un jeu des procédures concurrentes qu'a été dégagée la

<sup>2351</sup> *Argyllshire Weavers Ltd. v Macaulay (Tweeds) Ltd. et al.*, 1962, S.C. 388 (C.S. 1962).

<sup>2352</sup> "I cannot accept the view that mere priority in time regardless of all other considerations must necessarily solve the matter, however brief the time may be".

<sup>2353</sup> "The determination of whether or not the court should sist an action upon the ground of forum non conveniens has never been treated as a question of applying rigid rules, but as a question of discretion for the court".

<sup>2354</sup> La Cour avait également relevé que les deux litiges n'étaient pas parfaitement identiques, une des parties à la cause en Ecosse n'ayant pas été assignée en Angleterre.

V. également Lord Guthrie, qui cite la décision du Lord Ordinary en première instance dans l'espèce, selon qui "When litigations are depending both in the Scottish and in a foreign court, weight has been given by the Scottish court when considering a plea of forum non conveniens to the question of priority". Et le Lord d'ajouter que "It is always an important circumstance that an action has been previously raised in a competent foreign court, and a court ought not to entertain a second and unnecessary suit [...]. In many cases, priority will be a determining factor, for example where it is absolutely immaterial whether the question of fact is tried in one or the other court [...]. But it is nowhere laid down that the priority of the foreign action is a conclusive circumstance, requiring the plea of forum non conveniens to be sustained, although the consequences to some of the parties may be harsh in the extreme".

<sup>2355</sup> *Joan Amelia Sinclair or Richardson et al. v British Int'l Helicopters Ltd.*, Court of Session : Outer House, 2 décembre 1988 (Lexis) (procédures en Ecosse et aux Etats-Unis suite à un accident d'hélicoptère dans les Shetlands, la Cour refuse le stay) et *Mitchell v Mitchell*, 1992 SCLR 252, 1992 S.L.T. 410 (Outer House, 27 sept. 1991) (divorces en France et en Ecosse, la procédure française instituée après la procédure écossaise. La Cour refuse le stay, notant que les époux sont écossais, ont vécu la plupart du temps en Ecosse et que leurs biens étaient pour la plupart situés en Ecosse. La Cour note que pour décider si oui ou non elle doit surseoir à statuer, il est nécessaire de prendre en considération "the overall connection of the marriage" avec les deux ordres juridiques concernés. On est bien loin d'une stricte litispendance!

<sup>2356</sup> *V. Martin v Stopford Blair's Executors* (1879) 7 R. (329), 331, par Lord President Inglis, qui décide que "proceedings in a foreign court do not constitute lis alibi pendens in the proper sense of that plea"; *Atkinson and Wood v Macintosh* (1905) 7 S.C. (Fraser) 598, 601 (par Lord Kinear). V. également *Alston v Alston's Tr.*, 1919 2 S.L.T. 22 et *Wilson v Dunlop, Bremner & Co., Ltd.*, 1921, 1 S.L.T. 35. Ceci fut confirmé en 1919 dans l'affaire *Cohen*, dans laquelle la Court of Session fit observer que "no cases was cited [...] in which the plea was sustained in respect of proceedings depending in a foreign court" et plus récemment *Argyllshire Weavers Ltd. v Macaulay (Tweeds) Ltd. et al.*, 1962 S.C. 388 (C.S. 1962).

possibilité pour un juge de refuser d'exercer une compétence dont il est investi. La généralisation de ce pouvoir d'appréciation s'est toutefois opérée au détriment des liens privilégiés qui l'unissait à l'origine au conflit de procédures. Dans la décision de principe qui consacra le *forum non conveniens* en droit écossais au 20<sup>ème</sup> siècle, les conflits de procédures ne sont d'ailleurs même plus évoqués!<sup>2357</sup> La concurrence de procédures fut vite confinée à un rôle secondaire, ne constituant qu'un facteur parmi d'autres pour apprécier le caractère approprié des fors en présence.

Au total les tribunaux écossais n'ont d'yeux que pour l'*inconvenience* qui résulte de la poursuite d'une procédure dans un for réputé inapproprié, sans tenir compte de celle qui se déduirait de la concurrence de procédures.<sup>2358</sup> L'exception de litispendance n'aura connu d'existence autonome que pendant la période de maturation du *forum non conveniens*.<sup>2359</sup> On va voir que le droit anglais a connu une évolution similaire.

## B. La poursuite de l'ambiguïté : le droit anglais

524. Le *forum non conveniens* trouve son origine en droit anglais dans le pouvoir général que les tribunaux se reconnaissent d'accorder un 'stay' ou sursis à statuer dans des circonstances diverses (*supra*, n° 408). Tout comme en droit écossais, cette compétence inhérente s'est d'abord manifestée à l'occasion de conflits de procédure. Dans un premier temps, la jurisprudence a reconnu, après quelques hésitations, une véritable exception de litispendance (1). A partir des années 1880, cette exception va se fondre dans un ensemble plus grand qui préfigure la doctrine moderne du *forum non conveniens* (2). Nous examinerons successivement ces deux périodes.

### (i) Les origines : le 'plea of lis alibi pendens'

525. Les hésitations du début du 19<sup>ème</sup> siècle - Historiquement, le *plea of lis alibi pendens* a précédé l'apparition en droit anglais du *forum non conveniens*. Des décisions fort anciennes font déjà mention du 'plea'. Certes les tribunaux se montraient à l'époque assez hostiles à la possibilité d'une quelconque coordination avec une procédure étrangère concurrente. Dans une motivation qui rappelle celle qui sera utilisée plus tard par les jurisprudences française et belge, une décision prononcée en 1798 a ainsi exclu qu'un 'stay' puisse être accordé en déférence à une instance pendante en Irlande, en arguant du

<sup>2357</sup> La formulation moderne de la doctrine en droit écossais est généralement attribuée à la décision *Société du Gaz de Paris v S.A. Les Armateurs Français*, 3 décembre 1925, 1926 S.C. 13 (H.L.). Cette affaire ne portait pas sur un conflit de procédures.

<sup>2358</sup> Notons que depuis l'entrée en vigueur en Ecosse de la Convention de Bruxelles, la litispendance a opéré un retour en force en droit écossais. Comme on le sait, les règles de cette Convention ont été étendues par le Schedule 8, du 1982 *Civil Jurisdiction Act*, pour former le droit commun écossais du conflit de juridictions (v. R. E. AIRD et J. N. ST. C. JAMESON, *The Scots Dimension to Cross-Border Litigation*, W. Green/Sweet & Maxwell, Edinburgh, 1996, 67 e.s.). En conséquence la règle de litispendance de l'article 21 s'applique de façon générale lorsque le tribunal écossais est second saisi. Si l'on accepte que le mécanisme du *forum non conveniens* est en principe incompatible avec l'esprit de la Convention, on ne peut que constater que la litispendance a repris le dessus lorsqu'il s'agit de résoudre les conflits de procédures.

<sup>2359</sup> L'ambiguïté des relations entre le *forum non conveniens* et le *lis alibi pendens* subsistera quelques temps. Dans son ouvrage qui date de 1926, M. Gibbs (*The International Law of Jurisdiction in England and Scotland* précité) traitait du *plea of lis alibi pendens* au chapitre consacré au *forum non conveniens* (pp. 213-220) sans expliquer clairement si la litispendance constituait une *lex specialis* indépendante ou seulement une sous-catégorie d'une plus large doctrine. Les doutes vont vite disparaître. M. Anton par exemple ne laisse planer aucun doute sur le sujet, le *lis alibi pendens* n'est plus qu'un facteur parmi d'autres à l'intérieur du *forum non conveniens*.

fait que les jugements irlandais étaient dénués d'effet en Angleterre.<sup>2360</sup> D'autres décisions toutes aussi anciennes ont également refusé d'accorder le 'stay' sollicité par le défendeur.<sup>2361</sup>

Progressivement les tribunaux acceptèrent toutefois de conférer une portée extra-territoriale au 'stay' lorsqu'un tribunal étranger a déjà été saisi d'une procédure concurrente. L'affaire *Cox. v Mitchell* décidée en 1859 contient déjà les premiers indices du changement qui s'annonce.<sup>2362</sup> Un marchand établi à Liverpool avait acheté une grande quantité de coton à un autre établi en Caroline du Sud. Le coton livré se révéla être de mauvaise qualité, sur quoi l'acheteur actionna le vendeur devant les tribunaux américains. En cours de procédure, il se ravisa et saisit les tribunaux anglais. Le vendeur demanda à ces derniers de lui accorder un 'stay'. En première instance, *Blackburn J.* constata tout d'abord "qu'il serait injuste à l'égard du défendeur d'admettre que les deux procédures se poursuivent simultanément".<sup>2363</sup> En l'absence de précédent direct sur la question, il estima que la solution au problème devait trouver sa source dans la compétence générale des tribunaux de sanctionner l'abus de procédure.<sup>2364</sup>

Après avoir observé que si le demandeur obtenait un jugement aux Etats-Unis, il pourrait en poursuivre l'exécution en Angleterre, le juge décida que dans de telles circonstances, "le tribunal peut empêcher le demandeur de poursuivre son action, du moins s'il ne met pas fin à la procédure étrangère".<sup>2365</sup>

Le principe ainsi posé ne fut toutefois pas suivi en appel. La *Court of Common Pleas* réforma la décision en s'appuyant sur le défaut de précédent.<sup>2366</sup> Tout en reconnaissant que la concurrence de procédures pouvait causer certaines difficultés ("hardship") au défendeur, le Chief Justice *Erie* insista sur le droit du demandeur d'obtenir justice des tribunaux. Le 'stay' accordé en première instance passa dès lors à la trappe.<sup>2367</sup> La décision du juge d'appel contraste singulièrement avec celle rendue en première instance. La distance qui sépare les deux décisions montre que le principe d'une exception de litispendance était encore loin d'être solidement établi.<sup>2368</sup>

<sup>2360</sup> *Lord Dillon v Aburns* (1798) 4 Ves. 357; reproduit in 31 *English Reports* 182.

<sup>2361</sup> *V. Maule v Murray*, 7 Term. Rep. 470 (Etats-Unis/Angleterre); *Foster v Vassale*, 3 Atk. 587 (Irlande/Angleterre, par Lord Hadowicke). V. cependant à la même époque *The Fortitudo*, 2 Dodson 58 (stay accordé).

<sup>2362</sup> *Cox. v Mitchell*, 2 nov. 1859, S.C. 29 L.J.C.P. 33; 1 L.T. 8; 8 W.R. 45, reproduit in 141 *English Reports* 734.

<sup>2363</sup> "It would be great injustice to the defendant to allow the proceedings to go on in both jurisdictions simultaneously" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2364</sup> "This application must found itself upon the general jurisdiction of the court to prevent an abuse of its process" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2365</sup> "The court may in its discretion restrain the plaintiff from proceeding in the action here unless he elects to abstain from going on in the foreign court" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2366</sup> Le juge Byles fit même observer que "There must have been many cases where proceedings have been taken here and abroad at the same time, and yet I have never heard of a motion as this; nor has any been produced before us" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2367</sup> Justice Williams explique aussi que "The question is whether the fact of the plaintiff having another action pending against the defendant in a foreign court is a bar of his remedy in the courts of this country. I am not aware of any principle upon which such an argument could rest" : 141 *English Reports* 734, 735.

<sup>2368</sup> Les quelques décisions de l'époque qui se sont penchées sur la question ne semblent pas autrement décisives, des considérations étrangères au conflit de procédures permettant de les expliquer. Ainsi dans une décision datant de 1821, le Vice Chancellor avait-il accordé un sursis à statuer dans l'attente que le juge écossais, saisi des mêmes questions, se prononce : *Elliott v Lord Minto*, 6 Madd. 15, reproduit in 56 *English Reports* 994 (5 mars 1821). S'agissant d'un litige portant sur une succession ouverte en Ecosse, il semble que la décision soit plus motivée par des considérations pragmatiques que de principe. Le Vice-Chancellor observe que le droit écossais était d'application, ce qui compliquait la tâche du juge anglais. Sa décision, très peu motivée, ne semble pas avoir été dictée par des considérations de principe. A la même époque, v. *Ostell v Le Page*, 21 L.J.Ch 501; 16 Jur. 404,



526. La reconnaissance du 'plea' en matière maritime - C'est par le biais du contentieux maritime que le 'plea of lis alibi pendens' s'imposera progressivement. On verra ainsi les tribunaux anglais accepter à l'occasion de litiges nés de la collision de navires la possibilité de renoncer à exercer une compétence dont ils étaient investis.<sup>2369</sup> Déjà dans une espèce tranchée en 1851, si le *plea of lis alibi pendens* invoqué au profit d'une instance concurrente engagée en Ecosse par le même plaideur fut rejeté,<sup>2370</sup> ce n'était plus pour des raisons de principe mais bien parce que les procédures étaient de nature différente, l'une *in rem* et l'autre *in personam*.<sup>2371</sup> Le 'plea' aurait donc pu être accueilli si les aléas de la compétence internationale n'avaient pas obligé le demandeur à engager deux procédures de nature différente. C'est ce qu'a confirmé la *High Court of Admiralty* quelques années plus tard à l'occasion d'une autre affaire mettant cette fois aux prises une instance canadienne et anglaise.<sup>2372</sup>

En l'espèce, un marin tentait d'obtenir paiement de ses gages pour services rendus à bord du navire *The Lanarkshire*. Il s'adressa d'abord aux tribunaux du Québec, où le navire mouillait. De retour en Angleterre, le marin saisit de nouveau les tribunaux. Le juge accepta le *plea of lis alibi pendens*, en rejetant la distinction suggérée par le marin entre la procédure anglaise, *in rem*, et la procédure québécoise, *in personam*. Il expliqua que les deux actions visaient le même but, à savoir récupérer les gages promis.<sup>2373</sup> À ses yeux, permettre la poursuite de la procédure anglaise reviendrait à faire du droit d'action du marin contre l'armateur, destiné à protéger le premier, une arme pouvant causer une injustice au second.<sup>2374</sup> On voit déjà poindre le critère de l'injustice qui deviendra déterminant par la suite.

Les décisions qui suivirent confirmèrent la possibilité pour le défendeur d'opposer à la saisine du juge anglais le *plea of lis alibi pendens*.<sup>2375</sup> À partir de 1860, la jurisprudence va acquérir une certaine maturité et les tribunaux dégager le principe qu'un juge possède un

reproduit in vol. 42 Law Reports, Chancery, 1121 (16 déc. 1852) (Cour refuse un 'stay' dans une affaire où le litige avait également été introduit devant les tribunaux de Calcutta. Ce précédent n'est pas décisif parce qu'il semble que les tribunaux indiens s'étaient déjà prononcé au fond. On peut tout de même observer que les juges se montrent très hésitants à intervenir pour interdire à une partie de saisir le juge du for : "When the court interferes upon motion to stop the Plaintiff from proceeding, it is taking upon itself a very delicate jurisdiction, and one in which it ought to see that by no possibility can it be doing injustice", Lord Cranworth, 1123.

<sup>2369</sup> Sur la compétence des tribunaux anglais en la matière, v. W. G. F. PHILLIMORE, "Compétence des cours anglaises en matière d'abordage en mer entre navires anglais et étrangers et entre navires étrangers", *J.D.I.*, 1886, 129-133.

<sup>2370</sup> *Hammer v Bell* ("The Bold Buccleugh"), (1851) 7 Moore 267, reproduit in 13 *English Reports* 884 (Sir John Jarvis).

<sup>2371</sup> 13 *English Reports* 884, 891.

<sup>2372</sup> *The Lanarkshire*, 2 Sp. Ecc. & Ad. 189, reproduit in 164 *Engl. Reports* 380 (1855).

<sup>2373</sup> "The distinction attempted to be drawn respecting the nature of the actions, does not appear to me to be substantial; first, it is clear that all these actions are for the same object, the recovery of wages; and that if the wages should be recovered in all the suits, the owners would have to pay the same demand twice, which would be wholly unjust" : 164 *Engl. Reports* 380, 382; 2 Sp. Ecc. & Ad. 189, 192.

<sup>2374</sup> "if I were to hold otherwise, I should convert the right of proceeding against the ship, the owner or the master, from a protection to the seaman into an act of injustice to the owner". On ne peut s'empêcher d'observer que l'injustice n'était sans doute pas dans la poursuite des deux procédures, mais bien dans l'arrêt de la procédure anglaise, puisqu'en l'espèce la marin, peu fortuné, était retourné en Angleterre, d'où il lui serait difficile de poursuivre la procédure québécoise.

<sup>2375</sup> P. ex. *The Bergal*, Swab. 468, reproduit in 166 *Eng. Rep.* 1220 (1859) (il n'y avait pas en l'espèce de véritable conflit de procédures, mais le juge observe obiter que "Even if it were a case of lis alibi pendens only, that would be a bar", 1221); *The John & Mary*, Swab. 471, reproduit in 166 *Eng. Reports* 1221 (1859) (en l'espèce c'était le plea of res judicata qui était invoqué et non celui de lis alibi pendens, le juge observe obiter que "I certainly should not allow, while an action was pending at common law on precisely the same grounds, a suit to be prosecuted here at the same time [...]", 1222).

pouvoir d'appréciation ('discretion') lui permettant de décider s'il est opportun d'exercer sa compétence en cas de saisine concurrente d'un juge étranger. La décision rendue en 1869 par la *Probate Division* dans l'affaire *Iwo Mali* illustre clairement l'abandon des hésitations passées.<sup>2376</sup> En l'espèce, le tribunal anglais avait été saisi d'une demande de dédommagement suite à une collision entre deux navires dans le détroit de Bosphore. L'armateur autrichien d'un des navires chercha justice auprès des tribunaux impériaux autrichiens, alors que le propriétaire norvégien de l'autre navire s'en remit aux tribunaux anglais.<sup>2377</sup> Rejetant le principe posé dans l'affaire *Cox v Mitchell* (*supra* n° 523), le juge Phillimore décida qu'il était "de son devoir soit de surseoir à statuer, soit d'obliger les parties à choisir une des deux procédures, s'il était établi qu'un tribunal étranger a été saisi du même litige et qu'il peut rendre complète justice au demandeur, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur la nature *in rem* ou *in personam* des procédures".<sup>2378</sup>

En l'espèce, il ne fut pas nécessaire d'appliquer ce principe dès lors que le défendeur avait apparemment renoncé à la procédure autrichienne. Toujours est-il que cette décision marque un tournant dans l'évolution de la jurisprudence, les hésitations faisant place à une affirmation nette du principe.<sup>2379</sup> Le même juge confirma sa jurisprudence quelques années plus tard dans un litige qui avait déjà été soumis par le même demandeur aux tribunaux irlandais.<sup>2380</sup> A cette occasion, le juge observa qu'il "serait très désavantageux que le même litige fut soumis simultanément à deux tribunaux" et décida dès lors de surseoir à statuer.<sup>2381</sup>

Le *plea of alibi pendens* avait donc dès cette époque acquis une portée extra-territoriale.<sup>2382</sup> La jurisprudence, confinée aux espèces maritimes, n'était pas très explicite en ce qui concerne le motif du refus d'exercice de la compétence : on voit bien qu'il n'est pas question d'automatisme, mais il est difficile de distinguer ce qu'il était nécessaire de prouver, au-delà de la concurrence de procédures, pour obtenir le 'stay'.<sup>2383</sup> On peut déjà

<sup>2376</sup> *The Mali Iwo*, Law Reports Admiralty & Ecclesiastical, vol. 1-2, 356 (1869).

<sup>2377</sup> La Cour refusa de déduire son incompétence du caractère entièrement étranger du litige, en observant que "the jurisdiction of the High Court of Admiralty extends to all cases of collision happening upon the seas, that is, within the ebb and flow of the tide" : L.R.A. & E., vol. 1-2, 356, 358.

<sup>2378</sup> "I have come to the conclusion that it would be my duty either to suspend proceedings in this Court, or to put the parties to their election as to which court they would have recourse to, if, indeed the evidence before me established that there was a *lis alibi pendens* before a tribunal which could afford the plaintiff a complete remedy, whether the proceedings were technically instituted in *rem* or in *personam*" (L.R.A. & E., vol. 1-2, 356, 359). On remarquera que la majorité des décisions citées sont l'œuvre du juge Phillimore, dont on connaît par ailleurs le traité de droit maritime (*A Treatise on the Jurisdiction of the English Courts in Admiralty Actions and Appeals*, Londres, Sweet & Maxwell, 1902, 798 p). Sans doute cela doit-il nuancer quelque peu le constat d'une 'jurisprudence' constante.

<sup>2379</sup> Remarquons que dans la même décision, le juge refusa de se prononcer de manière générale sur l'existence d'une 'discretion whether or not [to] allow its jurisdiction to be put in force' (L. R. A. & E, vol. 1-2, 356, 358), préférant circonscrire la discussion à l'hypothèse particulière des conflits de procédure.

<sup>2380</sup> *The Caterina Chiazzare*, 1 P.D. 368 (1876) (Law Reports Probate Division) : collision au large de Cork en Irlande, le demandeur s'adresse d'abord aux juges irlandais puis au juge anglais lorsque le navire italien mouilla dans le port de Liverpool.

<sup>2381</sup> "it would be a most inconvenient course of proceeding to allow the same case to be heard at the same time in two different courts" : 1 P.D. 368, 372.

<sup>2382</sup> V. également *The Peshawar*, 8 P.D. 32 (par le même juge Phillimore, accorde en stay sans toutefois en donner les raisons).

<sup>2383</sup> Cons. également *Wilson v Fernand* 1871 W. 219, 13 L. R. Eq. 362 (Law Reports Equity) (1871) (Vice Chancellor) (refuse un stay qui était demandé en faveur d'une procédure française, engagée par le même demandeur contre le défendeur. Le conseil des défendeurs évoqua le "harcèlement" ("oppression") qui découlerait de la concurrence de procédures, ainsi que la "convenience" qui serait selon lui mieux servie si la procédure était suspendue en attendant que le juge français se prononce. Le Vice Chancellor Malins rejeta cette suggestion et plaça la barre plus haut en notant que "it requires a very clear case to sustain such a motion" (p. 366). Il observa qu'on ne

remarquer que le 'plea' avait été invoqué non seulement lorsque le même plaideur avait pris l'initiative des deux procédures, mais également en cas de procédure miroir. La jurisprudence va véritablement se cristalliser à partir des années 1880, les tribunaux s'accordant sur le critère de la nature 'vexatoire et harassante' de la procédure.

(ii) La consécration du 'stay' et la fin de l'autonomie du conflit de procédures

**527. Introduction** - Au cours des années 1880, le sursis à statuer va acquérir une portée plus générale, en se détachant du contexte maritime dans lequel il était apparu (A). Dans le même temps la jurisprudence va préciser à quelles conditions le défendeur peut s'opposer à la saisine du tribunal anglais. Ces conditions, fort générales, vont permettre l'extension du sursis à statuer au-delà du simple conflit de procédures et signaler ainsi la fin de l'autonomie du *plea of lis alibi pendens* (B). Nous allons examiner successivement les deux mouvements.

(A) Consécration du 'stay' : la jurisprudence de la Cour d'Appel

**528. Trois décisions de principe** - Les premiers acquis engrangés par les tribunaux à l'occasion du contentieux maritime vont être amplifiés dans trois décisions de principe de la Cour d'appel, que l'on a déjà évoquées.<sup>2384</sup> Dans les trois espèces, un juge étranger avait été saisi concurremment à un juge anglais. La question se posait de savoir si ce dernier pouvait refuser d'exercer la compétence que lui prêtait le demandeur. Comme on l'a déjà expliqué, la Cour d'Appel confirma à cette occasion, en des termes généraux, que le juge anglais possédait une 'jurisdiction' qui lui permettait de passer outre sa saisine par le demandeur (*supra*, n° 410).

Les juges se débarrassèrent d'abord de l'encombrant précédent que représentait la décision dans l'affaire *Lord Dillon* (*supra*, n° 523), en notant qu'il était révolu le temps où les décisions étrangères étaient réputées n'avoir pas d'effet en Angleterre.<sup>2385</sup> Ils répudièrent également, "avec le plus grand respect",<sup>2386</sup> la décision prononcée dans l'affaire *Cox v Mitchell*, en notant que si cette décision prétendait priver les tribunaux de la possibilité d'intervenir dans le choix du for du demandeur, elle ne pouvait être suivie.<sup>2387</sup> L'unanimité se fit en effet pour reconnaître au juge anglais la possibilité d'exercer un contrôle sur le choix du for du demandeur. Le *Master of the Rolls* déduisit cette compétence du "pouvoir de police général des tribunaux leur permettant de combattre les abus de procédure dont pourrait être victime un justiciable".<sup>2388</sup>

---

pouvait prédire quand les tribunaux français allaient se prononcer sur la cause (p. 367) et qu'il serait injuste de priver le demandeur de l'aide des tribunaux anglais.

<sup>2384</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397 (1882 C.A.); *Penruian Guano Comp. v Bockswoldt*, 23 Ch.D. 225 (1883 C.A.) et *Hymn v Helm*, 24 Ch. D. 531 (1883 C.A.).

<sup>2385</sup> *McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 400 (Jessel, M.R.) et 408 (Bowen, L.J.).

<sup>2386</sup> *Idem*, 22 Ch. D. 397, 400 (Jessel, M.R.).

<sup>2387</sup> *Idem*, 22 Ch. D. 397, 400 (Jessel, M.R.) et 405 (Cotton, L.J.) et 408 (Bowen, L.J.).

<sup>2388</sup> *Idem*, 22 Ch. D. 397, 399 (Jessel, M.R.) : "it is part of the general jurisdiction of the Court to prevent a Defendant being improperly vexed by legal procedure". Dans le même sens, 22 Ch. D. 397, 405 (Cotton, L.J.).

Le simple fait que l'abus de procédure découlait non pas de la saisine d'un juge anglais, mais de celle d'un tribunal étranger ne privait pas le juge de la possibilité d'intervenir.<sup>2389</sup> On a déjà expliqué les limites étroites dans lesquelles les juges ont enfermé la compétence ainsi reconnue, rattachée au critère de l'abus qui ne permettra qu'exceptionnellement d'intervenir dans le choix du for par le demandeur.<sup>2390</sup> Ces principes seront d'abord appliqués dans les trois espèces citées, à propos d'un conflit de procédures. Pour autant, l'on ne saurait parler d'une jurisprudence consacrant une véritable exception de litispendance : les principes appliqués étaient formulés en des termes généraux et le pouvoir d'intervention des tribunaux n'était pas limité à la situation particulière des procédures concurrentes.<sup>2391</sup> Plutôt que de parler d'une figure juridique spécifique à ces conflits, on doit plutôt penser cette jurisprudence comme l'application d'un principe général à une situation particulière.<sup>2392</sup>

Certes, dans un premier temps le pouvoir d'appréciation du juge anglais fut surtout invoqué à l'occasion de conflit opposant une instance engagée en Angleterre à une instance étrangère.<sup>2393</sup> Rien toutefois dans les principes dégagés par la Cour d'Appel ne limitait cette jurisprudence à l'hypothèse particulière des procédures concurrentes.<sup>2394</sup> Il ne fallu dès lors pas longtemps pour que le pouvoir d'appréciation du juge anglais acquière une portée plus générale.

#### (B) Généralisation du 'stay' et disparition du *plea of lis alibi pendens*

**529. Le *forum non conveniens* comme principe général des conflits de juridictions** - La jurisprudence de la Cour d'Appel avait rattaché le pouvoir de sanction du juge anglais à l'existence d'un abus dans le chef du demandeur. Ce pouvoir fut tout d'abord invoqué à l'occasion de concurrences de procédures, et singulièrement de procédures concurrentes engagées par la même partie. Sans doute était-il plus facile dans cette hypothèse de démontrer l'existence d'une intention abusive dans le chef du demandeur. Les principes dégagés par la Cour d'Appel n'étaient toutefois nullement limités à cette situation particulière : le pouvoir d'appréciation pouvait être invoqué dès

<sup>2389</sup> "I see no reason on principle why, if the court is satisfied that the Defendant is being improperly vexed, the mere fact of one of the actions being in this country and one on a foreign country should prevent the Court protecting the Defendant from being so improperly vexed" (*McHenry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 399). V. dans le même sens, *Pennian Guano v Bodevaldt*, 23 Ch. D. 225, 232 (Lindley, L.J.).

<sup>2390</sup> *Supra*, n° 412 à propos de la condition du caractère vexatoire et oppressif de la procédure, clé de voute de la jurisprudence anglaise jusqu'à la 'révolution' des années 1970.

<sup>2391</sup> On a déjà rappelé que le 'stay' pouvait prendre plusieurs formes, le juge mettant fin soit à la procédure anglaise, soit à la procédure du for. Lorsque les deux procédures étaient l'oeuvre de la même partie, les tribunaux anglais disposaient d'une autre possibilité d'intervention qui consistait à choisir l'une des deux procédures. Cette forme plus flexible d'abstention était mise sur le même pied que les deux autres, v. *The Christianborg*, 10 P.D. 141, 152.

<sup>2392</sup> Les tribunaux n'utilisent d'ailleurs que rarement l'expression 'plea of lis alibi pendens' qui dominait dans les anciennes affaires maritimes. Ils se contentent de parler de 'stay'. M. Nygh observe à juste titre que le terme 'lis alibi pendens' était plutôt utilisé "to describe the phenomenon of parallel litigation", et non pour qualifier un quelconque remède (P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", in J BASEDOW e.a. (éd.), *Private law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification Liber amicorum Kurt Siehr*, Den Haag, T. M. C. Asser Press, 2000, (511), 512).

<sup>2393</sup> V. par exemple *The Christianborg*, 10 P.D. 141 (Law Reports, Probate Division) (1885) (sur cette affaire, *supra*, n° 414) ; *Mutrie v Birney* (1997), 35 Ch. D. 614 (C.A.) (procédures au Honduras britannique et en Angleterre) ; *Thornton v Thornton*, [1886-90] All Erp. 311 ; (1886) 11 P.D. 16 (C.A.) (procédures de divorce en Inde et en Angleterre) et *Cohen v Rothfield*, [1919] 1 K.B. 410 (C.A.).

<sup>2394</sup> Remarquons d'ailleurs que pour la Cour d'Appel ce n'est pas le dédoublement de procédures en tant que tel qui peut être synonyme d'abus, mais bien la saisine d'un for dans un autre but que celui d'en retirer un avantage légitime.

lors que la procédure anglaise était oppressive ou vexatoire, sans qu'il fut nécessaire de démontrer qu'elle concurrençait une procédure étrangère. Rien ne s'opposait dès lors à ce que le 'stay' soit invoqué en l'absence de procédures concurrentes.

C'est ce qui va se passer au début du 20<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence *McHenry* se voyant ainsi confirmée dans sa vocation de principe général. A nouveau, ce furent trois décisions de la Cour d'Appel qui rythmèrent l'évolution.<sup>2395</sup> Dans les trois espèces, le défendeur se plaignait d'avoir été attiré devant les tribunaux anglais non pas directement pour répondre devant un juge de ses agissements, mais dans le but de le contraindre à transiger en l'exposant à des poursuites onéreuses dans un for qui n'avait qu'un lien fort ténu avec l'affaire.

Il n'était nullement question de procédures concurrentes, seul le juge anglais ayant été saisi. La Cour d'Appel ne du pas faire violence à sa jurisprudence pour apprécier la légitimité de la saisine du juge anglais : il lui suffit de se référer au critère de l'abus de procédure dégagé dans l'arrêt *McHenry*. Et la Cour confirma la possibilité d'octroyer un 'stay' même en l'absence de saisine concurrente d'un juge étranger. Avec ces décisions fut donc arrêtée la vocation générale du 'stay', instrument destiné à réprimer l'abus de procédure, que celui-ci se traduise par la saisine redondante du for anglais ou plus généralement par l'introduction d'une procédure en Angleterre dans le seul but de nuire.

**530. Conclusion sur le droit anglais – L'affaire *Saint Pierre* et la phagocytose du conflit de procédures par le *forum non conveniens*** - La jurisprudence anglaise a trouvé dans la concurrence de procédures l'occasion de dégager le pouvoir d'appréciation qui est à la base du *forum non conveniens*. C'est autour de litiges opposant un juge anglais à un collègue étranger que s'est dessiné le critère de l'abus qui restreindra pendant si longtemps la version anglaise de cette doctrine. Comme en Ecosse, les conflits de procédures ont cependant vite été ramenés au rang de simple contexte, parmi d'autres, du pouvoir d'appréciation, sans en constituer la raison d'être. Formulé en des termes très généraux, le 'stay' a pu prendre ses distances de la concurrence de procédures pour acquérir une portée générale. Le 'plea of *lis alibi pendens*' a perdu au cours de cette évolution toute autonomie, pour intégrer une doctrine plus générale dont le but premier n'est pas de mettre fin à la concurrence de procédures, mais bien de réprimer les abus.

L'affaire *Saint Pierre*, déjà évoquée, illustre parfaitement la véritable *phagocytose* du conflit de procédures par le *forum non conveniens* naissant : on se rappellera qu'en l'espèce, le tribunal anglais avait été saisi concurremment aux tribunaux chiliens. La décision de principe de Lord Scott, qui restera pendant longtemps le point de référence du *forum non conveniens*, ne s'attardait guère sur la concurrence de procédures. Le juge anglais s'en tint au critère de l'injustice résultant de l'abus de procédure, indépendamment de la circonstance qu'un for étranger ait ou non déjà été saisi. Bien plus cette circonstance, si elle pouvait constituer un facteur dans l'évaluation globale, ne pouvait selon le juge être à elle seul décisive. Ainsi le *plea of lis alibi pendens* fut-il privé de toute autonomie. Comme on l'a remarqué, à partir de ce moment, l'expression *lis alibi pendens* n'aura plus une portée normative, mais une portée simplement descriptive, pour désigner le conflit de procédures.<sup>2396</sup>

<sup>2395</sup> *Logan v Bank of Scotland*, [1906] 1 K.B. 141 (C.A.); *Egbert v Short*, [1907] 2 Ch. D. 205 (C.A.); *Norton v Norton*, [1908] 1 Ch. D. 471 (C.A.).

<sup>2396</sup> Décivant la jurisprudence classique de common law, M. Nygh écrit que "The existence of a *lis alibi pendens* did not even give rise to a presumption that such a situation was undesirable. At most, the term described a factual

La confusion originelle entre le 'stay' et le 'plea of lis alibi pendens' n'aura pas duré longtemps. On a pu expliquer qu'en raison du chevauchement entre les domaines d'application de ces deux mécanismes, le premier n'avait jusqu'au 20<sup>ème</sup> siècle guère d'autonomie par rapport au second.<sup>2397</sup> Cette situation n'a pas perduré, la concurrence de procédures se faisant littéralement avaler par le forum non conveniens en devenir. Si le conflit de procédures a perdu son autonomie, il peut toujours jouer un rôle à l'intérieur de la doctrine générale du 'stay'. On va voir que la nature et la portée de ce rôle varie selon les juridictions.

## 2. LE POIDS DE LA CONCURRENCE DE PROCEDURES COMME 'INGREDIENT' DU FOR APPROPRIÉ

**531. Une doctrine à géométrie variable** - Le *forum non conveniens* n'est pas une doctrine fermée, aux contours arrêtés de façon définitive. Le visage de l'exception de for inapproprié a fortement évolué au cours du temps - de simple mécanisme anti-abus à l'origine en droit anglais, elle a évolué vers un correctif général apporté aux règles de compétence. Certaines décisions récentes montrent que de nouvelles évolutions ne sont pas à exclure, notamment par une redéfinition des rapports entre le principe du for inapproprié et l'exception de justice.<sup>2398</sup>

La grande souplesse qui caractérise le mécanisme se manifeste également en ce qui concerne le poids accordé à la concurrence de procédures. On verra ainsi que certaines juridictions accordent une importance plus prononcée au conflit de procédures, au point d'imprimer au *forum non conveniens* une évolution qui le rapproche, à certains égards, de l'exception de litispendance. Le raisonnement adopté s'écarte alors du schéma traditionnel pour accorder une plus large place à la concurrence de procédures. Dans l'ensemble cependant, l'exception de for inapproprié a bel et bien supplanté le *plea of lis alibi pendens* comme technique de résolution des conflits de procédures. Cette évolution est surtout visible en droit anglais.

Pour évoquer la subordination du conflit de procédures au *forum non conveniens*, on reviendra d'abord sur la 'révolution' des années 1970 qui a vu cette doctrine acquérir son visage moderne (i). La transformation du 'stay' en un véritable *forum non conveniens* n'a en

---

situation" (P. NYGH, *Lc*, in J BASEDOW e.a. (réd.), *Private law in the international arena...*, Den Haag, T. M. C. Asser Press, 2000, (511), 524).

La confusion entre le *stay* et le *plea of lis alibi pendens* n'a cependant pas toujours été évitée. M. Foote enseignait par exemple que rien ne séparait le *stay* du 'plea of lis alibi pendens' : J. A. FOOTE, *Foreign and Domestic Law A Concise Treatise on Private International Jurisprudence, based on the Decisions in the English Courts*, 5<sup>ème</sup> éd. par H. H. L. Bellot, Londres, Sweet & Maxwell, 1925, 628-629. V. également l'étude de J. D. McCLEAN, "Jurisdiction and Judicial Discretion", *I.C.L.Q.*, 1969, 931-948 : l'auteur note qu'existe une jurisprudence abondante dans laquelle les tribunaux anglais ont exercé un pouvoir d'appréciation pour mettre fin aux conflits de procédures. Il suggère que cette jurisprudence pourrait servir de base au développement d'une théorie générale permettant de refuser d'exercer une compétence lorsqu'un for étranger paraît plus approprié. Il résume sa pensée dans les termes suivants : "Mon étude a porté sur la jurisprudence en matière de conflit de procédures. It is suggested that they show the development of another body of principles, spelling out much the same criteria for the exercise of a similar discretion. There criteria are entirely suited to the forum conveniens situation" (*I.C.L.Q.*, 1969, (931), 948).

<sup>2397</sup> CH. CHALAS, 122, n° 116 explique que "les circonstances dans lesquelles les tribunaux anglais ont été enclins à faire appel à leur pouvoir de suspendre la procédure permettent difficilement de le considérer comme un mécanisme indépendant de l'exception de litispendance".

<sup>2398</sup> *Infra*, n° 759 à propos des décisions *Connelly et Lubbe*.

effet pas été sans influencer le sort des conflits de procédures au sein de cette doctrine. On précisera ensuite plus avant quelle place le droit anglais contemporain du *forum non conveniens* réserve à la concurrence de procédures (ii).

(A) La révolution des années 1970 et le conflit de procédures

**532. Des décisions qui laissent subsister une incertitude** - On a déjà évoqué la parenté historique entre le *forum non conveniens* et le conflit de procédures, ainsi que l'extension considérable qu'a pris le premier au détriment de l'autonomie du second. Depuis la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle, il est clair que la concurrence de procédures ne justifie pas l'application d'une règle différente, mais constitue tout au plus une circonstance parmi d'autres dans l'évaluation du caractère approprié des fors en présence. La 'révolution' des années 1970, qui a vu la Chambre des Lords, au fil de 4 décisions de principe, abandonner la référence traditionnelle au caractère vexatoire et oppressif de la procédure anglaise pour lui substituer une appréciation plus neutre et plus équilibrée du caractère approprié des fors en présence (*supra*, n° 421), ne va pas radicalement changer cet état de choses. On aurait pu espérer que les juges anglais fassent à cette occasion la lumière sur les relations entre l'exception de for inapproprié et le conflit de procédures, et ce d'autant plus qu'à deux reprises, le litige qui leur a été soumis s'articulait autour d'un conflit de procédures.<sup>2399</sup>

Au total cependant, les indications fournies dans ces décisions étaient bien maigres. Il faudra attendre une décision ultérieure pour clarifier les choses. Sans reprendre point par point l'évolution, dont les grandes lignes ont déjà été dressées, on peut noter le peu d'attention que les Lords ont consacré à la concurrence de procédures. On ne s'en étonnera pas pour les décisions *McShannon* et *Spiliada*, puisqu'il n'était pas question dans ces affaires d'un quelconque conflit de procédures.<sup>2400</sup> Il est plus regrettable qu'il en ait été de même dans les deux autres espèces.

Dans l'affaire *Atlantic Star* qui, comme on l'a déjà rappelé, opposait les tribunaux anglais et belges, les Lords, après avoir esquissé une première évolution du test du caractère 'vexatoire et oppressif' de la procédure étrangère, n'apportèrent que peu de précision sur le rôle imparté à la concurrence de procédures. La Chambre reconnut certes que la concurrence de procédures pouvait conduire à un conflit de décisions.<sup>2401</sup> Cette circonstance ne fut toutefois pas jugée être déterminante en tant que telle pour faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre. Au contraire, Lord Wilberforce observa que pour être pris en compte, les désavantages qui découlent pour le défendeur de la saisine du for anglais devaient être "importants".<sup>2402</sup> Et le juge d'ajouter comme pour dissiper les

<sup>2399</sup> *The Abidin Daver*, [1984] A.C. 398 (H.L.) et *The Atlantic Star*, [1974] AC 460.

<sup>2400</sup> Décisions précitées. L'absence de précisions de la part de la Chambre des Lords sur le sort des conflits de procédures alors même qu'elle imprimait une nouvelle direction au 'stay' n'a toutefois pas été sans dérouter quelque peu les juridictions du fond, laissées en quelque sorte à leur propre initiative. A défaut d'indications particulières, les tribunaux se résignèrent à appliquer telle quelle la formule modifiée du 'stay', même en présence d'un conflit de procédures, v. par exemple après l'arrêt *McShannon, Gadd v Gadd*, [1984] W.L.R. 1436 et les commentaires de R. SCHUZ, "Controlling Forum Shopping : The Impact of *MacShannon v. Rockware Glass Ltd*", *I.C.L.Q.*, 1986, (374-412), 380 ("The new test applies whether or not there is a *lis alibi pendens*").

<sup>2401</sup> *The Atlantic Star*, [1973] 2 All ER 175, 195, par Lord Wilberforce : "If both actions proceed, with the risk of conflicting decisions in the two courts [...]" et [1973] 2 All ER 175, 195 par Lord Kilbrandon.

<sup>2402</sup> Et qu'il ne suffit pas d'alléguer que la concurrence de procédures constitue en elle-même un inconvénient : "[...] to be taken into account at all, this must be serious, more than the mere disadvantage of multiple suits" : [1973] 2 All ER 175, 194.

doutes, que “[...] le stay n’est justifié que si les circonstances ne laissent aucun doute [...] et le simple fait qu’un juge étranger ait été également saisi ne suffit pas”.<sup>2403</sup>

Plus fondamentalement, il ne semble pas que les Lords aient eu l’intention de réserver la situation particulière des conflits de procédure. Au contraire les termes utilisés laissent penser qu’ils entendaient dégager un principe général applicable quel que soit l’état de la saisine étrangère. C’est en tout cas les conclusions que la jurisprudence ultérieure déduit de l’arrêt *Atlantic Star*. Dans l’affaire du *Tillie Lykes* par exemple,<sup>2404</sup> qui portait également sur une collision de navires, la procédure concurrente avait été entamée aux Etats-Unis, un mois après que le juge anglais fut saisi. Celui-ci refusa de s’incliner devant la procédure américaine, en notant que “la simple existence d’une procédure concurrente à l’étranger, la simple existence d’une multiplicité de procédures, ne constitue pas en tant que telle un désavantage affectant le défendeur. Il faut démontrer quelque chose de plus”.<sup>2405</sup>

**533. L’arrêt *Abidin Daver* : la suggestion d’un traitement différent des conflits de procédure** – Il fallut attendre l’affaire *Abidin Daver* pour que la Chambre des Lords se penche sérieusement sur l’incidence de sa nouvelle jurisprudence sur le conflit de procédures. Comme on l’a expliqué (*supra*, n°427), la Chambre des Lords se contenta dans cette affaire d’apporter quelques précisions au nouveau visage de la doctrine du *forum non conveniens*, sans y apporter de modifications fondamentales. Après avoir déterminé que le tribunal turc constituait le for naturel de la cause, la Chambre s’est divisée sur la question de savoir quelle importance accorder à l’existence d’un conflit de procédures.

En appel, la Cour avait fait de l’existence d’un conflit de procédures un facteur parmi d’autres, qui n’était pas décisif à lui seul.<sup>2406</sup> Les Law Lords ne purent s’accorder sur cette question : alors que Lord Templeman exprima son accord avec la position adoptée par la Cour d’Appel,<sup>2407</sup> Lord Diplock insista au contraire lourdement sur les inconvénients qu’entraînait la concurrence de procédures, et en particulier sur le risque d’aboutir à un conflit de décisions et la course au for qui s’en suivrait.<sup>2408</sup> Il proposa dès lors de modifier sensiblement le test applicable lorsque le litige fait l’objet de deux procédures concurrentes : à ses yeux, “lorsqu’une action est déjà pendante devant un tribunal étranger qui constitue le for naturel et approprié pour connaître de la cause [...] et le défendeur devant le juge étranger saisit le juge anglais du même litige le surcroît de dépenses et d’inconvénients qu’entraînerait la concurrence de deux procédures dans deux pays, portant sur les mêmes faits et qui nécessite le témoignage des mêmes personnes, ne peut se justifier que si le demandeur potentiel démontre de façon satisfaisante que seuls les tribunaux anglais lui reconnaîtraient le bénéfice d’un avantage personnel ou juridique

<sup>2403</sup> “[...] a very clear case is needed to justify a stay [...] and [...] the mere fact that there are proceedings abroad is not enough”, [1973] 2 All ER 175, 195.

<sup>2404</sup> *The Tillie Lykes*, [1977] Lloyd’s Rep. 124.

<sup>2405</sup> “the mere existence of other proceedings abroad, the mere existence of a multiplicity of proceedings abroad, is not to be taken into account at all as a disadvantage to the defendant. There has to be something more than that” »

<sup>2406</sup> [1983] 1 W.L.R. 884, 891-892, par Donaldson M.R. : “It is a factor of which account should be taken, but it is not a factor which, of itself, is of sufficient weight to displace the right of a plaintiff to choose his own forum and, of itself, to create a tilt in the other direction”.

<sup>2407</sup> [1984] AC 398, 425 : “English proceedings will not be stayed merely because of the dangers and difficulties of concurrent actions”.

<sup>2408</sup> [1984] AC 398, 411-412.



dont l'importance est telle que l'en priver serait source d'une grave injustice à son égard".<sup>2409</sup>

Ce faisant Lord Diplock proposait de modifier l'économie même de l'exception : alors que dans la formulation en vigueur à l'époque, le fait que le for étranger formait le for naturel de la cause ne constituait qu'un des éléments d'une appréciation globale où l'évaluation des avantages et des inconvénients pour les parties de procéder devant un tribunal ou l'autre, jouait un rôle important, le poids accordé au caractère plus approprié du for étranger aurait acquis, selon la formule qu'il proposait, un poids prépondérant lorsque ce for a déjà été saisi. L'évaluation des avantages des parties était ainsi ramenée au rang d'exception qui pouvait troubler la règle générale en cas d'injustice flagrante, et ne faisait plus partie du cœur du test. La différence de perspective est de taille. Elle est d'autant plus sensible que Lord Diplock a dans son raisonnement déduit l'"inconvenience" de la concurrence même de procédures.<sup>2410</sup>

**534. L'arrêt *Abidin Daver* : la suggestion d'un traitement différent des conflits de procédure (suite)** – Le glissement sémantique est remarquable : le juge anglais était invité non plus à considérer l'*inconvenience* qui découlerait de la conduite de la procédure dans un for jugé inapproprié, mais bien celle qu'entraîne l'existence d'un conflit de procédures. Le test tel qu'envisagé par Lord Diplock avait l'avantage de la clarté. Il épousait également de plus près les spécificités du conflit de procédures, et ouvrait la porte à une distinction au sein du *forum non conveniens* selon qu'existe ou non conflit de procédures.<sup>2411</sup>

La suggestion de Lord Diplock restera toutefois sans suite, les autres juges préférant appréhender le conflit de procédures à l'intérieur de la doctrine du *forum non conveniens*. Leur approche n'était pas dénuée de toute ambiguïté. Lord Brandon par exemple expliqua très classiquement que "les simples inconvénients qui découlent de la pluralité de procédures ne peuvent être considérées comme faisant pencher la balance de façon décisive d'un côté ou de l'autre".<sup>2412</sup> Il réserva toutefois l'hypothèse dans laquelle la pluralité de procédures "conduira à des conséquences importantes", sans préciser comment distinguer les conséquences importantes des autres.<sup>2413</sup>

<sup>2409</sup> [1984] AC 398, 411-412 : « *When a suit is already pending in a foreign court which is a natural and appropriate forum for the resolution of the dispute [...] and the defendant in the foreign suit seeks to institute as plaintiff an action in England about the same matter [...] then the additional inconvenience and expense which must result from allowing two sets of legal proceedings to be pursued concurrently in two different countries where the same facts will be in issue and the testimony of the same witnesses required, can only be justified if the would-be plaintiff can establish objectively by cogent evidence that there is some personal or judicial advantage that would be available to him only in the English action that is of such importance that it would cause injustice to him to deprive him of it* ».

<sup>2410</sup> "[...] the additional inconvenience and expense which must result from allowing two sets of legal proceedings to be pursued concurrently in two different countries [...]".

<sup>2411</sup> Analyse du speech de Lord Diplock qui est notamment partagée par E. SYKES et M. C. PRYLES, *Australian Private international Law*, Sydney, Law Book, 1991, 93.

<sup>2412</sup> "the mere disadvantage of multiplicity of suits cannot be decisive in tilting the scales" : [1984] AC 398, 423.

<sup>2413</sup> "but multiplicity of suits involving serious consequences with regard to expenses and other matters may well do so" : [1984] AC 398, 423. L'ambiguïté du speech de Lord Brandon s'explique sans doute par son souci de relativiser la portée de la décision qu'il avait prise dans l'affaire *The Tillie Lykes*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 124 (*supra*), sur laquelle la Cour d'Appel s'était fondée, sans toutefois la répudier complètement. Dans la suite de son speech, Lord Brandon semble d'ailleurs reconnaître qu'un conflit de procédures entraînera automatiquement des conséquences néfastes : "[...] if concurrent actions in respect of the same subject matter proceed together in two different countries, [...] one or other of two undesirable consequences may follow: first there may be two conflicting judgments of the two courts concerned; or, secondly, there may be an ugly rush to get one action decided ahead of the other, in order to create a situation of *res judicata* or *issue estoppel* in the other".

Au total, l'arrêt de la Cour ne permettait pas d'apercevoir exactement quelle était la place du conflit de procédures dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens* – ce qui n'était pas critique en l'espèce puisque l'unanimité se fit pour accepter que les tribunaux turcs méritaient de se prononcer sur l'affaire.<sup>2414</sup>

L'évolution de la jurisprudence laissait après l'arrêt *Abidin Daver* un goût d'inachevé, que l'arrêt *Spiliada* ne vint pas combler : tout indiquait que la concurrence de procédures n'était qu'une circonstance comme une autre, et non une hypothèse particulière justifiant le recours à un test différent. La Chambre des Lords n'avait toutefois jamais expressément, et unanimement, confirmé cette solution. Pire, le speech de Lord Diplock dans l'affaire *Abidin Daver* laissait entendre qu'une solution autonome était envisageable pour le conflit de procédures. Il faudra attendre l'arrêt *de Dampierre* pour mettre fin aux derniers doutes

**535. L'affaire de Dampierre – la fin des illusions et le début des certitudes** – Il revient en effet à l'arrêt *de Dampierre* d'avoir, sans doute définitivement, élucidé la difficile question des rapports en droit anglais entre le *forum non conveniens* et la concurrence de procédures.<sup>2415</sup> Les faits de la cause ont déjà été exposés (*supra*, n° 5). En l'espèce, il était demandé aux Lords de réformer les décisions des tribunaux inférieurs qui avaient refusé de s'incliner devant la saisine parallèle du tribunal français. Le pouvoir discrétionnaire dont le mari demandait l'exercice, trouvait directement sa source dans une disposition législative, le *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973. Selon la section 5(6) de l'Act, complété par le paragraphe 9(1) du Schedule 1, le tribunal anglais peut accorder un sursis à statuer lorsqu'il constate qu'un juge étranger a été saisi d'un litige portant sur le même mariage. Le 'stay' est subordonné à la condition que la 'balance of fairness (including convenience)' penche en faveur d'une résolution du litige par le juge étranger.<sup>2416</sup> Cette disposition hybride vise spécifiquement les conflits de procédures, pour lesquels elle prescrit au juge d'appliquer un test dérivé de la doctrine (alors naissante) du *forum non conveniens*.

Comme déjà expliqué, elle avait été introduite pour permettre aux juges de faire face à l'inévitable multiplication des conflits de procédures qu'allait entraîner le considérable élargissement de la compétence des tribunaux anglais en matière de divorce, auquel l'Act procédait.<sup>2417</sup> Les tribunaux étaient restés hésitants face à la reconnaissance législative expresse du 'stay', ne sachant pas s'ils devaient dans l'exercice de leur pouvoir

<sup>2414</sup> V. les critiques de J. FAWCETT, *M. L. R.*, 1984, (481), 485-486 sur le flou de la décision quant au sort du conflit de procédures.

<sup>2415</sup> *De Dampierre v de Dampierre*, [1988] 1 A.C. 92 (H.L.).

<sup>2416</sup> Paragraph 9(1) du Schedule 1 : "Where before the beginning of the trial [...] in any matrimonial proceedings [...] it appears to the court - (a) that any proceedings in respect of the marriage in question, or capable of affecting its validity or subsistence, are continuing in another jurisdiction; and (b) that the balance of fairness (including convenience) as between the parties to the marriage is such that it is appropriate for the proceedings in that jurisdiction to be disposed of before further steps are taken in the proceedings in the court [...], the court may, if it thinks fit, order that the proceedings be stayed [...]. (2) In considering the balance of fairness and convenience [...] the court shall have regard to all factors appearing to be relevant, including the convenience of witnesses and any delay or expense which may result from the proceedings being stayed or not being stayed".

<sup>2417</sup> *Supra*, n° 29. Dans l'affaire *de Dampierre*, Lord Goff a dit du paragraphe 9(1) que "its purpose is to reduce the effect of a conflict between jurisdictions, a conflict which had become more likely to occur following an extension of the jurisdiction in this country to entertain matrimonial proceedings. Obviously the possibility of a conflict between two jurisdictions provides an incentive to securing, so far as possible consistent with the requirements of justice, a single trial in the appropriate forum" : [1988] 1 AC 92, 107.

d'appréciation faire référence aux standards du droit commun, d'ailleurs en pleine évolution.<sup>2418</sup>

Coupant court à ces hésitations, la Chambre des Lords aligna dans l'affaire *de Dampierre* le régime spécifique institué par le législateur de 1973 sur celui dégagé par les tribunaux depuis l'arrêt *Atlantic Star*. Lord Goff nota que la législation invoquée avait été développée avant la 'révolution' initiée par cet arrêt. Se posait dès lors la question de savoir si la jurisprudence ultérieure qui avait considérablement assoupli le 'stay' pouvait servir de guide dans l'application de l'Act de 1973.<sup>2419</sup> Se basant sur les travaux préparatoires,<sup>2420</sup> le juge nota que le paragraphe 9(1) avait pour but de prévenir les conflits entre tribunaux, qui en droit commun étaient appréhendés par l'octroi d'un 'stay' au profit du juge le plus approprié, ou éventuellement d'une interdiction de procéder.<sup>2421</sup>

Contrastant ce régime avec celui en vigueur sur le continent,<sup>2422</sup> Lord Goff conclut qu'il n'existait pas de différence de principe entre la doctrine générale du 'stay' et la possibilité de surseoir à statuer prévue par la législation particulière.<sup>2423</sup> Il en déduit que les mêmes principes devaient s'appliquer dans un cas comme dans l'autre.<sup>2424</sup>

**536. L'affaire *de Dampierre* (suite) - Subordination du conflit de procédures au 'stay'** - Ceci étant posé, restait à s'interroger sur la place qu'il convenait de réserver aux conflits de procédures dans l'appréciation du caractère approprié des fors. Lord Goff n'eut aucune hésitation à confirmer ce que l'évolution de la jurisprudence avait laissé deviner, à savoir la *subordination* du conflit de procédures au mécanisme général du 'stay'. Selon le juge, "le même principe s'applique que le for étranger ait ou non déjà été saisi".<sup>2425</sup> Plus aucun doute n'était dès lors permis, la doctrine générale du *forum non conveniens* constitue la seule référence pour trancher le conflit de procédures. L'existence d'une saisine concurrente du juge étranger est, toujours selon Lord Goff, un simple facteur dans l'appréciation globale à laquelle le juge anglais doit procéder.

<sup>2418</sup> *V. Mytton v Mytton* (1977) Fam.Law 244 (refuse le stay parce que c'est en plein accord avec son époux que l'épouse s'était rendue en Angleterre avec ses enfants, où elle avait demandé le divorce); *Shenshadfard v Shenshadfard* [1981] 1 All ER 726, 734 (refuse le stay invoqué au profit d'une procédure concurrente en Iran, Purchas décide que "in the exercise of its discretion under these provisions [1973 Act], the court must have regard to all relevant factors and that the area of this inquiry ought to be defined liberally. This must include, where relevant, the broad question of remedies, including the possibility of the dissolution of the marriage itself and custody of the children beside ancillary relief as matters of general fairness between the parties") et *Gadd v Gadd* [1985] 1 All ER 58, [1984] 1 WLR 1435, [1985] FLR 220 (C.A.) (la Cour s'en réfère aux décisions Abidin Daver et McShannon pour interpréter l'Act de 1973, en notant que le dictum de Lord Brandon dans l'affaire Abidin Daver « is very close to the words of the Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973 ». la Cour refuse le stay demandé en faveur d'une procédure de divorce pendante à Monaco alors que les époux y avaient vécu jusqu'à leur séparation. La Cour nota que l'épouse risquait d'être privée de toute compensation financière si elle devait se défendre devant les tribunaux de Monaco); *K v K* [1986] 2 FLR 411.

<sup>2419</sup> [1988] 1 AC 92, 106-107.

<sup>2420</sup> Et notamment le rapport préparé en 1972 par la *Law Commission*.

<sup>2421</sup> [1988] 1 AC 92, 107-108.

<sup>2422</sup> Règle qu'il qualifie d'"arbitraire" ("arbitrary") : [1988] 1 AC 92, 107.

<sup>2423</sup> "I find it very difficult to conclude that the underlying purposes of that principle [the doctrine of forum non conveniens] and of the statutory provision are materially different" : [1988] 1 AC 92, 108.

<sup>2424</sup> Dans le même sens Lord Templeman : "I agree [...] that the common law test of justice between plaintiff and defendant in commercial disputes corresponds to the statutory test of fairness as between husband and wife in matrimonial disputes" ([1988] 1 AC 92, 102).

<sup>2425</sup> "The same principle is applicable, whether or not there are other relevant proceedings already pending in the alternative forum" : [1988] 1 AC 92, 108.

La concurrence de procédures ne justifie pas l'adoption d'un test différent, elle modifie seulement les ingrédients de la doctrine générale.<sup>2426</sup> Comme l'explique Mme. Niboyet-Hoegy, cette circonstance est « pertinente, sans être péremptoire ».<sup>2427</sup> En l'occurrence les Lords ne prêtèrent d'ailleurs guère attention au fait que le juge français avait également été saisi. Après avoir rapidement déterminé que le for français était en tant que tel plus approprié,<sup>2428</sup> les juges se contentèrent d'examiner si l'épouse pouvait légitimement invoquer l'exception d'injustice en raison de la sévérité du droit français à l'égard de l'époux adultère.<sup>2429</sup> Au total, l'existence d'une procédure concurrente ne fut guère décisive.

**537. Absence d'autonomie du conflit de procédures** – Avec la décision de *Dampierre* disparut le dernier espoir d'autonomie qu'on pouvait entretenir à l'égard des conflits de procédures. Dorénavant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en cas de procédures concurrentes n'a plus rien d'autonome par rapport à la doctrine générale. Les conflits de procédures potentiels et avérés sont appréhendés de la même manière. L'existence d'une situation de litispendance ne modifie pas l'équilibre général du mécanisme, fondé sur la recherche du for 'naturel' de la cause. Cette circonstance n'a d'influence qu'à l'intérieur de l'équation globale, dont elle constitue un des facteurs. La doctrine ne s'y est pas trompée, qui range la pluralité de procédures dans la (longue) liste des facteurs sur lesquels le juge doit fonder son appréciation.<sup>2430</sup> A l'instar du droit applicable à la cause ou encore de la localisation des témoins, la pluralité de procédures peut faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre tout en n'étant pas en soi

<sup>2426</sup> Après de *Dampierre*, les tentatives de convaincre les tribunaux d'adopter un test différent pour le conflit de procédures ont été vaines, v. par exemple *Arkwright Mutual Insurance Co v Bryanstone Ins. Ltd et al.*, [1990] 2 AB 649 ; [1990] 2 All ER 335 ; [1990] 3 W.L.R. 705 ; [1990] 2 Lloyd's Rep. 70 (le juge Potter refuse d'adopter la formule suggérée par Lord Diplock dans l'arrêt *Abidin Daver* et lui préfère celle de *Spiliada*). Pour le Canada, v. *Polar Hardware Mfg Co v Zafir et al.*, (1983) 43 C.P.C. 156, 164 (H.C. Ontario) où le juge White décide que l'existence d'une procédure concurrente à l'étranger constitue un facteur, sans être en elle-même déterminante.

<sup>2427</sup> *L.c.*, *Travaux comités français D.I.P.*, 1995-96, (71), 77.

<sup>2428</sup> Lord Goff, [1988] 1 AC 92, 109 : "the courts of France clearly provide the appropriate jurisdiction for the resolution of the dispute". La Cour se fonde sur la nationalité des parties, la résidence de l'époux en France et l'absence de tout lien avec l'Angleterre, sauf pour le dernier domicile conjugal des époux aujourd'hui abandonné.

<sup>2429</sup> Cette circonstance à elle seule ne fut pas considérée comme suffisante pour disqualifier le for français. Lord Goff observa que "the court should not, as a general rule, be deterred from granting a stay of proceedings simply because the plaintiff in this country will be deprived of such an advantage, provided that the court is satisfied that substantial justice will be done in the appropriate forum overseas" : [1988] 1 AC 92, 102, 110. V. aussi Lord Templeman, [1988] 1 AC 92, 101-102. *Infra* sur cette question.

<sup>2430</sup> DICEY et MORRIS, 13<sup>ème</sup> éd., 2000, 400 ("Although it was once thought that there were special factors in cas of *lis alibi pendens*, it is now clear that the existence of simultaneous proceedings is simply an additional factor relevant to the determination of the appropriate forum"); CHESHIRE et NORTH, 1999, 348-349 ; BRIGGS et REES, 1997, 204 ; J HILL, 1998, 264-265 ("The existence of *lis alibi pendens* does not raise a presumption in favour of a stay or refusal to give leave so as to reverse the burden of proof. The undesirability of there being concurrent proceedings in two countries is merely one of the considerations to be weighted as part of the overall assesment; it cannot necessarily lead to a stay or refusal to give leave"); J. J FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 29 ("lis pendens is not a doctrine in its own right, but is regarded as being overall a facet, albeit an important one, of the doctrine of *forum non conveniens*"); P. BEAUMONT, "Great-Britain", in *Dedining Jurisdiction*, 221; F. A. MANN, *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, Clarend Press, 1986, 143 ("where there exists a duality of actions in England as well as abroad, in other words, where one is confronted with *lis alibi pendens*, the cases can now conveniently be labelled as *forum non conveniens* cases"). Dans la 4<sup>ème</sup> éd. de l'ouvrage de Morris (J. H. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 4<sup>ème</sup> éd., par D. McCLEAN, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, 97), M. McClean considère toujours le '*lis alibi pendens*' comme une catégorie séparée, mais l'auteur précise que "although intervention on the ground of *lis alibi pendens* has a much longer history in English law than *forum non conveniens*, it can now be regarded for many purposes as a sub-set of the latter", 97.

Pour l'Ecosse, v. E. ANTON, *Private international law*, 1990, Edinburgh, Green, 213 ("The plea of *lis alibi pendens* does not apply to proceedings before foreign courts and its place is taken by the plea of *forum non conveniens*").

décisive. En d'autres termes, le conflit de procédures est entièrement subordonné au concept de for approprié.<sup>2431</sup>

Le refus des tribunaux anglais d'accorder un poids décisif à la concurrence de procédures s'explique sans doute en partie par leur méfiance atavique à l'égard de toute règle mécanique qui accorderait nécessairement la priorité au juge premier saisi. Evoquant la concurrence de procédures, Lord Templeman avait déjà souligné dans l'affaire *The Abidin Daver* que "les procédures anglaises ne seront pas suspendues simplement en raison des dangers et difficultés des conflits de procédures".<sup>2432</sup> Il fallait voir dans cette déclaration une mise en garde contre le danger d'une règle qui privilégierait systématiquement le tribunal premier saisi, comme le montre la suite de son speech dans lequel il note "qu'il faut éviter que la course infâme au jugement ne soit remplacée par une course tout aussi désolante pour obtenir la première saisine".<sup>2433</sup>

Le souci d'éviter de transformer le mécanisme souple du 'stay' en une règle qui favoriserait automatiquement le juge premier saisi, représente un frein important à la prise en considération des conflits de procédures. Voilà une première illustration de la tension qui peut exister entre l'objectif de prévention des conflits de procédures et celui de garantir le caractère approprié du for. Il faut toutefois se garder de généraliser. Lorsque les circonstances s'y prêtent, les tribunaux anglais se montrent sensibles aux inconvénients de la concurrence de procédures, et font du souci d'éviter ces inconvénients une circonstance déterminante justifiant l'octroi du stay.<sup>2434</sup> Il semble cependant que la sensibilité accrue aux conflits de procédures s'explique alors par les circonstances particulières de la cause, un critère d'analyse sur lequel nous allons maintenant nous pencher.

(B) La concurrence de procédures, une donnée à l'importance variable selon les circonstances

**538. Quelle pertinence pour la concurrence de procédures ?** - Selon la formule déjà rappelée, la concurrence de procédures constitue une donnée « pertinente, sans être péremptoire » dans l'application de la version anglaise du *forum non conveniens*. Encore faut-il s'interroger sur ce qu'on entend exactement par donnée 'pertinente'. Comme on l'a noté, « dans la mesure où ce facteur [la concurrence de procédures] ne doit son

<sup>2431</sup> La même analyse prévaut lorsque la question posée au juge anglais est de savoir s'il va autoriser la signification de l'assignation à l'étranger en vertu des RSC Order 11, alors qu'un tribunal étranger a déjà été saisi. Pour triompher et obtenir l'autorisation du tribunal, le demandeur devra montrer que le tribunal anglais constitue le for approprié de la cause, p. ex. J. HILL, 1998, 264 et CHESHIRE et NORTH, 1999, 314-315.

<sup>2432</sup> [1984] AC 398, 425 : "English proceedings will not be stayed merely because of the danger and difficulties of concurrent actions".

<sup>2433</sup> "An ugly rush to get one action decided ahead of the other is not to be replaced by an ugly rush to issue proceedings in one country before the issue of proceedings in another" : [1984] AC 398, 425. V. aussi le dictum de Lord Goff dans l'affaire *de Dampierre*, dans laquelle il compare le mécanisme du *forum non conveniens* avec la règle de litispendance de la Convention de Bruxelles, qu'il juge "arbitraire" : [1988] 1 A.C 92, 107. M. Ong mettra également en garde contre la tentation d'accorder un poids décisif à la circonstance que le juge étranger a déjà été saisi. Critiquant la décision *Cleveland Museum of Art* (*infra*, n° 538), il explique que tenir compte de la concurrence de procédures peut aboutir à faire du forum non conveniens une doctrine rigide, guidée par le seul facteur du caractère approprié, ce qui pourrait encourager une certaine course au for : « there is a danger that if the [...] reasoning of Cleveland Museum were followed, courts might at times be aiding injustice by forcing deserving parties to have their day in court in their forum simply because the other party had managed to get his proceedings into a foreign court first » : C. ONG, *Cross-Border Litigation...*, La Haye, Kluwer, 1997, 477-478.

<sup>2434</sup> P. ex. *Cleveland Museum of Art v Capricorn Art Irnal SA et al*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 166 (QB) et *The 'Oinussin Pride'*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 126 (QB), sur ces deux affaires, *infra*.

importance qu'aux inconvénients qu'il entraîne, le poids qui lui est attribué est susceptible de varier grandement en fonction des circonstances de l'espèce ». <sup>2435</sup>

C'est ce qu'a confirmé la Chambre des Lords dans l'arrêt *de Dampierre* : après avoir écarté l'idée que l'existence d'une saisine concurrente du juge étranger justifie le recours à une règle différente, Lord Goff expliqua que :

“l'existence d'une procédure concurrente peut, selon les circonstances, constituer un élément pertinent dans l'appréciation du juge. Cette circonstance peut également être dénuée de toute pertinence, par exemple si la procédure initiée à l'étranger n'a pas encore dépassé le stade initial. Si au contraire une véritable procédure a été engagée, et n'a pas seulement été initiée mais a progressé à un stade où elle est susceptible d'avoir une influence sur le litige entre parties, en particulier si cet effet n'est pas seulement provisoire, alors cette circonstance constitue un facteur pertinent qui doit être pris en compte dans l'évaluation du caractère approprié du for étranger pour la résolution du litige” <sup>2436</sup>.

Il nous semble que deux règles distinctes se dégagent de cette décision. La première a déjà été évoquée : la concurrence de procédures ne sera d'aucun poids lorsque le tribunal étranger n'a aucun lien avec la cause ; dans ce cas l'exception de for inapproprié sera rejetée, même si ce rejet laisse subsister la concurrence de procédures. La seconde règle vient logiquement compléter la première : la concurrence de procédures fera pencher la balance du côté du 'stay', pour autant que le for étranger possède les liens les plus significatifs avec le litige. Dans ce cas, l'existence d'une concurrence de procédures constitue une circonstance *additionnelle* qui, conjuguée au caractère distinctement plus approprié du for étranger, plaide pour l'arrêt de la procédure anglaise. Le dictum de Lord Goff laisse toutefois apparaître que le poids accordé à cette 'circonstance additionnelle' sera lui-même fonction des particularités de l'espèce. Il reste à préciser quels éléments se révéleront pertinents. Lord Goff avait déjà fourni quelques indications. La jurisprudence a permis de compléter le tableau et d'élucider le mystère des relations entre le *forum non conveniens* et la concurrence de procédures. En guise d'illustration, nous évoquerons quelques circonstances particulières qui ont été retenues par les tribunaux.

**539. *Forum non conveniens* et procédures parallèles** – Les tribunaux ne sont pas indifférents à l'identité de rôle des parties. L'existence d'une procédure concurrente se verra en effet accorder un poids plus important dès lors que c'est la même partie qui est à l'origine du conflit de procédures. Comme c'était déjà le cas au 19<sup>ème</sup> siècle, <sup>2437</sup> les tribunaux sont plus enclins à nourrir des doutes sur l'opportunité de leur saisine lorsque le demandeur a lui-même engagé la procédure concurrente. Ceci fut confirmé dans deux

<sup>2435</sup> CH. CHALAS, 245, n° 265. V. aussi A. BRIGGS et P. REES, 1997, 198 : “the existence of lis alibi pendens has no unique effect upon the identification of a more appropriate forum”.

<sup>2436</sup> [1988] 1 A.C. 92, AC 108 : “The same principle is applicable whether or not there are other relevant proceedings already pending in the alternative forum [...]. However, the existence of such proceedings may, depending on the circumstances, be relevant to the inquiry. Sometimes they may be of no relevance at all, for example, if one party has commenced the proceedings for the purpose of demonstrating the existence of a competing jurisdiction, or the proceedings have not passed beyond the stage of the initiating process. But if, for example, genuine proceedings have been started and have not merely been started, but have developed to the stage where they have had some impact upon the dispute between the parties, especially if such impact is likely to have a continuing effect, then this may be a relevant factor to be taken into account when considering whether the foreign jurisdiction provides the appropriate forum for the resolution of the dispute between parties”.

<sup>2437</sup> V. *supra* l'étude de la jurisprudence *McHenry v Lewis*, n° 526.

espèces, à vrai dire un peu particulières puisque dans les deux cas c'était le double demandeur à l'origine de la procédure anglaise qui sollicitait un 'stay' de celle-ci.<sup>2438</sup>

Aux yeux des juges, l'affaire se présentait plutôt comme « une question de bonne administration des procédures concurrentes ». <sup>2439</sup> Dans les deux cas, les juges anglais ont rappelé la règle traditionnelle qui veut que « lorsqu'un demandeur assigne le même défendeur dans deux Etats à propos du même litige, son comportement se rapproche de l'abus ». <sup>2440</sup>

La plus grande sévérité à l'égard du double demandeur se manifeste dans le choix de la sanction utilisée par les tribunaux : alors qu'en règle générale, l'exception de for inapproprié conduit à un simple sursis à statuer, <sup>2441</sup> ce qui suppose que la cause soit au moins maintenue au rôle, les tribunaux semblent opter pour le dessaisissement pur et simple en cas de procédures parallèles. <sup>2442</sup> Au vrai, la sanction du for inapproprié peut encore prendre une autre forme : les tribunaux se réservent en effet en cas de procédures parallèles la possibilité d'imposer au demandeur de choisir l'une ou l'autre des procédures. <sup>2443</sup> Encore une fois la sanction est adaptée aux circonstances particulières de l'espèce. <sup>2444</sup>

**540. Forum non conveniens et état d'avancement des procédures** – La position procédurale des parties n'est pas la seule circonstance qui peut peser sur le rôle attribué à la concurrence de procédures. Dans l'affaire *de Dampierre*, Lord Goff a également insisté sur la dimension chronologique du litige. Il ne s'agissait pas d'accorder une quelconque importance à l'ordre dans lequel les deux procédures ont été engagées. La jurisprudence anglaise se montre au contraire *indifférente* à la chronologie procédurale. Il arrive même que cette indifférence soit proclamée - Lord Justice Bingham a ainsi décrit la chronologie procédurale comme "a little more than an accident of timing". <sup>2445</sup> On a également vu un juge anglais donner suite à une exception de for plus approprié en faveur d'un juge américain alors que la procédure avait été engagée en Floride plus d'un mois après le début de la procédure anglaise. <sup>2446</sup> En réalité, la date de saisine des tribunaux ne

<sup>2438</sup> La configuration particulière de ces deux affaires a fait dire aux juges qu'il n'était pas question d'appliquer simplement le précédent *Spiliada : Attorney General v Arthur Andersen & Co*, [1989] ECC 224 (C.A.) et *Australian Commercial Bank v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 67, 69.

<sup>2439</sup> « the good management of the concurrent sets of proceedings » : *Attorney General v Arthur Andersen & Co*, [1989] ECC 224 (C.A.).

<sup>2440</sup> « Where a plaintiff seeks to pursue the same defendant in two jurisdictions in relation to the same subject matter, the proceedings verge of the vexatious » : *Australian Commercial Bank v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 67, 69. V. aussi P. J. SMART, « Lis Alibi Pendens : Staying or Discontinuing English Proceedings ? », *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1990, 316-329, 329 : "where a plaintiff has commenced proceedings in England and in a foreign court, the plaintiff will generally be required to elect which action he wishes to pursue".

<sup>2441</sup> Le 'stay' anglais se distingue ainsi de l'effet accordé au forum non conveniens en droit américain, où les tribunaux penchent plutôt pour le dessaisissement ('dismissal'), v. G. BORN, 1996, 343 et CH. CHALAS, 67, n° 727 ainsi que les réflexions de A. NUJYS, n° 400 e.s.

<sup>2442</sup> V. *Australian Commercial Bank v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 67, 70 : « This is not simply a question of the stay of its action here ; the action here must be dismissed [...] ».

<sup>2443</sup> *Australian Commercial Bank v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 67, 70 : « The plaintiff is required to elect which set of proceedings he wishes to pursue ». V. déjà *Persian Guano Co v Bockwoldt*, (1883) 23 Ch D 225 (C.A.).

<sup>2444</sup> V. également la décision du juge australien *Rogers* dans l'affaire *Erntad Ltd v Blaikie*, 24 décembre 1985, Supreme Court of New South Wales, inédite, citée et commentée par E. SYKES et M. C. PRYLES, *Australian Private International Law*, Sydney, 1991, 93-95, qui opposait une nouvelle fois Arthur Andersen à une entreprise dont elle était le réviseur, cette fois-ci le conflit opposait une procédure américaine et australienne.

<sup>2445</sup> *E. I. Du Pont de Nemours v Agnew*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 585, 593.

<sup>2446</sup> *Butler v Butler*, [1997] 2 All ER 822 ; [1998] 1 WLR 1208 ; [1997] 2 FLR 311 ; [1997] Fam Law 603 (C.A.) (en l'espèce, la décision est d'autant plus remarquable que le stay était fondé sur la section 5(6) du *Matrimonial*



préoccupe pas outre mesure les juges anglais.<sup>2447</sup> Si Lord Goff a préconisé le recours à la dimension chronologique, ce n'est pas pour les vertus de la priorité de saisine, d'ailleurs inexistantes aux yeux des juges anglais, mais bien pour privilégier la procédure la plus avancée.

La progression enregistrée par le juge étranger est ainsi retenue pour des raisons d'économie judiciaire : l'idée est qu'il convient d'éviter de reproduire les efforts déjà accomplis à l'étranger. Ainsi dans l'affaire *Capricorn*, née de la disparition d'une oeuvre d'art pakistanaise lors de son transport au-dessus de l'Atlantique, le tribunal anglais a-t-il observé que la procédure concurrente américaine avait été engagée deux ans avant la procédure anglaise et surtout que la phase préparatoire était achevée, ce qui permettait d'espérer rapidement un jugement.<sup>2448</sup> Cet élément fit pencher la balance en faveur du tribunal américain, sans toutefois se concentrer uniquement sur l'ordre dans lequel les procédures avaient été engagées. Au contraire c'est l'économie de procédures et non la stricte priorité temporelle qui a retenu l'attention du tribunal<sup>2449</sup> – qui a même fait observer que laisser se poursuivre la procédure anglaise aboutirait à gaspiller les substantiels honoraires que les parties avaient déjà déboursé pour leurs avocats américains.<sup>2450</sup>

Inversement, dans l'affaire *Arkwright*,<sup>2451</sup> le juge anglais fit observer que la procédure américaine, engagée un mois à peine avant la procédure concurrente dont il était saisi,

---

*Proceedings Act*, dont les termes, bien que non dénués d'ambiguïté, laissent entendre que le stay ne peut être accordé que dès lors que le tribunal anglais est second saisi. La Cour d'Appel a considéré que l'affaire possédait des liens substantiels avec la Floride, alors que la connection avec l'Angleterre était plus que ténue). V. aussi *Columbia Plaza Co v Security Nat'l Bank*, 525 F. 2d 620 (D.C. Cir. 1975) et *Williams Glueck v Int'l Playtex Co*, 407 F.2d 177 (D.C. Cir. 1969), cités par C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN...*, La Haye, Kluwer, 1997, 489, note 64. Dans les relations inter-américaines, l'indifférence à la séquence chronologique trouve une autre illustration dans la pratique du 'stay' qui peut aussi bien être accordé par le tribunal second saisi que par le tribunal premier saisi : 1A C.J.S., v° Actions, 736, § 249 ("Ordinarily, proceedings in the first action will not be stayed on account of the pendency of another action subsequently commenced, but may properly be stayed where the second action will dispose of the entire controversy between the parties and the first will not [...]"); 1 *Am Jur*, 2d, v° Actions, § 78 ("Under some circumstances, it is within the discretion of the court to stay an action pending the outcome of a subsequently commenced foreign action" et la jurisprudence citée); A. A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1962, 129, § 36 ("occasionally, even a subsequent foreign action may constitute grounds for a stay").

<sup>2447</sup> V. par exemple *CHESHIRE et NORTH*, 1999, 349 (à propos de l'exception de for plus approprié, ces auteurs notent que "It does not matter, in principle, whether the action was commenced first in England or abroad; this is merely an accident of timing"). On peut observer que Dicey et Morris ne mentionnent pas une seule fois la chronologie de procédures dans leur discussion du 'lis alibi pendens', comme facteur à prendre en considération dans le cadre de l'exception de for plus approprié (13<sup>ème</sup> éd., 2000, 400-401).

V. par exemple *The Coral Isis* [1986] 1 Lloyd's Rep. 413 (dans cette espèce, le juge a expressément refusé d'élever la priorité temporelle au rang de règle de principe. Après avoir observé qu'aucun précédent ne justifie une telle règle, il note d'ailleurs que s'il en était ainsi, "there is likely to be an ugly rush to issue a writ in one country before the commencement of proceedings in another country"); *Gadd v Gadd*, [1984] 1 W.L.R. 1435, [1985] 1 All ER 58, [1985] F.L.R. 220 ("the English proceedings were started first in point of time, but that is not a decisive consideration"). V. également en Nouvelle-Zélande, *McCormell Dowell v Lloyd's Syndicate 396* [1988] 2 NZLR 257, 273 (un groupe d'assureurs engage une procédure à Londres pour obtenir une déclaration que les contrats d'assurance ne couvrent pas les sinistres dont se plaint l'assuré; celui-ci demande, 10 jours après le début de la procédure anglaise, le paiement de dommages et intérêts auprès des tribunaux néo-zélandais. La Cour d'Appel refuse d'accorder un stay en faveur de la procédure anglaise en notant qu'en l'espèce les deux procédures ont été initiées "more or less contemporaneously" et que la chronologie procédurale ne doit donc pas être décisive).

<sup>2448</sup> *Cleveland Museum of Art v Capricorn Art International SA et al* [1990] 2 Lloyd's Rep 166; [1990] BCLC 546. En l'espèce la phase de 'discovery' avait déjà eu lieu.

<sup>2449</sup> *Cleveland Museum of Art v Capricorn Art International SA et al* [1990] 2 Lloyd's Rep 166; [1990] BCLC 546.

<sup>2450</sup> V. également *McCormell Dowell v Lloyd's Syndicate 396* [1988] 2 NZLR 257, 273 (la Cour constate que la procédure néo-zélandaise pourra être engagée plus rapidement que la procédure anglaise).

<sup>2451</sup> *Arkwright Mutual Insurance Co v Brynston Insurance Co Ltd*, [1990] 2 QB 649; [1990] 2 All ER 335; [1990] 3 WLR 705; [1990] 2 Lloyd's Rep. 70 (QB).



n'avait pas encore atteint le seuil critique, et en particulier n'avait pas plus progressé que la procédure du for : dans les deux cas, le juge ne s'était pas encore prononcé sur sa compétence, et les procédures de 'discovery' n'avaient pas encore été initiées. A ce titre, la priorité chronologique de la procédure américaine n'était d'aucune valeur.<sup>2452</sup>

541. *Forum non conveniens* et état d'avancement des procédures (suite) – Les tribunaux anglais ont ainsi adopté une interprétation sophistiquée du rôle de la chronologie procédurale, le facteur temps étant retenu non pas en tant que tel, mais bien lorsque la procédure étrangère a progressé à un point tel que ne pas en tenir compte serait favoriser le gaspillage.<sup>2453</sup>

Cette appréciation du facteur temps n'est pas isolée. On la retrouve aussi dans d'autres versions du *forum non conveniens*, et notamment à Singapour<sup>2454</sup> et aux Etats-Unis. Les tribunaux américains se montrent en effet sensibles à ce qu'ils jugent être un argument de bon sens : l'exception de for inapproprié sera d'autant mieux accueillie que le juge étranger a 'mis les mains à la pâte' et que le dossier a progressé. Ainsi un tribunal américain a-t-il observé que « la priorité ne doit pas être exclusivement mesurée à l'aune de la priorité de saisine, mais plutôt en terme du progrès réalisé dans chacune des deux

<sup>2452</sup> Le juge ne s'était penché qu'à titre subsidiaire sur l'exception de for inapproprié, qu'il a au demeurant rejeté, dès lors qu'il avait déjà jugé dans un premier temps que cette exception était en principe incompatible avec la Convention de Bruxelles. Sur cet aspect de la décision, v. CH. CHALAS, 548-549, n° 605.

<sup>2453</sup> V. également *Meadows Indemnity Co Ltd v Insurance Corp. of Ireland Ltd et al* [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 (QB) (concurrence de procédures entre l'Angleterre et l'Irlande, la procédure irlandaise précède la procédure anglaise d'un mois seulement ; la juge décide que "the existence of foreign proceedings is a relevant factor in the equation when the Court has to consider whether the foreign forum is clearly more appropriate under the Spiliada test, particularly in view of the inherent undesirability of two concurrent sets of proceedings ; its weight will depend on all circumstances, including the state of advance of the foreign action" (je souligne). En l'espèce le juge constate que la procédure irlandaise a bien progressé, mais le for irlandais n'est pas jugé plus approprié pour autant) ; *Saipem SpA v Dredging VO2 Bv et al. (The 'Volvox Hollandia')* [1987] 2 Lloyd's Rep. 520 (QB) (procédures concurrentes aux Pays-Bas et en Angleterre, la procédure batave a été initiée la première par le propriétaire d'un navire de dragage qui avait endommagé un pétrolier. La propriétaire tentait d'obtenir du juge anglais qu'il renonce à statuer en raison de l'existence d'une procédure aux Pays-Bas, for selon lui plus approprié. Le juge rejette l'exception de for plus approprié en notant que "[...] the fact that the Dutch proceedings were started first in point of time [...] is also of some significance in deciding which is the appropriate forum, ; but I would not attach too much weight to it", de peur d'encourager une course au for dans des espèces ultérieures. Le juge ajoute d'ailleurs que "the first action to be commenced should not necessarily have preference in determining the forum where issues are to be tried [...]". En appel, la question ne fut plus évoquée : *Saipem SpA v Dredging VO2 Bv et al. (The 'Volvox Hollandia')* [1988] 2 Lloyd's Rep. 361 (CA)). V. également *The Coral Isis* [1986] Lloyd's Rep. 413 (QB) (procédures concurrentes aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, suite à une collision de deux navires au Danemark. La procédure néerlandaise ne précédait la procédure anglaise que d'une semaine. La juge décide que "I recognize that the proceedings in Holland were commenced shortly before Coral Isis was arrested in England. But the action in England has proceeded to the close of the pleadings, and discovery of documents has been given", alors que la procédure batave n'a pas beaucoup progressé. De plus, dans une situation comme en l'espèce, "in which there is more than one appropriate forum, but no natural forum, I do not regard a mere accident of timing in the commencement of a suit as necessarily decisive of the question : in which Court should this action proceed ?"); *The Oinoussin Pride*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 126, 134 (QB) (procédure concurrente engagée en Alabama, qui peut revendiquer le titre de for naturel de la cause; le juge constate en sus que la procédure américaine a bien progressé, puisqu'on en était déjà à la 'discovery').

<sup>2454</sup> *The Hooghly Mills Co Ltd v Seltron Pte Ltd*, [1995] SLR 773, commenté par J. PRAKASH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, T. KEANS SOOD (éd.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, (25-43), 34-35. En l'espèce une entreprise indienne réclamait devant les tribunaux de Singapour le paiement du prix pour des marchandises livrées à un client établi à Singapour. Celui-ci refusait de payer en invoquant les nombreux défauts dont ses propres clients s'étaient plaint. Il demanda au juge de Singapour de surseoir à statuer en déférence à une procédure qu'il avait lui-même introduit trois mois auparavant en Inde, dans laquelle il réclamait compensation pour les défauts dont la marchandise était affectée. La Cour ne porta guère attention au facteur temps, dès lors qu'il apparut que la procédure indienne n'avait pas progressé au-delà du stade préliminaire ; la seule action entreprise par le demandeur consistant à demander une injonction pour paralyser la procédure concurrente.

actions ». <sup>2455</sup> Et la jurisprudence américaine manifeste clairement sa volonté de tenir compte des résultats engrangés dans les deux procédures pour les départager. <sup>2456</sup> Ainsi dans l'affaire *Heuft*, une procédure avait été engagée en Allemagne quelques 4 ans avant que le tribunal américain soit à son tour saisi. La Cour ne s'attarda pas à la simple priorité de saisine, mais constata au contraire que la procédure allemande avait considérablement progressé, le stade préliminaire étant de loin dépassé. <sup>2457</sup>

Au contraire, lorsque le juge constate que la procédure étrangère n'en est qu'à ses débuts, l'existence d'une procédure concurrente ne reçoit que peu de poids. Dans une formule qui est aujourd'hui devenue rituelle, le tribunal du district est de Pennsylvanie a ainsi fait observer que « lorsque la procédure étrangère en est à ses débuts, il convient de rejeter la demande de sursis de la procédure du for ». <sup>2458</sup>

Même si à elle seule la progression de la procédure étrangère ne garantit pas que le 'stay sera accordé, <sup>2459</sup> cet élément renforce considérablement le poids accordé à la procédure concurrente. <sup>2460</sup>

<sup>2455</sup> *Ludgate Insurance Comp. Ltd. v. B. Frederik Becker*, 906 F. Supp. 1233, 1242 (D.C. N. D. Ill. 1995) : "priority should not be measured exclusively by which complaint was filed first, but rather in terms of how much progress has been made in the two actions".

<sup>2456</sup> Il s'agit là d'un des critères repris par la loi modèle de l'ABA déjà évoquée, dont la section 3(m) dispose que le juge doit tenir compte, pour déterminer le for approprié, de « the nature and extent of litigation that has proceeded over the dispute ».

<sup>2457</sup> *Heuft Systemtechnik GmbH v. Videjet Systems Int'l, Inc.* 1993 U.S. Dist. Lexis 6014 (N.D. Ill. May 5, 1993). La Cour met en avant l'économie de procédures qui résultera du sursis à statuer ("[...] staying this action pending the outcome of the German litigation will prevent needlessly duplicative discovery and proceedings, thus conserving judicial resources and sparing the parties the expense of pursuing and defending two like actions"). Dans le même sens, *Abdullah Sajid Rajab Al-Rifai & Sons W.L.L. v. McDormell Douglas Foreign Sales Corp.*, 988 F. Supp. 1285, 1292 (E.D. Miss. 1997) (procédure au Koweït "has significantly progressed through the Kuwaiti court system").

<sup>2458</sup> « When foreign litigation is in its incipiency, motions to stay domestic action are properly denied » : *I.A.J., Inc. d/b/a Northeast Jet Company, Inc. et al. v. Marine Holdings, Ltd., Inc. et al.*, 524 F. Supp. 197, 199 (E. D. Penn. 1981). V. aussi *Brinco Mining Ltd. v. Federal Insurance Company*, 552 F. Supp. 1233, 1241-1242 (District Court District of Columbia 1982) (en l'espèce la Cour constate que la procédure canadienne est déjà bien engagée) ; *Ronar Inc. v. Michael Wallace et al.*, 649 F. Supp. 310, 319 (SDNY 1986) (la procédure allemande n'en est qu'à ses débuts) ; *Sunatuno Corp. v. Panakopi Compania Maritima*, 477 F. Supp. 737 (SDNY 1979) (la procédure grecque n'en est qu'à ses débuts) ; *Finou Capital Corp. v. Ryan Helicopters U.S.A., Inc. et al.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14161 (7<sup>th</sup> Cir. June 25, 1999) (procédure étrangère "is still in its preliminary stage", et la cour de noter "the relative infancy of the St Lucia proceedings") ; *Victor Posner, Security Management Corporation v. Essex Insurance Company, Ltd.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14021, p. 39 (11<sup>th</sup> Cir., June 25, 1999) ("little progress has been made in the Bermuda action", 39) ; *Nycal Corporation v. Inco PLC and Dovershire N.V.*, 968 F. Supp. 147, 149 (S.D.N.Y. 1997) ("the UK litigation is still in the preliminary stages and could be dismissed without a determination on the merits [...]") ; *Ludgate Insurance Co. Ltd. v. B. Frederik et al.*, 906 F. Supp. 1233, 1242 (D.C. N. D. Ill. 1995) ("although the English action was brought 6 months before this one, it has not advanced significantly further than the one before us") ; *Diego J. Herstein v. Martin E. Bruetman et al.*, 743 F. Supp. 184, 187 (SDNY 1990) ("The Argentine proceedings are in their preliminary stages").

<sup>2459</sup> P. ex. *Evergreen Marine Corp. v. Welgrow Int'l, Inc.*, 942 F. Supp. 201 (SDNY 1996). La procédure initiée par Evergreen devant le tribunal de commerce de Anvers précédait de près de 5 mois la procédure dont il a saisi les tribunaux américains. La Cour refusa cependant le sursis à statuer parce que la compétence du tribunal belge était contestée. Après que le défendeur ait promis de ne pas contester la compétence du tribunal belge, la Cour accorda le sursis à statuer (954 F. Supp. 101 (SDNY 1997)).

<sup>2460</sup> P. ex. J. HILL, *International Commercial Disputes*, Londres, LLP, 1998, 265 ("[...] the court is more likely to grant a stay if the foreign proceedings are already well advanced when the English proceedings are commenced. Conversely, the Court will refuse to stay English proceedings if [...] the proceedings are still at a preliminary stage [...]"); R. FENTIMAN, "Jurisdiction, Discretion and the Brussels Convention", *Cornell Int'l L.J.*, 1993, (59), 74 ("[...] there is powerful evidence that a court will tend to stay English proceedings when there is a prior action pending abroad". Et l'auteur d'ajouter que pour qu'il en soit ainsi, "[...] the foreign proceedings will have to be some way advanced"); J. D. MCCLEAN, *l.c.*, *I.C.L.Q.*, 1969, (931), 935 (dans les procédures strictement parallèles, "the court [...] attaches some importance to the order in which the proceedings were commenced. The court is more likely to stay the second action. [...] This seems entirely proper, as the defendant will often have taken steps and

542. *Forum non conveniens* et nature de la procédure – Tout comme l'état d'avancement de la procédure étrangère, la nature de cette procédure peut également influencer l'importance que le juge anglais lui accorde. Lord Goff avait déjà souligné l'importance de cette circonstance dans l'affaire de *Dampierre*, lorsqu'il évoquait l'exemple d'une procédure engagée devant un juge étranger dans l'unique but de démontrer l'existence d'une compétence concurrente.<sup>2461</sup>

Lorsqu'elle est engagée à titre uniquement 'exemplatif', la procédure n'aura pas un grand poids sur l'appréciation de l'opportunité du 'stay'. Il en ira de même lorsque l'instance étrangère n'a été engagée qu'à titre purement conservatoire, par exemple pour interrompre un délai de prescription.<sup>2462</sup> Ainsi dans une espèce où le propriétaire d'un navire avait d'abord assigné ses assureurs en Belgique avant de formuler la même demande en Angleterre, les juges anglais ont-ils invoqué, pour rejeter la demande de 'stay' des assureurs, la circonstance que la procédure engagée en Belgique ne l'avait été que pour éviter la prescription du droit d'action.<sup>2463</sup>

543. *Forum non conveniens* et nature de la procédure (suite) – La procédure étrangère sera également de peu de poids lorsqu'elle traduit une tentative manifeste et abusive de *forum shopping*,<sup>2464</sup> ce qui sera souvent le cas lorsqu'il s'agit d'une action dénégatoire. On a déjà évoqué la défaveur qui affecte ce type d'action. L'action dénégatoire est considérée par les tribunaux anglais comme l'instrument par excellence du *forum shopping*. L'existence devant un juge étranger d'une telle action, engagée préventivement, ne pèsera dès lors pas d'un grand poids dans la balance.

La réticence des tribunaux anglais face au recours à l'action dénégatoire comme tactique visant à bloquer la reconnaissance d'une future décision étrangère n'est pas neuve.<sup>2465</sup> Ainsi dans l'affaire de la *First National Bank of Boston*, les juges de la Cour d'Appel ont-ils

incurred expenses in preparation for defending the action in the jurisdiction first selected"). On remarquera que le facteur chronologique joue le même rôle dans l'appréciation de l'opportunité de l'injonction *anti-suit*. L'injonction sera d'autant plus facilement accordée que le for a été saisi avant le tribunal étranger. L'examen de la jurisprudence américaine apprend ainsi que dans la plupart des cas, l'interdiction de procéder visait une procédure étrangère antérieure à celle du for, comme l'a constaté un tribunal de Californie in *Peter Conroy Robinson v Jardine Insurance Broker Int'l. Ltd.*, 856 F. Supp. 554, 560 (N.D. Cal. 1994) (la Cour observe que "Plaintiffs has not pointed to any precedent for a federal district court enjoining an earlier-filed foreign proceeding").

<sup>2461</sup> « If one party has commenced the proceedings for the purpose of demonstrating the existence of a competing jurisdiction » : de *Dampierre*, [1988] 1 AC 92, 108. A ce type de procédure, Lord Goff opposait l'instance qualifiée de "genuine".

<sup>2462</sup> *Comp. avec Attorney General v Arthur Andersen & Co and Others*, [1989] EEC 224 : en l'espèce, le demandeur s'était d'abord adressé aux tribunaux américains et n'avaient saisi le tribunal anglais qu'à titre purement conservatoire, pour éviter l'écoulement du délai de prescription et ce par ce qu'il n'était pas encore certain que le tribunal américain accepte de se saisir de l'affaire, sa compétence étant contestée par les défendeurs.

<sup>2463</sup> *Irish Shipping Ltd. V. Commercial Union Assurance Co plc*, [1991] 2 QB 206; [1989] 3 All ER 853, [1990] 2 WLR 117, [1989] 2 Lloyd's Rep. 144 (C.A.). En réalité la crainte des propriétaires du navire s'est révélée infondée; ils avaient été induit en erreur par leurs assureurs qui avaient refusé de révéler certaines données du contra.

<sup>2464</sup> *P. ex. Meridien Biao Bank GmbH v Bank of New York*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 43, 47 (C.A.) (la Cour d'Appel approuve la décision du juge de première instance qui avait refusé le stay en faveur d'une procédure américaine, en notant que "the Deputy judge rightly regarded the bank's conduct in bringing proceedings in New York as forum shopping of the worst kind" par Millet LJ). V. aussi *The Vishva Akha*, [1990] Lloyd's Rep. 312 (stay refusé en faveur d'une procédure sud-africaine notamment parce que celle-ci n'avait pu être engagée qu'à la faveur de la présence forcuite d'un navire du défendeur dans un port sud-africain).

<sup>2465</sup> V. déjà *Guaranty Trust Comp. of New York v Hamray & Co.*, [1915] 2 K.B. 536, 564-565 (procédure engagée en Angleterre pour obtenir une déclaration alors qu'une procédure était déjà pendante aux Etats-Unis); *Carrilla Cotton Oil Co. v Granadec SA* [1976] 2 Lloyd's Rep. 10 (idem, mais cette fois-ci la procédure concurrente était pendante en Suisse).

clairement manifesté leur réprobation envers la procédure dont ils avaient été saisis, à savoir une action dénégatoire engagée par la demanderesse après qu'une importante somme lui appartenant ait fait l'objet d'un séquestre en Suisse, prélude à une action au fond dans ce pays.<sup>2466</sup> Les juges y virent un « exemple manifeste » de forum shopping.<sup>2467</sup> Après avoir rappelé la défaveur affectant les procédures concurrentes, le juge Russell expliqua que « lorsque les procédures concurrentes prennent la forme, comme en l'espèce, d'une demande de déclaration négative, les objections sont encore plus fortes ».<sup>2468</sup>

Le préjugé défavorable qui affecte ce type de demande se traduit en pratique par un renversement de la charge de la preuve : il appartiendra au demandeur de démontrer que son action poursuit un « but utile »,<sup>2469</sup> alors qu'en règle générale, c'est au défendeur de convaincre le tribunal que la procédure étrangère mérite d'être privilégiée. En somme l'existence d'une action dénégatoire ne sera que d'un très faible poids dans la décision du juge.<sup>2470</sup>

**544. *Forum non conveniens* et identité des litiges** – Enfin, et même si l'identité entre les litiges n'est pas en droit anglais, entendue de façon aussi formelle que dans la tradition romano-germanique, il demeure que les tribunaux anglais sont sensibles au degré d'identité entre les litiges. Ainsi, l'existence d'une procédure concurrente se verra accorder un poids d'autant plus important qu'elle coïncide exactement avec l'enjeu du litige dont est saisi le juge anglais. Au contraire lorsque les procédures opposent des parties différentes<sup>2471</sup> ou que les questions litigieuses sont différentes,<sup>2472</sup> l'impact de la procédure concurrente diminuera d'autant.

**545. Conclusion** - Le droit anglais a fait de la concurrence de procédures une circonstance 'pertinente, sans être péremptoire' dans la détermination du for approprié. On a vu que la pertinence du conflit de procédures, fruit des circonstances historiques qui ont entouré l'apparition et l'évolution du *stay* en Angleterre, était fonction des circonstances particulières de chaque espèce. Au total, la route a été longue depuis les débuts du '*plea of lis alibi pendens*'. Il est temps maintenant d'examiner quelles leçons on peut tirer de l'évolution du droit anglais.

<sup>2466</sup> *First National Bank of Boston v UBS*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.).

<sup>2467</sup> [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.) : "blatant example" (juge Kerr).

<sup>2468</sup> « As a general rule, concurrent proceedings in different jurisdictions are not to be encouraged ; they can lead to inconsistent judgments and they can undermine comity. Furthermore, where those concurrent proceedings take the form, as in this case, of an application for the discretionary relief of a negative declaration, the objections become all the stronger » : [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.)

<sup>2469</sup> Formule utilisée par Lord Wilberforce in *Camilla Cotton Oil*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 10, 14 et reprise in *First National Bank of Boston v UBS*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.)

<sup>2470</sup> Que cette procédure ait été engagée en Angleterre, auquel cas l'exception de for inapproprié sera accordée, ou à l'étranger, auquel cas l'exception ne sera que rarement accordée. Au contraire, dans ce cas, le tribunal anglais pourra faire droit à une demande d'interdiction de procéder.

<sup>2471</sup> P. ex. *The Vishva Abha* [1990] 2 Lloyd's Rep. 312, 314 (le tribunal relève le fait que « the litigation in this country [...] is not between the same parties as the litigation currently pursued in South Africa [...] »).

<sup>2472</sup> P. ex. *Meridien Biao Bank GmbH v Bank of New York*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 437, 422 (C.A.) (en première instance, le juge avait refusé le 'stay' sollicité en faveur d'une procédure concurrente pendante à New York. Pour ce faire, il avait notamment invoqué l'absence d'identité entre les deux actions : « I am far from satisfied that there is any genuine issue in the New York proceedings which overlaps with the English proceedings ». La Cour d'Appel se déclara d'accord, par la voix de Millet LJ, avec ce raisonnement).

## B. Le caractère approprié des fors, une base raisonnable pour la déférence ?

**546. Introduction** - Le concept de for 'approprié' ou 'naturel', dans toutes ses déclinaisons, peut-il servir de fondement à une règle de déférence internationale ? Voilà la question à laquelle nous tenterons de répondre. Ce concept a connu un succès considérable dans la réflexion sur les conflits de juridictions, au point qu'on a voulu l'importer dans les pays de tradition civile. Mlle. *Chalas* a ainsi récemment proposé d'admettre une clause générale à la compétence juridictionnelle, dont elle a d'ailleurs fourni un texte précis.<sup>2473</sup> Sa proposition vise à conférer au juge français - et éventuellement à d'autres juridictions - un pouvoir d'appréciation qui pourrait l'amener à refuser de statuer lorsqu'il est établi qu'un autre for est clairement plus approprié pour statuer sur le litige. De façon fort classique, elle compte parmi les facteurs qui doivent fonder l'appréciation du juge de l'exception, « l'existence d'une action en justice identique ou connexe entamée à l'étranger [...] ».<sup>2474</sup>

Cette suggestion aboutit à subordonner la résolution des conflits de procédures au mécanisme du for inapproprié, comme c'est le cas en droit anglais. Dans cette optique, il n'y aurait plus lieu de recourir à une technique particulière pour résoudre la concurrence de procédures ; celle-ci pourrait être appréhendée de façon satisfaisante par le biais d'une exception générale fondée sur l'idée de for inapproprié.<sup>2475</sup> Cette approche est pour le moins séduisante, surtout quand on la compare au traditionnel déclinator de litispendance fondé sur la chronologie des procédures. Elle permet d'éviter l'apparent arbitraire de la priorité chronologique, tout en faisant disparaître l'inconvénient de la course au for à laquelle cette priorité peut conduire (*infra*, n° 631).

De plus, il faut bien avouer que déterminer la priorité des fors en se fondant sur les circonstances individuelles de chaque espèce, pour apprécier la légitimité respective des fors concurrents, constitue une approche plus fine, plus sophistiquée que la 'guillotine' du juge premier saisi. Qui ne voudrait pas substituer la neutralité mécanique et froide de la litispendance pour une règle toute entière fondée sur l'*Einzelfallgerechtigkeit* ? On aurait l'impression de quitter 'l'âge des cavernes' des conflits de juridictions pour laisser place à une méthode 'civilisée',<sup>2476</sup> sans compter que le cauchemar de la définition du moment de la saisine des tribunaux (*infra*, n° 597) appartiendrait lui aussi au passé.

Bref, à première vue, le *forum non conveniens* semble de loin préférable à la priorité de saisine pour trancher la concurrence de procédures. Nous pensons toutefois que comme principe de solution des conflits de procédures, l'idée du for plus ou moins approprié n'est pas satisfaisante. Il ne s'agit pas ici d'examiner s'il serait opportun d'introduire une telle clause d'exception pour corriger les conséquences parfois insatisfaisantes des règles de compétence.<sup>2477</sup> La question est autre : elle est de savoir si l'on peut légitimement

<sup>2473</sup> CH. CHALAS, 700-701. V. aussi A. NUYS, spéc. pp. 732-738.

<sup>2474</sup> Idem, 701, tout en précisant que le juge doit également tenir compte de la "nature positive ou déclaratoire négative" de l'action en justice.

<sup>2475</sup> Il semble toutefois que dans l'esprit de Mme. *Chalas*, la clause d'exception déduite du *forum non conveniens* vienne compléter le déclinator de litispendance dont elle dénonce la rigidité susceptible de donner lieu à des « détournements » et non la remplacer purement et simplement.

<sup>2476</sup> V. la réflexion de Lord Goff in *Airbus Industrie GIE v Jaisueh Arjun Bhai Patel and others*, [1998] 2 All.E.R. 257, 263, qui explique que la doctrine du *forum non conveniens* "can be regarded as one of the most civilised principle".

<sup>2477</sup> Cette étude n'est pas le lieu d'entrer dans ce débat. La question de savoir si, dans quelle mesure, et sous quelle forme, il y a lieu d'introduire un correctif judiciaire aux règles de compétence internationale dans les pays de tradition romano-germanique, est passionnante. Elle a récemment fait l'objet de deux synthèses majeures, v. les

attendre d'une telle clause, à supposer qu'elle existe, qu'elle prenne également en charge les conflits de procédures. C'est uniquement à cette dernière question que nous allons tenter de répondre.

**547. For approprié et procédures concurrentes, des objectifs parfois inconciliables** - Une première critique qui peut être faite à la pratique anglaise est de pratiquer un malencontreux mélange des genres. Le *forum non conveniens* ne poursuit en effet pas nécessairement les mêmes objectifs qu'une règle de conflit de procédures. Alors que la seconde vise à trancher la concurrence de procédures, le premier est tout entier dévolu à l'impératif du 'juge naturel'<sup>2478</sup> : l'exception de for inapproprié, aussi bien dans sa version négative que dans sa version positive, a pour objectif de garantir que le litige soit soumis au juge qui en est le plus 'proche', ou du moins à éviter qu'il ne soit porté à la connaissance d'un juge dénué de tout lien significatif avec l'affaire. Les deux préoccupations, dont aucune ne doit a priori être rejetée,<sup>2479</sup> ne seront pas toujours compatibles. C'est ce que révèle l'expérience des tribunaux anglais.

On a vu que selon la formule adoptée par la Chambre des Lords, l'octroi du 'stay' demeure tout entier soumis à l'impératif du for approprié (*supra*, n° 535). L'absence d'autonomie du conflit de procédures signifie que cette circonstance n'aura pas d'influence sur le *but* assigné à la doctrine du *forum non conveniens* : que le for étranger ait ou non été saisi, l'exception de for inapproprié ne se préoccupe pas de mettre fin au conflit de procédures, mais bien d'éviter que le tribunal anglais se prononce sur un litige qui n'appartient pas à sa sphère 'naturelle' de compétence. En d'autres termes, dès lors que le litige présente des liens suffisants avec l'Angleterre, l'exception de for inapproprié sera rejetée, quelles qu'en soient les conséquences sur la poursuite du conflit de procédures.<sup>2480</sup>

Lorsque l'accueil de l'exception de for inapproprié met fin au conflit de procédures, c'est dès lors uniquement parce que le litige n'appartenait pas à la sphère de compétence du juge anglais, et non parce que celui-ci avait pour mission d'éviter la concurrence de

---

études de CH. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 2 vol., 753 p. et A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens (Étude de droit international privé comparé)*, Thèse dactyl., Université Libre de Bruxelles, 2002, 3 vol., 769 p.

<sup>2478</sup> La jurisprudence anglaise ne fait pas expressément référence au concept de 'for naturel' pour exprimer le lien que cherche à garantir l'exception de for inapproprié. On retrouve toutefois cette expression sous la plume de Dicey et Morris (éd. 2000). Elle nous semble particulièrement adéquate pour traduire l'idée du *forum non conveniens*, que les tribunaux anglais n'ont jamais limité à un simple 'for de la proximité'. L'exception de for approprié peut en effet également s'inspirer de considérations liées à la souveraineté ou encore à la territorialité, dans la mesure où le juge 'approprié' peut être par exemple celui de la nationalité commune des parties.

<sup>2479</sup> Et les juges anglais reconnaissent généralement qu'il convient d'éviter les conflits de procédures, générateurs d'un surcroît de dépenses et d'insécurité juridique : p. ex. Lord Diplock, dans *The Abidin Daver*, [1984] A.C. 398, 411-412 et dans la même affaire, Lord Brandon, [1984] A.C. 398, 423 ("[...] if concurrent actions in respect of the same subject matter proceed together in two different countries [...] one or other of two undesirable consequences may follow : first, there may be two conflicting judgments of the two courts concerned ; secondly, there may be an ugly rush to get one action decided ahead of the other, in order to create a situation of *res iudicata*, or issue estoppel in the latter"). V. également *E. I. du Port de Nemours & Co v Agnew*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 585, 589 ("[t]he policy of the law must [...] be to favour the litigation of issues only once, in the most appropriate forum" - par Bingham LJ); dans le même sens, *Smyth v Beebehami* (1999), *The Times*, 9 avril (CA) et *New Hampshire Insurance Co v Aerospace Finance Ltd.*, [1998] 2 Lloyd's Rep. 539; *First National Bank of Boston v UBS*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.) ("the obvious and well-settled principle that it is undesirable for the same issues to be litigated concurrently in two jurisdictions [...]"). *Cons.* également A. BRIGGS et P. REES, 1997, 199 ("In general, the interests of justice do not favour two courts each hearing the same or a related dispute").

<sup>2480</sup> C'est ce qu'explique CH. CHALAS, (246), qui note que « le juge refusera de suspendre [sa procédure] si le défendeur ne peut rapporter la preuve que le tribunal étranger concurrentement saisi est distinctement plus approprié que le tribunal anglais, même si ce refus devait conduire à la poursuite de deux procédures parallèles » (nous soulignons). V. aussi G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *ac*, Cowansville, Y Blais, 1998, 321, n° 136.

procédures. La résolution éventuelle du conflit de procédures n'est en réalité qu'un 'effet secondaire' du *forum non conveniens* et non le but premier de la doctrine. On pourrait presque dire que si le *forum non conveniens* met fin à une concurrence de procédures, c'est uniquement par accident ! C'est ce qu'illustre l'affaire *Meadows Indemnity*.<sup>2481</sup>

**548. For approprié et procédures concurrentes, des objectifs parfois inconciliables (suite) – l'affaire *Meadows Indemnity*** – En l'espèce, le litige portait sur un contrat d'assurance crédit conclu entre une banque anglaise et un assureur irlandais, qui avait pour objet de garantir un prêt consenti à un entrepreneur en vue de l'acquisition d'une propriété immobilière située en Grèce. Ce dernier se trouvant dans l'impossibilité de rembourser le prêt, se posait la question de savoir qui allait supporter le risque de défaillance du débiteur. La banque anglaise ouvrit les hostilités en demandant remboursement de la somme prêtée à l'assureur irlandais. N'obtenant pas satisfaction, elle saisit les tribunaux du domicile de son cocontractant. Peu de temps après, une troisième partie, un réassureur établi à Guernsey, qui avait accepté de reprendre à sa charge une partie du risque, s'en fut chercher justice auprès des tribunaux anglais, à qui il demandait de déclarer le contrat de réassurance nul et non avvenu.

Les deux procédures firent l'objet d'attaques croisées de la part des défendeurs. Les tribunaux irlandais rejetèrent tout d'abord une demande de 'stay'.<sup>2482</sup> Les défendeurs devant les tribunaux anglais tentèrent ensuite de faire échouer cette instance par le jeu de l'exception de for approprié. Invoquant l'autorité de Lord Diplock, qui dans la décision *The Abidin Daur* avait laissé entendre qu'un test modifié devait s'appliquer en cas de conflit de procédures (*supra* n° 531), le conseil des défendeurs tenta de convaincre le juge que "lorsqu'une action est déjà pendante devant le juge étranger, ceci suffit en tant que tel à faire du for étranger un for clairement et manifestement plus approprié que le for anglais".<sup>2483</sup>

Le juge *Hirst* reconnut qu'il était confronté à une « question de principe » ("a basic dispute of principle"), à savoir déterminer si le test applicable pour juger du caractère approprié du tribunal anglais devait s'appliquer tel quel lorsque le tribunal étranger concurrent avait déjà été saisi. Il commença par rappeler l'aversion du droit anglais pour la concurrence de procédures.<sup>2484</sup> Le juge refusa toutefois de suivre la suggestion du conseil ; il expliqua que "le caractère en principe néfaste de la concurrence de procédures ne constitue toutefois qu'une des circonstances qui entre en compte dans l'évaluation globale. Elle ne conduit pas de façon nécessaire à l'octroi d'un sursis".<sup>2485</sup> Se référant au dictum de Lord Goff dans l'affaire *de Dampierre* (*supra*, n° 534), le juge conclut que "l'existence d'une procédure concurrente est un facteur pertinent dans l'équation lorsque la Cour est amenée à déterminer si le tribunal étranger est manifestement plus approprié selon le standard dégagé dans l'affaire *Spiliada* [...]. Son poids dépendra de toutes les circonstances, en ce compris l'état d'avancement de la procédure étrangère. Mais je ne suis pas du tout convaincu qu'il s'agisse d'un facteur à ce point important qu'il fasse en

<sup>2481</sup> *Meadows Indemnity Co. Ltd. v Insurance Corporation of Ireland Ltd. et al.*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 (QB).

<sup>2482</sup> Cour Suprême d'Irlande, 14 avril 1988, cité dans la décision anglaise.

<sup>2483</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : "there is already in existence a genuine action brought abroad, that this in itself per se renders the foreign forum clearly and distinctly more appropriate than the English forum".

<sup>2484</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : "The policy of the law must nonetheless be to favour the litigation of issues only once, in the appropriate forum".

<sup>2485</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : "the general undesirability of such concurrent proceedings is, however, but one consideration to be weighed as part of the overall assessment. It cannot necessarily lead to a stay or setting aside of English proceedings".



tant que tel du for étranger le for plus approprié, et conduite à un renversement de la charge de la preuve”<sup>2486</sup>.

Partant le juge entreprit d'examiner l'ensemble des circonstances de la cause pour déterminer à la lumière du test dégagé dans l'arrêt *Spiliada* lequel des deux fors était le plus approprié. Il constata que le litige n'était aucunement lié à l'Irlande, les parties ni les témoins n'y étant domiciliés et la *lex causae* étant celle de Guernsey. La simple circonstance que le juge irlandais était déjà saisi, et que le 'trial' en Irlande pouvait débiter dans l'année, ne fut pas de nature à renverser la balance en faveur de l'Angleterre. Le juge rejeta dès lors le 'stay'.<sup>2487</sup>

**549. For approprié et procédures concurrentes, des objectifs parfois inconciliables (suite et fin)** – On voit comment le caractère approprié du for triomphe largement du souci de mettre fin au conflit de procédures, réduit à une simple circonstance parmi d'autres dans l'appréciation du caractère approprié des fors. L'indifférence relative des tribunaux anglais face au conflit de procédures a pour effet que le 'stay' sera refusé s'il n'est pas prouvé que le tribunal étranger est mieux placé pour connaître de la cause, et ce même si cette décision laisse subsister le conflit de procédures.<sup>2488</sup>

En d'autres termes, il peut exister une *tension* entre l'objectif de prévention des conflits de procédures et celui de garantir le caractère approprié du for. Dans la version anglaise du *forum non conveniens*, ce dernier triomphera largement du premier. Les choses peuvent aller encore plus loin. L'étude de la jurisprudence américaine révèle en effet que le rôle des conflits de procédures au sein de l'équation globale du *forum non conveniens* est plus ténu encore. Si cette circonstance a reçu une consécration plus ou moins officielle en droit anglais comme étant pertinente – ce qui s'explique sans doute par l'histoire du développement du 'stay' en Angleterre, les procédures concurrentes ayant occupé une

<sup>2486</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : "the existence of foreign proceedings is a relevant factor in the equation when the Court has to consider whether the foreign forum is clearly more appropriate under the *Spiliada* test, particularly in view of the inherent undesirability of two concurrent sets of proceedings; its weights will depend on all the circumstances including the state of advance of the foreign action. But I am wholly unpersuaded that it is a decisive factor in the equation so as to establish per se the foreign forum as more appropriate, and shift the burden of proof".

<sup>2487</sup> [1989] 1 Lloyd's Rep. 181 : "giving full weight to those aspects which favour Ireland [...] and to the undesirability of two concurrent sets of proceedings, [the defendant] has completely failed to satisfy me that Ireland is clearly and distinctly the more appropriate forum".

<sup>2488</sup> *P. ex. E. I. du Port de Nemours & Co v Agnew & Kerr*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 585 (le tribunal anglais refuse de se dessaisir au profit d'une procédure pendante devant les tribunaux de l'Illinois, parce que le for anglais est mieux placé pour trancher le litige, notamment en raison de l'applicabilité du droit anglais) ; *The Varma*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 41, 47 (le tribunal reconnaît la "general undesirability of concurrent proceedings", mais s'empresse de préciser qu'il ne s'agit là que d'une "important factor" et non d'une considération décisive) ; *Chase et al. v Ram Technical Services*, [2000] Lloyd's Rep. 418, 421 (l'existence d'une procédure concurrente est une "compelling consideration", sans toutefois être à elle seule décisive ; en l'espèce, le for canadien est jugé être plus approprié) ; *The Vishva A Bab*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 312, 315 (le tribunal reconnaît que le rejet du stay exposera les parties à des dépenses supplémentaires, mais ne peut se résoudre à surseoir à statuer en raison de la nature purement fortuite de la compétence revendiquée par le tribunal Sud-Africain, qui s'appuie sur la seule saisie du navire dans un port sud-africain) ; *Meridien Biao Bank GmbH v Bank of New York*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 437, 441 (CA) (le tribunal reconnaît d'emblée que « lis alibi pendens is, of course, often a decisive point in favour of an application for a stay because of the burden and expense of having two sets of proceedings and because of the risk of inconsistent findings, but in the present case, I consider the plea of lis alibi pendens to be of little weight for a number of reasons », notamment le fait que la compétence du juge américain était douteuse). V. également l'opinion dissidente du juge Brown dans l'affaire *First National Bank of Boston v UBS*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (CA) (le juge refuse, au contraire de ses deux collègues, d'accorder le stay en faveur de la procédure suisse. Il explique que « Unfortunately, this will probably result in the continuance of parallel proceedings in Switzerland and England, but that is not an uncommon situation and seems to me unavoidable in the present case »).



place importante tant dans les premières décisions du 19<sup>ème</sup> siècle que lors de la 'révolution' des années 1970 – il n'en va pas de même en droit américain.

**550. For approprié et procédures concurrentes, la version américaine** - C'est en vain que l'on chercherait une quelconque indication du poids à accorder, lors de la détermination par le juge américain du for approprié, à la circonstance que le litige a déjà fait l'objet d'une procédure concurrente devant un tribunal étranger. La Cour Suprême n'a à notre connaissance jamais évoqué la question.<sup>2489</sup>

Au vrai l'absence d'indication expresse de la part de la Cour Suprême ne signifie pas que les tribunaux ne peuvent d'aucune façon tenir compte de l'existence d'un conflit de procédures dans la détermination du for approprié. On sait en effet que, comme c'est le cas en droit anglais,<sup>2490</sup> la version américaine du *forum non conveniens* ne constitue pas un mécanisme enfermé dans des limites précises, dont chaque élément aurait été identifié et répertorié. La Cour Suprême a au contraire insisté sur la nature purement exemplative des facteurs qui doivent fonder l'appréciation du juge.<sup>2491</sup>

Rien n'empêche dès lors un tribunal américain d'inclure dans son appréciation discrétionnaire une référence à l'existence d'un conflit de procédures. On constate en effet que dans certaines décisions, les juges accordent une certaine importance au fait qu'une procédure concurrente soit déjà en cours dans le for étranger. Dans un litige tranché en 1980, la Cour d'Appel du deuxième circuit était confrontée à l'existence d'une procédure concurrente en Belgique, qui était l'œuvre d'un assureur cherchant à obtenir une déclaration l'exonérant de toute obligation d'indemnisation d'un dommage causé à certaines marchandises lors d'un transport maritime. La Cour fit droit à l'exception de for plus approprié invoquée par la compagnie d'assurance et débouta le preneur d'assurance qui cherchait à obtenir compensation. Dans son analyse des facteurs d'intérêt public, la Cour prit soin de noter que « l'économie de procédures sera mieux servie si l'espèce est jugée en Belgique, où les tribunaux sont saisis d'une demande formulée par l'assureur ; en accordant le stay, [...] on évitera une multiplication inutile de l'administration de la preuve et un gaspillage des ressources de l'appareil judiciaire ».<sup>2492</sup>

En l'espèce, ce facteur n'a pas été à lui seul déterminant ; il est venu renforcer la présomption en faveur du tribunal belge, que les autres éléments de la cause désignaient comme étant le for approprié.<sup>2493</sup> D'autres tribunaux ont également évoqué l'existence d'un conflit de procédures dans leur appréciation du caractère approprié des fors, le plus

<sup>2489</sup> Encore une fois, ceci s'explique puisqu'aucune des décisions de principe de la Cour ne mettait en jeu un conflit avéré de procédures. De plus on a vu que le droit américain possédait un jeu varié de règles visant spécifiquement cette question.

<sup>2490</sup> *Spiliada Maritime v Cansulex*, [1987] AC 411, 465 : « the factors which the court is entitled to take into account in considering whether one forum is more appropriate are legion. The authorities do not, perhaps cannot, give guidance as to how these factors are to be weighed in any particular case ».

<sup>2491</sup> *Gulf Oil v Gilbert*, 330 U.S. 501, 508 (1947) « Wisely, it has not been attempted to catalogue the circumstances which will justify or require either grant or denial of remedy. The doctrine leaves much to the discretion of the court to which the plaintiff resorts » et « If the combination and weight of factors are difficult to forecast or state, those to be considered are not difficult to name ». V. également *Van Cauwenberghe v Bariel*, 486 U.S. 517, 528 (1988) (« [the] list of consideration to be balanced is by no means exhaustive, and some factors may not be relevant in the context of a particular case »).

<sup>2492</sup> *Cavalo Growers of California v Generali Belgium et al.*, 632 F.2d 963, 967-968 (2d Cir. 1980) : « [...] judicial efficiency will be served by trying this case in Belgium, where the underwriters' action is already in progress; by dismissing this suit [...] needless duplication of proof and waste of judicial resources will be avoided ».

<sup>2493</sup> A savoir l'application du droit belge, la majorité des témoins et des parties en Belgique, le contrat conclu et négocié en Belgique.

souvent au titre de facteur d'intérêt public, à savoir le souci de garantir l'économie de procédures, qu'une consolidation des deux procédures permettrait d'atteindre.<sup>2494</sup>

Il reste que l'influence du conflit de procédures dans l'application de la doctrine du *forum non conveniens* aux Etats-Unis reste discrète et indirecte. Non seulement le rôle de la concurrence de procédures n'a pas été codifié par la jurisprudence, au contraire de ce qui s'est passé en droit anglais. Si ce facteur intervient, ce sera dès lors seulement de manière *indirecte*, au détour d'un autre facteur comme celui de l'économie de procédures ou encore celui de la disponibilité des témoins.<sup>2495</sup> En outre, tout comme en droit anglais, ce facteur ne sera pas à lui seul déterminant. Il ne jouera un rôle que lorsque le for étranger est en soi plus approprié, la concurrence de procédures renforçant alors la présomption en faveur de l'exception.

On peut conclure, avec Mlle. Chalas, que « [s]i le [forum non conveniens] reste disponible [en cas de conflit de procédures] et constitue par nature un moyen de mettre un terme au conflit en permettant à la justice du for de renoncer à se réaliser, l'existence d'un conflit de procédures n'exerce à cet égard qu'une faible influence sur l'appréciation du juge ».<sup>2496</sup>

**551. For approprié et procédures concurrentes, la version américaine (suite) -**  
La version américaine du *forum non conveniens* se montre certainement plus indifférente au

<sup>2494</sup> P. ex. *Ludgate Insurance Co Ltd. v B. Frederik et al.*, 906 F. Supp. 1233, 1238 (D.C. N.D. Ill 1995) (procédures concurrentes en Angleterre et aux Etats-Unis opposant l'acheteur et le vendeur d'une société ; le tribunal note que « When an action can be consolidated efficiently with pending litigation in an alternative forum, dismissal for forum non conveniens is favored ». Et la Cour d'ajouter que « The purpose of favoring dismissal when consolidation in a foreign forum is possible, is to promote the efficiency of the courts and to save judicial and litigation resources » (906 F. Supp. 1233, 1239). En l'espèce toutefois le tribunal rejeta l'exception en raison de la différence trop marquée entre les procédures que pour justifier un dessaisissement, qui ne servirait pas l'économie de procédures : « Little if anything would be saved if the English action and the one before us were brought together in a single jurisdiction » ; *Barco Norrines Ltd. et al. v Iroquois Brand Ltd.*, 748 F. Supp. 1070, 1076 (D. Del. 1990) (litige faisant suite à la vente d'une société, trois des actionnaires intentent un procès en Angleterre pour récupérer le prix de vente ; cette première procédure est suivie d'une autre aux Etats-Unis ; les défendeurs invoquent l'exception de for inapproprié. Le tribunal considère la concurrence de procédures lorsqu'il examine les facteurs d'intérêt public et en particulier « any other burdens imposed on the forum ». Il note que « hearing this case in Delaware would result in this court repeating many of the steps that are being conducted in England in the other litigation arising out of these eight contracts [...]. The Defendant will raise the same defense in each case. Many of the witnesses in each case will be identical. Much of the evidence presented in each case will be the same. It is a waste of judicial resources to require two courts to attend to this matter when there is a chance that the cases could be consolidated in England. This factors weighs in favor of dismissing the case so that it may be pursued in England ». Le tribunal fit droit à l'exception) ; *K. R. Jayaraman v Salomon Inc.*, 1991 WL 61071, 1991 U.S. Dist. Lexis 4205 (S.D.N.Y. 3 avril 1991) (procédure concurrente en Malaisie, le tribunal new-yorkais fait droit à l'exception de for plus approprié après avoir constaté que le tribunal malais est mieux placé pour connaître de la cause. Il note que « the similarities in the claims and the identity of certain important evidence provides an indication that the Malaysian courts is a convenient forum to try the issues ») ; *Mahmoud Fustak v Banque Populaire Suisse et al.*, 546 F. Supp. 506, 512-513 (S.D.N.Y. 1982) (procédures concurrentes en Suisse et aux Etats-Unis à l'occasion d'allégations de fraude dans le chef de la banque lors de la gestion de sommes appartenant au demandeur. Examinant l'exception de for plus approprié, le tribunal note que « Since [...] the pending action in the Swiss court is available to afford full relief to the plaintiff upon all the claims here advanced, the simultaneous maintenance of this action would result in needless duplication and an utter waste of judicial resources, and would unnecessarily delay litigants [...] »).

<sup>2495</sup> P. ex. *Barco Norrines Ltd. et al. v Iroquois Brand Ltd.*, 748 F. Supp. 1070, 1076 (D. Del. 1990) (le tribunal note que l'existence d'une procédure concurrente en Angleterre compliquera l'administration de la preuve, et en particulier l'audition des témoins qui seront doublement sollicités : « The Defendant is involved in two other pieces of litigation [...] Several of the Defendant's witnesses will probably be the same in each case. Requiring these key witnesses to fly between London and Delaware to testify and prepare for litigation occurring simultaneously in two for a is a burden which might hamper the Defendant's ability to prepare its case »).

<sup>2496</sup> CH. CHALAS, 315-316, n° 349. V. aussi L. E. TEITZ, *lc, Int'l Lawyer*, 1992, 36, qui évoque les « limitations of the doctrine of forum non conveniens » dans ce contexte.

conflit de procédure que la version anglaise.<sup>2497</sup> Cette indifférence se manifeste de la façon la plus spectaculaire dans une certaine jurisprudence qui, confrontée à un conflit de procédures, tente d'isoler le for le plus approprié sans tenir *aucunement* compte de l'existence d'une procédure devant un juge étranger. Dans certaines décisions, l'incidence du conflit de procédures n'est en effet tout simplement pas évoquée, le tribunal en faisant abstraction dans son analyse du for approprié.

C'est ainsi qu'un tribunal californien devait trancher un litige opposant des joueurs de base ball d'une équipe de la République dominicaine au propriétaire du Club.<sup>2498</sup> En l'espèce, les joueurs s'étaient d'abord adressés aux juges de leur pays avant de porter leur demande devant le tribunal californien. Le propriétaire leur opposa l'exception de for inapproprié, qui fut acceptée par le tribunal. Celui-ci débuta son analyse par la constatation que les tribunaux dominicains constituaient un for alternatif disponible.<sup>2499</sup> Dans la suite de l'analyse, l'existence d'une procédure concurrente fut toutefois passée sous silence. Elle ne fut pas évoquée, ni en faveur du 'stay', ni pour le rejeter. Le tribunal se montra tout simplement *indifférent* à la concurrence de procédures, préférant examiner séparément le caractère approprié de chaque for.

D'autres décisions affichent la même indifférence à l'égard du conflit de procédures.<sup>2500</sup> Un tribunal ira même jusqu'à refuser explicitement de tenir compte de l'existence d'une procédure concurrente pendante en France, en constatant qu'il n'existait « aucun précédent » qui l'obligeait à tenir compte de cette circonstance.<sup>2501</sup>

<sup>2497</sup> L'existence d'une procédure concurrente est parfois prise en compte par les tribunaux américains non pas pour déterminer le caractère approprié des fors, mais bien pour s'assurer qu'il existe bien un for alternatif, condition préalable de l'application de la doctrine. V. par exemple *Banco Norinnes Ltd. et al. v Iroquois Brand Ltd.*, 748 F. Supp. 1070, 1073 (« The High Court of Justice is capable of hearing this case ; it already has two actions before it arising from four of the other contracts involved in this transaction » dans le cadre de l'analyse de l'availability of the alternative forum) et *Mahmoud Frisak v Banque Populaire Suisse et al.*, 546 F. Supp. 506, 509 (S.D.N.Y. 1992) (procédures en Suisse et aux Etats-Unis, le tribunal constate que "[...] not only is an alternative forum available, but there is presently pending an action in the courts of Geneva which encompasses the major claims that plaintiff asserts in this action").

<sup>2498</sup> *Yarn Carlos Ravelo Monero et al. v Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist LEXIS 13556 (N.D. Cal. 27 août 1998).

<sup>2499</sup> « The plaintiffs have already sued Rosa and the Giants in the Dominican Republic, and the defendants have appeared in those proceedings, so the Court begins with a presumption that the Dominican Republic is an adequate alternative ».

<sup>2500</sup> P. ex. C. *Frank Rexis et al. v Gulf Oil Corp. et al.*, 85 F.R.D. 666 (D.C. Delaware 1980) (procédure concurrente au Venezuela, l'exception de for plus approprié est rejetée, sans que la Cour ne dise mot de l'existence d'une procédure concurrente) ; *Calabrian Co., Inc. v Bangkok Bank, Ltd.*, 55 F.R.D. 82 (S.D.N.Y. 1982) (procédure concurrente devant les juridictions thaïlandaises, instituée par le même demandeur ; dans son examen de l'exception du for plus approprié, qui est rejetée, la Cour ne se préoccupe pas du tout du parallélisme de procédures) ; *Gibbons v Udaras na Gaeltachta*, 549 F. Supp. 1094 (S.D.N.Y. 1982) (litige né de l'inexécution par une agence gouvernementale irlandaise d'une aide promise pour financer un investissement en Irlande, la demande de dessaisissement fondée sur le forum non conveniens est rejetée sans que la Cour ait égard à la procédure concurrente en Irlande) ; *Spyridon Catapodis v Aristotle S. Orassis*, 2 Misc. 2d 234 ; 151 N.Y.S. 2d 39 (Supreme Court NY 1956) (demande de dessaisissement au profit d'une procédure française accordée par la Cour qui décide que le tribunal français constitue le for approprié de la cause. Dans son analyse du caractère approprié des fors, la Cour ne prend pas une seule fois en compte le fait qu'une procédure parallèle est déjà pendante devant le juge français) ; *Everett/Charles Contact Products v Gentec SARL*, 692 F. Supp. 83 (DRI 1988) (procédure concurrente en France à la suite de la rupture d'un contrat de distribution exclusive, le tribunal ignore l'existence d'une action concurrente devant le juge français et va même jusqu'à douter qu'il existe un for alternatif disponible !) ; *Cliffs-Nedbrill Turnken Intl - Oranjestad v Rich Ocean Tankers SA (The Rich Duke)*, 734 F. Supp. 142 (D.C. Del. 1990) (procédures concurrentes aux Pays-Bas et aux Etats-Unis suite à une collision de navire, le tribunal rejete l'exception de for plus approprié, sans dire un mot dans son analyse de l'existence d'une procédure concurrente).

<sup>2501</sup> *American Cyanamid Corp. et al. v Picaso-Arstadt et al.*, 741 F. Supp. 1150, 115, note 3 (D.N.J. 1990) (litige né suite à la rupture d'un contrat de distribution exclusive, le tribunal rejete l'exception de for inapproprié invoquée à l'encontre de la procédure américaine commencée 3 jours à peine après que le tribunal français ait été saisi. Le tribunal ne tient aucunement compte de l'existence d'une procédure concurrente. Les défendeurs soutenaient que

552. **For approprié et procédures concurrentes, la version américaine (suite)** - L'indifférence relative d'une partie de la jurisprudence américaine face aux conflits de procédure, qui est d'ailleurs parfois explicitement défendue par les commentateurs,<sup>2502</sup> s'explique sans doute en partie par l'absence de toute directive de la Cour Suprême sur le poids à accorder à cette circonstance.

Elle traduit également la conviction que la détermination du for approprié ne doit pas dépendre d'une circonstance *extérieure* au litige, mais reposer uniquement sur les liens unissant chaque for au litige.<sup>2503</sup> Il est vrai que l'existence d'un conflit de procédures se distingue des autres éléments sur lesquels repose l'appréciation du juge, puisque cette circonstance n'invite pas à un examen des qualités et titres de chaque for considéré séparément. La concurrence de procédures touche aux relations *entre* les deux fors et non pas à la question de la meilleure localisation du litige.

A dire vrai, tenir compte de la concurrence de procédures aboutit à transformer le concept même de 'for plus approprié' : il ne s'agit plus seulement d'éviter de laisser la procédure se poursuivre dans un for 'inapproprié', mais bien de prendre en compte l'*inconvenience* qui résulte de la poursuite de deux procédures concurrentes. On en arrive ainsi à une nouvelle acceptation du concept d'*inconvenience*.<sup>2504</sup>

L'expérience américaine illustre fort bien la différence d'objectifs qui séparent le *forum non conveniens* et la déférence. A la limite, le premier peut faire pleinement abstraction du second. Il ne visera alors qu'à garantir la saisine du for le plus approprié, en examinant les seules qualités des fors en présence.

Si la version anglaise du *forum non conveniens* tolère une mesure de 'litispendance' en son sein, c'est uniquement parce que les tribunaux sont conscients que l'existence d'une procédure concurrente peut contribuer à faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre - et nullement par souci d'en faire une considération primordiale, au point qu'elle éclipse la recherche du for le plus approprié. La résolution des conflits de procédures est en réalité une tâche 'annexe' assignée au *forum non conveniens*, sans doute par facilité. Partant, on peut se demander si l'exception de for inapproprié peut satisfaire l'objectif de résolution des conflits de procédures que nous nous sommes fixés.

A la lumière de ces explications, les commentaires de MM *North et Farwell* prennent tout leur sens, qui expliquaient qu'en cas de conflit de procédures, le juge anglais saisi d'une exception de for inapproprié ne détermine pas simplement à quel for le demandeur devra s'adresser ; il peut au contraire décider soit de laisser les deux procédures se poursuivre

---

cette circonstance était pertinente, le juge répondit qu'ils « have cited no authority for this proposition and indeed, the case law appears to admit to no such exception »).

<sup>2502</sup> M. *Georges* explique par exemple que la charge de la preuve reposant sur le défendeur doit être la même, que le tribunal concurrent ait ou non été saisi (J. P. *Georges*, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 944). Il écrit que "When using [the forum non conveniens] in a parallel litigation setting, as opposed to one in which no other lawsuit has been filed, there should be no difference in the argument or analysis. The movant should bear the same burden of persuasion in both instances, and it should be understood that the mere fact of having a parallel case does not compel the dismissal of other cases. The court must apply just as strict an analysis under *Gilbert* as it would in the absence of a pending parallel case".

<sup>2503</sup> MM. *Briggs et Rees* expliquent ainsi que « At first sight it may be wrong that factors beyond the actual dispute between parties may affect the decision of where it is most appropriate for it to be tried" (1997, 198-199). Ces auteurs s'empressent toutefois de noter que la jurisprudence anglaise prescrit d'en tenir compte.

<sup>2504</sup> M. *Bermann* faisait la distinction entre les deux acceptations de l'*inconvenience* : "The Use of Anti-Suit Injunction in International Litigation", *Col. J. Trans.L.*, 1990, (589), 629.

concurrentement lorsqu'il refuse le stay, ou ne laisser subsister que la procédure étrangère, lorsqu'il accorde le stay.<sup>2505</sup> Certes, cette limitation n'est pas propre au *forum non conveniens*. On peut en dire autant de la règle de litispendance : si le juge saisi de l'exception constate qu'il a été premier saisi, il refusera de faire droit au déclinatoire et laissera ainsi subsister le conflit. En réalité, dans les deux cas, tout dépendra de l'attitude adoptée par le tribunal concurrent. Il n'y aurait plus lieu de reprocher au *forum non conveniens* un mélange des genres si toutes les juridictions venaient à adopter une technique similaire de résolution des conflits de procédures.<sup>2506</sup> En effet, lorsque les deux Etats concernés font du *forum non conveniens* la solution des procédures concurrentes, le conflit de procédures se résoudra nécessairement, puisque l'un des tribunaux conclura que le litige appartient à la sphère naturelle de l'autre. On ne pourrait plus alors parler de limitation ; toutes les procédures concurrentes pourraient trouver une solution grâce au *forum non conveniens*. On va voir que cette vision pêche par manque de nuances.

**553. Absence de pouvoir discriminant du concept de 'for naturel'** - Pour qu'une règle permette de départager deux tribunaux saisis concurrentement, encore faut-il qu'elle indique de façon précise à quelle juridiction revient la priorité. C'est sans doute le grand avantage de la priorité de saisine que de ne laisser que peu de doute sur cette question, à la manière d'une guillotine. On ne peut pas en dire autant du *forum non conveniens*. Cette doctrine accuse en effet un manque certain de pouvoir discriminant qui contribue à faire peser un doute sur sa capacité à résoudre les conflits de compétence.

Pour comprendre ce défaut, il faut se rappeler la question que se pose le juge saisi d'une exception de for inapproprié. Selon la formulation classique, il doit examiner s'il est établi qu'il existe un autre tribunal qui est clairement et distinctement plus approprié pour trancher le litige. Il ne s'agit pas de savoir si un autre tribunal est sensiblement plus adéquat ou encore si le for est particulièrement mal placé.<sup>2507</sup> Le seuil à atteindre pour justifier l'accueil de l'exception se rapporte uniquement à l'existence d'une supériorité manifeste de la qualité de compétence revendiquée par le juge étranger. La formule révèle bien qu'il s'agit par essence d'une exception, d'une *clause de correction* appelée à jouer uniquement dans les situations, que l'on espère fort rares, dans lesquelles les règles de compétence n'ont pas pu garantir la saisine d'un juge proche du litige et des parties.

Or dans de nombreux cas - on hésite à écrire dans la majorité des espèces - les deux juges saisis concurrentement, pourront légitimement revendiquer compétence sur le litige sans qu'il soit possible d'accuser l'un ou l'autre d'usurper la compétence de l'autre. Partant, et même si ces deux juges étaient saisi d'une exception de for inapproprié, il n'est pas certain que l'un se dessaisisse au profit de l'autre et mette ainsi fin au conflit de procédures. On pense par exemple à un litige opposant deux époux belges, chacun demandant le divorce aux torts de l'autre, l'époux devant les tribunaux congolais où le

<sup>2505</sup> CHESHIRE et NORTH, 1999, 347. Le législateur a d'ailleurs consacré la suprématie de la doctrine du for approprié, en l'élevant au rang de mécanisme de solutions des conflits de procédures dans le contentieux familial. Outre le *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973 déjà cité, sur lequel v. *Thyssen-Bornemisza v Thyssen-Bornemisza*, [1986] 1 Fam. 1 ; [1985] 1 All ER 328, v. aussi la section 16 du *Matrimonial and Family Proceedings Act* de 1984 (sur cette disposition Cheshire et North, 1999, 848 et *Holms v Holms*, [1989] Fam 47 ; [1989] 3 All ER 786 (CA) et, en matière de garde d'enfants, la section 5(2)(b) du *Family Law Act* de 1986, sur lequel Cheshire et North, 1999, 863-864 et *Hill v Hill*, (1990) S.C.L.R. 238 (Outer House).

<sup>2506</sup> C'est d'ailleurs le vœux exprimé par la Chambre des Lords in *Airbus Industrie GIE v Jaisukh Arjun Bhai Patel and others*, [1998] 2 All.E.R. 257, 263.

<sup>2507</sup> Condition expressément rejetée en droit anglais, même si elle constitue la conséquence logique de la constatation que le tribunal étranger est manifestement plus approprié. *Infra*, n°561 sur le droit australien, différent sur ce point.

couple a vécu maritalement pendant 20 ans, l'épouse devant les tribunaux belges où elle est revenue habiter depuis 5 ans. Pourra-t-on dire dans ce cas que le tribunal belge ou au contraire le tribunal congolais possède un titre plus grand à statuer sur le litige ? Il nous semble difficile de trancher de manière catégorique dans un sens ou dans l'autre. Certes des arguments valables pourraient être avancés pour démontrer que l'un ou l'autre tribunal est moins inadéquat que l'autre. On peut toutefois douter qu'il soit possible de convaincre que l'un des tribunaux puisse prétendre au titre *exclusif* de juge naturel. Pourtant, en cas de procédures concurrentes, il faudra bien trancher !<sup>2508</sup>

**554. Absence de pouvoir discriminant du concept de 'for naturel' (suite)** - Les limites du concept de 'for naturel' sont bien connues. La jurisprudence a d'ailleurs depuis longtemps reconnu que dans certains cas, il sera impossible de départager les deux fors dont le défendeur prétend que l'un est plus approprié que l'autre. Déjà dans l'affaire *Spiliada*, le juge Goff avait expliqué que dans certaines instances « aucune juridiction en particulier ne peut être décrite comme le for naturel de la cause. Ceci est en particulier susceptible de se produire dans les litiges commerciaux, dans lesquels des éléments peuvent rattacher le litige à une pluralité de juridictions différentes [...] ou dans les affaires maritimes, en cas de collisions de navires en haute mer ». <sup>2509</sup>

Cette observation a trouvé écho auprès de la Cour Suprême du Canada. Dans l'affaire *Amchem*, le juge Sopinka a en effet fait œuvre de modestie en reconnaissant qu'au vu de l'internationalisation croissante des opérations internationales, « il est devenu plus difficile d'identifier le for manifestement plus approprié pour ce type de litige ». <sup>2510</sup> Et le juge d'ajouter que « fréquemment, il n'y aura pas un seul for qui est manifestement le plus approprié ou le plus adéquat pour statuer sur le litige, mais bien plusieurs qui constituent tous également des alternatives adéquates ». <sup>2511</sup>

La jurisprudence s'est trouvée confrontée à cette limitation de la doctrine, qui a dû reconnaître dans certaines affaires qu'aucun des fors en présence ne pouvait revendiquer le titre exclusif de for naturel. Ainsi dans un litige opposant les armateurs de deux navires entrés en collision dans les eaux danoises, le juge anglais saisi d'une demande de compensation a avoué sa perplexité face à l'exception de for inapproprié invoquée par l'autre armateur. <sup>2512</sup> Il expliqua que « lorsqu'une collision entre deux navires de nationalités différentes survient dans les eaux internationales, il ne doit pas être rare

<sup>2508</sup> Les difficultés de départager deux fors sur base du seul critère du for approprié ont incité un commentateur à proposer, dans le cadre des négociations de La Haye, de prévoir un mécanisme inspiré de l'arbitrage pour résoudre d'éventuelles contestations sur l'identification du forum conveniens : H. Smit, in A. LOWENFELD et L. J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments*, Yonkers, Juris Publishing, 2001, 98.

<sup>2509</sup> “[...] there are cases where no particular forum can be described as the natural forum for the trial of the action. Such cases are particularly likely to occur in commercial disputes, where there can be pointers to a number of different jurisdictions [...] or in Admiralty, in the case of collisions on the high seas” (*Spiliada Maritime v Cansulex Ltd.*, [1986] 3 All ER 843, 855 (HL)). Et Lord Goff de faire référence à titre d'exemple à l'affaire *European Asian Bank AG v Punjab and Sind Bank*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 356. Dans cette affaire, et bien que la compétence du juge anglais, saisi en raison de la présence en Angleterre d'une succursale du défendeur, était plus que fortuite, l'exception de for inapproprié fut repoussée, ni les tribunaux indiens, ni les tribunaux de Singapour ne pouvant être considérés comme clairement plus appropriés que le tribunal anglais.

<sup>2510</sup> *Amchem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.*, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 104-105 : “it has become more difficult to identify one clearly appropriate forum for this type of litigation”.

<sup>2511</sup> “Frequently there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives [...] there will be cases in which the best that can be achieved is to select an appropriate forum. Often there is no one forum that is clearly more appropriate than other”.

<sup>2512</sup> *The Coral Isis*, [1986] Lloyd's Rep. 413.

qu'aucun tribunal ne puisse à juste titre être désigné comme 'le for naturel' ou même 'un for naturel'. Et le juge de poursuivre en notant que « les raisons d'une telle constatation sont évidentes. Les deux navires peuvent être enregistrés dans des pays différents ; leurs propriétaires ou utilisateurs peuvent être des sociétés établies dans d'autres pays ; le capitaine et l'équipage peuvent être des ressortissants de pays encore différents ; après la collision, les navires peuvent être amenés pour réparation dans des chantiers situés dans d'autres pays et y rester jusqu'à ce que survienne un moment approprié pour les faire saisir et engager une procédure ». <sup>2513</sup> La Cour conclut que les tribunaux anglais et les tribunaux néerlandais saisis concurremment constituaient des fors appropriés, sans que l'un d'eux puisse revendiquer le titre de for naturel. <sup>2514</sup>

**555. Absence de pouvoir discriminant du concept de 'for naturel' (suite) -** Au vrai, personne ne conteste les limites du concept de for naturel. Les commentateurs les plus avertis s'accordent ainsi pour reconnaître que dans certains cas, il ne sera pas possible de départager deux fors concurrents sur cette seule base. <sup>2515</sup>

La relativité du concept de for naturel qui fonde le *forum non conveniens* est à rapprocher des limites du concept de 'lien plus étroit' dans le conflit de lois. On accepte en effet qu'il existe des situations dites 'plurilocalisées', qu'il est artificiel de vouloir rattacher à tout prix à l'une ou l'autre juridiction. <sup>2516</sup> Les limites du for naturel ne portent pas à conséquence dans l'application classique du *forum non conveniens* comme clause de correction des règles de compétence. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer quel est le for naturel, la clause de correction n'a pas lieu d'être puisque les deux fors sont également appropriés - ou du moins que l'on ne doit pas craindre que le litige sera soumis à un for totalement inapproprié. Le *forum non conveniens* garde toute son utilité comme

<sup>2513</sup> "It must frequently happen that when [a collision in international waters between two ships of different nationality] occurred, no court can properly be described as 'the natural forum' or even 'a natural forum'. The reasons are self-evident. The two ships may be registered in different countries; their owners or managers may be companies incorporated in yet other countries; the master and the crew may be nationals of still different countries; after the collision, the ships may go into repair yards in other countries and remain there until there comes a convenient moment to arrest them and thereby institute proceedings in rem" : [1986] Lloyd's Rep. 413

<sup>2514</sup> "This court is an appropriate forum for the determination of the dispute between the parties. The Dutch court exercising jurisdiction is an equally appropriate forum. But neither court can claim to be 'a natural forum'" : [1986] Lloyd's Rep. 413. V. aussi *Barclays Bank plc v Homan et al.*, [1993] BCLC 680, [1992] 757 (les suites de la faillite de l'empire Maxwell, le juge conclut qu'il n'y a pas un for plus approprié : « it cannot sensibly be suggested that any one forum is the natural forum, that is, the forum in which exclusively proceedings should be brought"); *Finova Capital Corp. v Ryan Helicopters USA Inc. et al.*, 1999 U.S. App. Lexis 14161 (7<sup>th</sup> Cir. 25 juin 1999) (La Cour refuse d'accorder la priorité à l'un des deux fors, elle refuse de tenir compte du caractère approprié des deux fors dans le cadre de l'abstention internationale parce que « the underlying dispute is clearly connected to both forums »); *Gibbons v Udara na Gaeltachta*, 549 F. Supp. 1094, 1123 (S.D.N.Y. 1982) (concurrence entre l'Irlande et les Etats-Unis, la Cour conclut que « In truth, actions of this variety are hugely inconvenient for everyone associated with them, no matter where they are tried"); *Pirelli Cables Ltd. et al. v United Thai Shipping Corp. Ltd.*, [2000] 1 Lloyd's Rep. 663 (dommage causé à la marchandise lors d'un transport par navire, le tribunal anglais accorde un 'stay' pour donner suite à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Thaïlande, les juges expliquent que « the evidence as to which of the two countries was the more appropriate forum for a trial was evenly balanced ; the claimant had not shown a strong cause for not granting a stay where there was an exclusive jurisdiction clause ; at most they had shown that England might be a little more convenient »); *Spar Aérospatiale Ltd. v American Mobile Satellite Corp.*, C.S. Montréal 500-05-041421-981, 10 avril 1999, J.E. 99-2060 (la Cour rejete l'exception de *forum non conveniens* invoquée en faveur des tribunaux américains, en notant que le litige "pourrait tout aussi bien être entendu en Californie, en Pennsylvanie, en Virginie ou dans l'Etat de New York ou en Ontario » et que « La majorité des témoins devra parcourir une distance équivalente peu importe dans laquelle des cinq juridictions le litige est entendu »).

<sup>2515</sup> V. A. BRIGGS et P. REES, 1997, 196, n° 4.10 : "[I]t is clear that there may be cases in which there is no natural forum; no forum which is clearly or distinctly more appropriate than England. In an international commercial dispute, it may well be that there are points of contact with a number of possible fora, but that no one of them can be said to be 'clearly or distinctly more appropriate than England'". V. aussi W. HAU, 228.

<sup>2516</sup> Question déjà évoquée *supra*, n° 109.



élément de correction pour les cas où la règle de compétence a effectivement conduit à la saisine d'un juge dénué de tout lien avec la cause. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de trancher entre deux fors déjà saisis – et non pas seulement potentiellement saisis. L'existence d'une concurrence avérée de procédures nécessite de pouvoir faire appel à une réponse claire. Or la netteté n'est pas le fort du *forum non conveniens*

Certes, on ne peut dénier tout pouvoir discriminant au concept de for naturel. Dans nombre de cas, il sera possible de dire que tel for est effectivement le 'siège naturel' de la cause. Tout dépendra en réalité du contexte, et surtout des règles de compétence en vigueur. Si ces règles sont très larges, par exemple parce qu'elles se fondent uniquement sur la nationalité des parties, elles appelleront souvent une correction. Par contre, si les Etats concernés se sont mis d'accord sur un ensemble de règles suffisamment précises, visant des litiges particuliers pour lesquels des critères de rattachement spéciaux ont été sélectionnés, il faudra moins craindre que le juge désigné par telle ou telle règle s'avère totalement inapproprié. C'est d'ailleurs en appelant au caractère raisonnable de la plupart des règles de compétence en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen que l'on a pu justifier, sans doute un peu vite,<sup>2517</sup> l'absence de clause de correction de ce système.<sup>2518</sup> Si jamais les Etats européens devaient dès lors nuancer les règles de compétence de la Convention de Bruxelles par le biais d'une clause de correction inspirée du *forum non conveniens*, celle-ci serait tout à fait insatisfaisante pour départager les fors concurrents. Une exception de déférence toute entière fondée sur le concept de for plus approprié ne permettra pas dans tous les cas de privilégier à coup sur le for du défendeur sur celui du fait dommageable, ou encore le for du lieu de livraison sur celui du défendeur. Elle manquerait dès lors à la mission première de résolution des conflits de procédures.

**556. Une exception de for approprié radicalement discriminante ?** - La faillite de la version classique du *forum non conveniens*, faillite qui ne préjuge pas de sa légitimité comme correctif des règles de compétence, ne doit pas seulement être nuancée en la rapportant à la nature des règles de compétence en présence. Son pouvoir limité de discrimination tient également à sa formulation. On a rappelé que dans la version anglaise, l'exception visait le for manifestement plus approprié. Pour assurer une plus grande discrimination des procédures, on pourrait envisager une acceptation radicale du *forum non conveniens*, selon laquelle le for saisi devrait faire droit à l'exception dès lors qu'un autre tribunal est un tant soi peu plus approprié, et ce même s'il peut lui-même revendiquer un lien raisonnable avec la cause ou les parties. Partant, l'exception de for inapproprié verrait son seuil d'acceptation radicalement diminué, pour être d'application à la moindre différence entre les titres respectifs des fors concurrents.

Une telle acceptation extrême n'a toutefois cours dans aucun pays de *common law*. Au contraire, on constate que certaines jurisprudences demeurent réticentes au *forum non conveniens* dont elles privilégient une version réduite. C'est le cas en Australie, où l'exception ne permettra au juge de se dessaisir que s'il est lui-même manifestement

<sup>2517</sup> Il faut bien sur rester modeste. L'humilité force à reconnaître qu'il n'est pas de perfection, même pas dans les règles de compétence. La pratique a montré que mêmes les règles de compétence en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen pouvaient conduire à des résultats désastreux. Toute la question est alors de savoir si les avantages qu'apporterait la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation aux tribunaux, notamment en termes de meilleure localisation des litiges, sont de nature à justifier le risque d'insécurité juridique et de perte de temps qu'une telle appréciation discrétionnaire ne manquerait pas d'apporter. Il n'est pas de place dans ce débat pour les réponses générales, par essence réductrices. Nous renvoyons dès lors aux études spécialisées, et notamment les recherches très abouties, et complémentaires sur bien des points, de CH. CHALAS et de A. NUYS, précitées.

<sup>2518</sup> V. les auteurs cités par CH. CHALAS, 368, n° 403.



inapproprié et que le tribunal étranger est au contraire le juge naturel de la cause (*infra*, n° 561). Dans cette conception, la différence de légitimité entre les deux fors doit se révéler très importante pour justifier le dessaisissement. Une simple différence de degré dans le caractère approprié des fors ne suffira pas pour justifier la déférence. Or c'est précisément dans ce type de situation que le *forum non conveniens* montre ses limites. Il en va d'autant plus ainsi lorsque la jurisprudence ne s'est pas départie d'une présomption, d'intensité variable, en faveur du choix du demandeur, comme c'est le cas aux États-Unis.<sup>2519</sup> Partant les deux fors ne sont pas mis sur un pied d'égalité. Dans ce cas, il est illusoire de penser que l'exception de for inapproprié peut faire office de règle de partage entre deux fors.<sup>2520</sup>

**557. Une exception de for approprié radicalement discriminante ? (suite) – l'affaire *Oceanic Sun* -** L'affaire *Oceanic Sun* soumise à la Haute Cour australienne illustre bien la diversité des formulations du *forum non conveniens* et leur influence sur le sort éventuel d'une demande concurrente.<sup>2521</sup> En l'espèce, un citoyen australien s'était offert une croisière autour de la Grèce. L'homme fut victime d'un accident pendant la traversée, qui nécessita une hospitalisation en Grèce et diverses interventions chirurgicales une fois de retour en Australie. Une fois ses forces revenues, le voyageur engagea une action devant les tribunaux australiens pour obtenir compensation du dommage subi. L'armateur ne manqua pas d'invoquer le caractère à ses yeux inapproprié du for australien pour fonder une exception de *forum non conveniens*.<sup>2522</sup> L'exception fut rejetée, ce qui confirma, pour un temps au moins, la position pour le moins restrictive des tribunaux australiens à l'égard du *forum non conveniens*. Les juges ne purent cependant s'accorder sur le fondement de leur décision. Les différentes opinions qu'ils ont émises à cette occasion se lisent comme autant de versions possibles du *forum non conveniens*. Elles permettent d'apercevoir les limites de cette doctrine dans le rôle annexe dont on l'a affublé, celui de départager les fors concurrents.

Le Chief Justice Brennan s'en tint à une version extrêmement restrictive du 'stay', telle que développée dans l'arrêt *Saint Pierre* déjà évoqué. Le juge australien ne devait dans cette conception se dessaisir que pour autant que sa saisine constitue une manœuvre abusive. Il n'est pas besoin de revenir sur les limites de cette conception (*supra*, n° 415). Deux autres juges proposèrent au contraire un élargissement du test, comparable au résultat auquel la Chambre des Lords avait abouti dans l'affaire *The Atlantic Star* (*supra*, n° 422). Ce faisant, le demandeur sur l'exception devait convaincre le juge australien qu'il constituait un for clairement inapproprié pour connaître de la cause, auquel cas l'action serait selon les juges abusive et vexatoire, et justifierait un dessaisissement. Appliquée aux conflits de procédures, cette formule intermédiaire signifie que les conflits persisteront

<sup>2519</sup> V. surtout l'arrêt *Piper Aircraft Co. v Reyno*, 454 U.S. 235, 256 (1981) et les critiques de CH. CHALAS, 299-302.

<sup>2520</sup> Sans oublier que le caractère plus ou moins approprié d'un for n'est pas une donnée fixe, l'évaluation peut se modifier en cours de procédure si les circonstances viennent à changer. Ainsi dans l'affaire *Lubbe v Cape*, Lord Bingham a-t-il expliqué que le litige soumis à la Chambre des Lords aurait dans un premier temps également pu être soumis aux juges anglais qu'aux juges sud-africains, chacune des deux questions soulevées présentant des attaches très fortes avec l'une des juridictions. En cours de procédure, un élément nouveau vint toutefois faire pencher la balance en faveur de l'Afrique du Sud, la question de la responsabilité de la maison-mère, qui concernait au premier chef l'Angleterre, passant au second plan ([2000] 2 Lloyd's Rep. 391).

<sup>2521</sup> *V. Oceanic Sun Line Shipping Co. Inc v Fay*, (1988) 62 ALJR 389 et les commentaires de M. PRYLES, "Judicial Darkness on the Oceanic Sun", A.L.R. 1988, 774 e.s.

<sup>2522</sup> Une autre exception d'incompétence fondée sur une clause d'élection de for en faveur des tribunaux grecs contenue dans le billet, fut rejetée par la Cour, le droit applicable réputant non écrites les clauses sur lesquelles l'attention du consommateur australien n'avait pas expressément été attirées. V. *supra* sur cette question, n° 123 e.s.

dès lors qu'aucun des fors n'est clairement inapproprié. Encore une fois, cette version de l'exception n'est donc pas convaincante.

Une minorité de juge proposa enfin de suivre l'exemple de la Chambre des Lords anglaise et d'adopter le test posé dans l'affaire *Spiliada*. En clair, il suffirait pour obtenir le dessaisissement de convaincre la Cour que les tribunaux grecs étaient clairement plus appropriés.<sup>2523</sup> Cette dernière version, la plus radicale, met en relief la difficulté d'ériger le *forum non conveniens* en mécanisme de résolution des conflits de procédures. S'il faut en effet qu'un des fors soit clairement plus approprié que l'autre pour qu'il l'emporte, on peut craindre qu'il soit des cas dans lesquels les deux fors restent concurrentement saisis.

Aucune des trois versions de la règle évoquées dans cette affaire ne permet donc de départager systématiquement les fors concurrents. On rejoint en quelque sorte la critique déjà formulée à l'encontre de la déférence fondée sur l'abus de procédure : dans les deux cas, seules certaines procédures concurrentes seront visées, à savoir celles qui sont engagées de manière manifestement abusives ou dans un for manifestement inapproprié. Cette option est tout à fait défendable. Elle pourrait par exemple s'inscrire dans le droit commun d'un Etat qui choisit d'autre part de ne pas accorder d'effet automatique aux décisions étrangères. Il est moins certain qu'elle puisse être adoptée au sein d'un espace judiciaire unifié fondé sur l'impératif de libre circulation des jugements.

On notera d'ailleurs qu'une formulation radicale du *forum non conveniens* telle que celle évoqué ici irait sans doute à l'encontre de la nature même du *forum non conveniens*, qui n'est pas de privilégier systématiquement le for le plus approprié, mais d'empêcher un for manifestement inapproprié de se prononcer. L'exception de for inapproprié constitue une *clause de correction* visant des cas exceptionnels et non une réflexion théorique sur les mérites respectifs des règles de compétence.

**558. Rejet du *forum non conveniens* comme mécanisme de résolution des conflits de procédures** - On a constaté et explicité les défauts de l'exception de for inapproprié comme règle visant à départager les instances concurrentes. Le *forum non conveniens* n'est pas une science exacte, comme l'a constaté Lord Bingham, qui expliquait dans l'affaire *Lubbe* qu'il s'agissait d'une matière « à propos de laquelle différents tribunaux peuvent aboutir à des conclusions différentes sans que l'une ou l'autre soit susceptible d'être remise en question ».<sup>2524</sup>

Il faut toutefois raison garder : sans qu'il soit possible de quantifier l'une ou l'autre catégorie, il sera bien sûr des cas dans lesquels le *forum non conveniens* permettra de désigner un et un seul for. Dans ce cas, le tribunal fait d'une pierre deux coups : non seulement il met fin au conflit de procédures, puisque le for réputé le moins approprié s'effacera.<sup>2525</sup> En outre, le partage se fera non pas de manière abstraite, mais en privilégiant une justice de proximité, en apportant une nuance appréciable à l'exercice d'une compétence qui se révèle, en l'espèce, trop peu discriminatoire. Lorsque toutes ces conditions sont réunies, le *forum non conveniens* constitue un instrument plus que satisfaisant de résolution des conflits de procédures. Il n'en sera toutefois pas toujours ainsi. Dans d'autres situations, elles aussi difficiles à quantifier, les deux fors concurrents camperont sur leur saisine,

<sup>2523</sup> Les juges Wilson et Toohey précisèrent d'ailleurs que selon eux, la question ne faisait pas de doute, les tribunaux grecs pouvant légitimement revendiquer le titre de for naturel de la cause.

<sup>2524</sup> "This is a field in which different conclusions can be reached by different tribunals, without either being susceptible to legal challenge" : *Lubbe v Cape*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 391.

<sup>2525</sup> Si tant est du moins que les fors en présence ont fait leur la doctrine du *forum non conveniens*.

aucun n'étant manifestement plus adéquat que l'autre.<sup>2526</sup> Et l'on peut craindre alors pour la résolution des conflits de procédures.

Au-delà du problème du partage, il y va également d'une difficulté de bilatéralisation de la règle : l'appréciation par un des fors concurrents du caractère plus ou moins approprié des deux tribunaux ne s'imposera pas toujours aussi facilement à l'autre tribunal, en tout cas pas aussi naturellement qu'une décision fondée sur la seule chronologie de procédures. Par essence, l'appréciation du caractère approprié est discrétionnaire. Si cette discrétion ne doit pas nécessairement être synonyme de subjectivité, elle n'en laisse pas moins une plus grande place à la contestation.

**559. Rejet du *forum non conveniens* comme mécanisme de résolution des conflits de procédures (suite)** - Au total, nous pensons devoir rejeter l'utilisation du *forum non conveniens* comme mécanisme de résolution des conflits de procédures. L'extension du champ d'application de cette doctrine aux procédures concurrentes, extension qui ne s'est imposée qu'au fil de l'histoire, procède en effet d'un mélange des genres peu judicieux. Il est certes tout à fait louable de vouloir éviter aux parties le calvaire d'une procédure dans un for qui n'a que peu d'attaches avec le litige. Cette préoccupation, qui peut se traduire de différentes façons,<sup>2527</sup> n'a en réalité pas sa place lorsque deux fors sont concurrentement saisis. A ce stade, les deux fors auront déjà vérifié leur compétence (*supra*, n° 453). On peut espérer que ceci fait, il ne soit plus possible d'affirmer que l'un ou l'autre n'a aucun titre à se prononcer sur le litige. Si ceci devait être le cas, il faudrait remettre en question les règles de compétence, au besoin en les nuanciant par un mécanisme de correction.

Lorsque se pose la question de la déférence, il est trop tard pour redresser la barre et exclure un for inapproprié. Elever la règle de déférence au rang de mécanisme de correction des règles de compétence risque d'aboutir à subordonner la déférence à l'impératif du for approprié. On a déjà évoqué la faillite du *forum non conveniens* dans une situation opposant deux fors également appropriés. Le même défaut s'observe lorsque les deux fors sont également exorbitants. Dans ce cas de figure aussi, le *forum non conveniens* révèle ses limites. Au vrai, le conflit de procédures est nuisible, quelle que soit la qualité des fors en présence. A moins de s'en remettre en cas d'"égalité" des fors à une course au jugement - à notre sens aussi peu judicieuse qu'une course au for - il faut donc abandonner la prétention de vouloir fonder la déférence sur le seul critère du *forum non conveniens*.<sup>2528</sup>

**560. Vers un traitement distinct de la concurrence de procédures** - Des développements récents montrent d'ailleurs qu'une tendance se fait jour pour séparer les

<sup>2526</sup> Les différences d'appréciation sont d'autant plus à l'ordre du jour que les jurisprudences nationales n'ont pas toutes adopté le même seuil justifiant l'accueil de l'exception, comme on l'a vu. En outre, une réflexion est en cours dans certaines juridictions sur la pertinence de certains éléments retenus pour déterminer si un for est plus ou moins approprié. L'attention apportée classiquement à la localisation des témoins, qui se comprend en raison du caractère oral de la procédure anglaise, est ainsi de plus en plus remise en question au vu du développement des moyens modernes de communication, v. *Fitzgerald v Texaco, Inc.*, 521 F.2d 448, 455-458 (2d Cir. 1975) (opinion dissidente du juge Oakes, qui appelle à un examen du rôle assigné à la localisation des témoins « in light of the transportation revolution » qui a eu lieu depuis l'arrêt *Gilbert* en 1947) ; *Blanco v Banco Industrial de Venezuela, S.A.*, 997 F.2d 974, 984 (2d Cir. 1993) (évoque la « antiquated doctrine of forum non conveniens ») et en général, *Dow Chemical v Alfaro*, 786 S.W. 2d 674 (Texas Supreme Court 1990).

<sup>2527</sup> A côté d'une clause de correction générale fondée sur l'idée du for approprié, des aménagements plus ponctuels de certaines règles de compétence plus susceptibles de conduire à des déséquilibres, ne doivent pas être exclus.

<sup>2528</sup> Répétons le, cette conclusion ne préjuge en rien de l'opportunité d'introduire une éventuelle clause de correction visant à pallier les défauts de règles de compétence. Les deux débats doivent simplement être séparés.

deux préoccupations. Tant dans les Principes de Leuven-Londres que dans le projet de Convention de La Haye, la résolution des conflits de procédures reçoit un traitement distinct du souci de garantir le caractère approprié des fors. Ainsi le projet de Convention prévoit-il une exception de litispendance distincte de la clause de correction inspirée du *forum non conveniens*.<sup>2529</sup> Cette évolution nous semble judicieuse, le mélange des genres ayant montré ses limites.

L'évolution récente de certaines jurisprudences nationales participe de la même tendance. On constate en effet que, là où les tribunaux anglais ont définitivement dénié au conflit de procédures toute prétention à une quelconque autonomie au sein du *forum non conveniens*, les tribunaux canadiens, australiens et surtout américains évoluent clairement dans la direction opposée. Des décisions récentes témoignent en effet d'un souci d'accorder au conflit de procédures un traitement particulier, qui dévie quelque peu de la ligne classique tracée pour le *forum non conveniens*. Même si ces décisions doivent encore être confirmées, nous y voyons la confirmation qu'il est nécessaire de séparer souci de garantir la proximité et résolution des conflits de procédures. En guise de conclusion de cette section, nous allons examiner quelle est la portée de ces jurisprudences nationales.

### C. Le *forum non conveniens* adapté au conflit de procédures

**561. Généralités** - Le conflit de procédures constitue un des contextes les plus propices à l'application de l'exception de for inapproprié.<sup>2530</sup> Il ne faut dès lors pas s'étonner que la question du caractère 'approprié' du mécanisme pour appréhender ces conflits se soit posée. On a déjà vu que les tribunaux anglais avaient rejeté toute déviation de la ligne tracée dans l'affaire *Spiliada*, estimant que l'existence d'une concurrence de procédures ne justifiait pas le recours à un test différent (*supra*, n° 535).

Dans d'autres juridictions, le besoin d'une adaptation du mécanisme du *forum non conveniens* à la circonstance particulière du conflit de procédures s'est fait sentir. Peut-être faut-il y voir le résultat de l'absence d'exception de litispendance – le droit anglais pouvant se reposer pour une grande partie du contentieux sur la règle de litispendance européenne. Quoi qu'il en soit de l'explication, force est de constater qu'en dehors de l'Angleterre, les tribunaux ont développé une version du *forum non conveniens* spécifiquement adaptée aux conflits de procédures. La jurisprudence américaine en constitue le meilleur exemple, qui a façonné au cours des 20 dernières années une nouvelle branche du forum non conveniens, l'*international abstention*. Bien que les contours de cette doctrine soient encore vagues, il est certain qu'elle vise spécifiquement l'hypothèse du conflit de procédures, en réservant à celle-ci une place plus importante que celle qui lui est accordée dans la version anglaise du *forum non conveniens*. Non seulement la concurrence de procédures constitue-t-elle le point de départ de l'analyse, mais de plus on a pu constater qu'un glissement s'est opéré dans l'objectif même qui est poursuivi : la doctrine toute entière est mise au service du règlement des conflits de procédures, qui constitue l'objectif premier et le concept de for approprié ne constitue plus qu'un instrument destiné à assurer cette priorité. En d'autres termes, le forum (non) conveniens est passé de raison d'être même de la doctrine au rang d'instrument au service

<sup>2529</sup> On reviendra ultérieurement sur la possibilité de bâtir des ponts entre les deux mécanismes devenus autonomes.

<sup>2530</sup> E. SYKES et M. C. PRYLES, *Australian Private International Law*, Sydney, 1990, évoquent à propos de la concurrence de procédures « a seemingly obvious case » pour l'application du forum non conveniens.

du règlement des conflits de procédures. La différence de perspective est importante, elle signale un rapprochement avec l'esprit, sinon la lettre de l'exception de litispendance.

Sans aller aussi loin, on peut constater que certaines décisions émanant d'autres juridictions ont également amorcé un mouvement allant vers une plus grande prise en compte du conflit de procédures. Il s'agit plus particulièrement du Canada et de l'Australie. Il est encore trop tôt pour dire s'il faut voir dans cette évolution les premiers signes d'une certaine autonomisation du conflit de procédures à l'intérieur du *forum non conveniens*. Force est toutefois de constater que dans les deux cas, l'existence d'une concurrence de procédures a clairement dépassé le rang de simple ingrédient pour modifier l'équilibre même de la doctrine. Nous allons examiner successivement ces deux juridictions, avant d'expliquer quelle a été l'évolution de la jurisprudence américaine.

(1) LE *FORUM NON CONVENIENS* EN AUSTRALIE ET AU CANADA ; LES PREMIERS PAS VERS UNE RECONNAISSANCE DE LA LITISPENDANCE INTERNATIONALE ?

562. **Introduction** - La doctrine du *forum non conveniens* a été adoptée, peu ou prou, par l'ensemble des droits de la *common law*. L'extension du champ d'application de la doctrine n'a pas été sans une certaine adaptation aux 'couleurs locales'. Ainsi on accepte généralement que la version australienne du *forum non conveniens* se montre plus restrictive que le 'modèle' anglais. Parmi les adaptations auxquelles les jurisprudences nationales ont procédé, on peut relever une attention accrue à la question de la concurrence de procédures. Cette attention s'est manifestée dans deux juridictions, l'Australie et le Canada, que nous allons examiner successivement.

A. Le *forum non conveniens* en Australie : *Henry v Henry*

563. **Une première décision de la Haute Cour sur les procédures concurrentes** - Le *forum non conveniens* n'est venu que tardivement à l'Australie, et sous une forme restrictive. Si certains tribunaux des Etats australiens ont fait leur dans les années 1980 les principes nouveaux dégagés par la Chambre des Lords dans les affaires *McShannon* et surtout *Spiliada*,<sup>2531</sup> la Haute Cour australienne a fait preuve de plus de réticence, préférant en rester au critère traditionnel de la procédure 'oppressive et vexatoire' abandonné en Angleterre.<sup>2532</sup>

Ni dans *Oceanic Sun*, ni dans la décision qui suivit,<sup>2533</sup> la Haute Cour ne souffla mot du sort des procédures concurrentes dans le *forum non conveniens*.<sup>2534</sup> L'attente fut toutefois

<sup>2531</sup> V. p. ex. *Ranger Uranium Mines Pty. Ltd. v B.T.R. Trading (Qld) Pty. Ltd.*, (1985) 34 N.T.R. 1; *Muller v Fencott* (1981) 3 A.L.R. 310 (Federal Court); *Gauseabo Nominees Pty. Ltd. v Taub Pty. Ltd.*, [1979] 1 N.S.W.L.R. 663 et la décision *Lep Int'l. Pty. Ltd. v Atlantrafic Express Service, Inc.*, (1987) 10 N.S.W.L.R. 614.

<sup>2532</sup> V. *Oceanic Sun Line Shipping Co. Inc. v Fay*, (1988) 62 ALJR 389, [1988] 165 CLR 197 et les commentaires de M. PRYLES, "Judicial Darkness on the Oceanic Sun", A.L.R. 1988, 774 e.s. En général sur le *forum non conveniens* en Australie, E. I. SYKES et M. PRYLES, *Australian Private International Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Sidney, Law Book Company Ltd., 1991, 80-90; P. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, 6<sup>ème</sup> éd., Sydney, Butterworths, 1995, 101-108 et P. PRINCE, « Bhopal, Bougainville and OK Tedi : Why Australia's Forum Non Conveniens Approach is Better », *I.C.L.Q.*, 1998, 573 e.s. ainsi que A. NUJYS, 145 e.s.

<sup>2533</sup> *Voth v Manildra Flour Mills Pty. Ltd.*, [1990] 65 A.L.J.R. 83, [1990] 171 CLR 538, (1990) 97 A.L.R. 24 (HCA).

<sup>2534</sup> Ce qui fit dire à MM. Sykes et Pyles (ac, 1990, 91) que le droit australien n'était pas encore fixé. V. *Muller v Fencott*, (1981) 3 A.L.R. 310 (Fed. Ct.) et *In the Marriage of Takach* (1980) F.L.C. 90-883 (deux espèces qui mettaient en jeu un conflit de procédures, et dans lesquelles les tribunaux ont adopté une approche inspirée de la jurisprudence *Abidin Daver*).

largement récompensée puisqu'avec la décision *Henry v Henry* la concurrence de procédures fut au centre des préoccupations.<sup>2535</sup> En l'espèce, il s'agissait d'une affaire de divorce, qui opposait un citoyen australien à son épouse allemande. La question était de savoir si le for australien, saisi d'une demande de divorce formulée par l'époux, devait s'incliner au nom du *forum non conveniens* devant la saisine antérieure des tribunaux de Monaco, devant lesquels l'épouse sollicitait également le divorce. Les tribunaux du fond avaient refusé de faire droit à l'exception de for approprié.

A l'unanimité, la Haute Cour réforma la décision et enjoignit à la Cour d'Appel de reconsidérer sa décision à la lumière des principes qu'elle exposa.<sup>2536</sup> L'issue du débat faisait peu de doute : le litige appartenait quasi-naturellement aux tribunaux de Monaco où les époux avaient vécu maritalement et où était localisé une partie importante de leur patrimoine. Les liens avec l'Australie étaient au contraire plus que ténus, les époux n'y avaient jamais vécu.<sup>2537</sup> Le seul lien avec ce pays était la résidence de l'époux, qui y avait déménagé après la séparation.<sup>2538</sup> Il était donc évident que le for de Monaco était plus approprié. Restait à savoir quelle était l'incidence sur l'exception de for plus approprié, de l'existence de deux procédures concurrentes. La Haute Cour profita de l'occasion pour donner quelques explications sur cette question.

**564. Une prise en charge particulière des procédures concurrentes** - Tout comme ils s'étaient divisés sur la règle générale, les juges australiens ne purent s'accorder sur le traitement des conflits de procédures. Le Chief Justice refusa de répondre à l'invitation du conseil de la défenderesse, qui soulignait l'importance de la concurrence de procédures, en insistant au contraire sur la qualité du lien entre le litige et la juridiction, comme critère déterminant du test.<sup>2539</sup> A ses yeux, il n'y avait pas lieu de tenir compte de l'état d'avancement de la procédure concurrente à Monaco ou de l'ordre chronologique des procédures.<sup>2540</sup> Le test devait uniquement se préoccuper de la connexion entre le litige

<sup>2535</sup> *Henry v Henry*, [1995-1996] 185 CLR 571, 135 A.L.R. 564 (HCA). V. les commentaires de P. NYGH, « Voth in the Family Court Re-Visited : The High Court Pronounces Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens », *Australian Family Law*, 1996, 163 e.s.

<sup>2536</sup> Le Chief Justice Brennan décida également en faveur de l'appel, en adoptant toutefois une autre motivation beaucoup plus conservatrice, qui s'en tenait aux principes généraux (et très restrictifs) du *forum non conveniens* tel que développé en droit australien. La différence entre le Chief Justice et la majorité portait sur l'existence ou non d'une présomption en faveur de l'élection de for du demandeur comme principe premier de l'analyse. Le Chief Justice insistait sur cette présomption, qui devait selon lui constituer le point de départ de l'analyse et non un simple facteur comme tant d'autres dans l'évaluation globale ([1995-1996] 185 CLR 571, 579-580) : « In my respectful opinion, it is erroneous in principle to regard the prima facie right to insist on the exercise of the jurisdiction of the selected forum as a factor to be weighed in a balance of convenience or appropriateness between the selected forum and a foreign forum. The gravamen of the [applicable] test is that some reason must be shown, not for preferring one forum or another, but for staying the exercise of the jurisdiction of the selected forum ». La majorité au contraire cherchait à diminuer l'importance de cette présomption ([1995-1996] 185 CLR 571, 588-589) : « in some cases, too much weight may have been given to the notion that a proceeding regularly invoked provides a prima facie right to have the proceedings continue in that forum » et plus loin « there may be cases where the forum is so clearly inappropriate that the notion of prima facie right can have no real bearing on the matter [...] ».

<sup>2537</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 582-583 (majorité).

<sup>2538</sup> Le Chief Justice expliqua que « The parties to the marriage in the present case were not married in Australia. They have never lived in this country as man and wife. Their married life was in Europe, latterly in Monaco, where they had their matrimonial home. In this country, there are no children of the marriage. [...] Nor is there any substantial property of the spouses [...] In short, there is no connection between the marriage of the parties and this country » ([1995-1996] 185 CLR 571, 580, par Brennan, CJ).

<sup>2539</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 580 : « It is sufficient for the appellant to show an absence of any connection between the marriage [...] on the one hand and Australia on the other ».

<sup>2540</sup> Le juge Brennan conclut que « It is not helpful to inquire where there are proceedings on foot elsewhere and then, perceiving that duplication of the proceedings in the selected forum would be undesirable, hold that the selected forum is clearly inappropriate » [1995-1996] 185 CLR 571, 581.

et les deux fors. La majorité ne l'entendit pas de cette oreille. Après avoir rappelé les grandes lignes de la doctrine australienne du *forum non conveniens*,<sup>2541</sup> les 4 juges de la majorité<sup>2542</sup> examinèrent quelle devait être l'incidence de l'existence d'un conflit de procédures sur le *forum non conveniens*.

Les juges notèrent d'abord que dans une décision rendue en 1993, la Cour d'Appel avait émis des doutes sur la pertinence de la version australienne du *forum non conveniens* lorsque le for étranger est également saisi.<sup>2543</sup> Analysant l'exception de for approprié, les juges avaient noté dans cette affaire que le test laissait entier la possibilité que se poursuivent les deux procédures.<sup>2544</sup> Et les juges d'ajouter que si les deux tribunaux concernés ont simultanément recours à l'exception de for plus approprié, il n'est pas exclu qu'ils se refusent tout deux de se dessaisir, laissant subsister les deux procédures.<sup>2545</sup> La Haute Cour pris note de ce que les juridictions du fond n'avaient toutefois pas en général accordé grande importance à l'existence d'une procédure concurrente pour refuser le 'stay'. Les juges se distancèrent de ce raisonnement, en expliquant les inconvénients qui découlaient du parallélisme de procédures.<sup>2546</sup> La Cour déduisit de cette prémisse qu'il serait vexatoire « de commencer une deuxième procédure devant les tribunaux australiens, lorsqu'une action portant sur le même litige a déjà été engagée ».<sup>2547</sup>

Sans plaider pour un sursis automatique de la procédure du for, les juges de la majorité expliquèrent qu'au minimum, l'existence d'une procédure devant le for étranger devait être considérée comme « extrêmement pertinente »<sup>2548</sup> pour l'appréciation de l'exception. Et les juges d'indiquer que « les tribunaux doivent tendre à éviter la concurrence de procédures, dans la limite de ce que permet le test du *forum non conveniens* ».<sup>2549</sup>

Les précisions que les juges fournirent ensuite sur la nature des éléments à prendre en considération, ne trompent pas : la majorité indiqua que sont pertinents « l'ordre dans lequel les instances ont été engagées, le stade qu'elles ont atteint et les dépenses qui ont été encourues ».<sup>2550</sup> Les autres facteurs plus classiques du *forum non conveniens* conservent bien entendu toute leur pertinence.

<sup>2541</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 586-587.

<sup>2542</sup> Les juges Dawson, Gaudron, McHugh et Gummow.

<sup>2543</sup> *Gilmore v Gilmore*, (1993) 11 F.L.R. 311 ; 16 Fam. L.R. 285. En l'occurrence, une procédure de divorce était pendante en Nouvelle-Zélande, parallèlement à celle pendante en Australie. Sur cette décision, P. NYGH, "Voth in the Family Court : Forum Conveniens in Property and Custody Litigation", *Australian Fam L.J.*, 1993, 260 e.s.

<sup>2544</sup> Selon Fogarty, LJ, le test « might lead to inconvenience, in that it will create the risk of parallel proceedings », (1993) 110 FLR 311, 320; 16 FamLR 285, 293. Lindermayer J avait lui expliqué que le test "is bound to lead to increased forum shopping and jurisdictional conflict [...]" (110 FLR 311, 339; 16 Fam LR 285, 313).

<sup>2545</sup> « If the courts of New Zealand apply the Spiliada test to such cases, as seems not unlikely, then the prospect of having a number of cases in which parallel proceedings for similar relief are going forward in both courts simultaneously on either side of the Tasman, is one which can only be regarded with great trepidation by those responsible for the administration [of the courts] in both countries » : 110 FLR 311, 339; 16 FamLR 285, 313, Lindenmayer LJ.

<sup>2546</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 590-591 : "From the parties' point of view, there is no less – perhaps considerably more – inconvenience and embarrassment if the same issue is to be fought in the courts of different countries according to different regimes, very likely permitting of entirely different outcomes".

<sup>2547</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 591 : « It is prima facie vexatious and oppressive, in the strict sense of those terms, to commence a second [...] action in the courts of this country if an action is already pending with respect to the matter in issue ».

<sup>2548</sup> « highly relevant », [1995-1996] 185 CLR 571, 591.

<sup>2549</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 591 : "courts should strive, to the extent that Voth permits, to avoid that situation".

<sup>2550</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 592 : « the order in which proceedings were instituted, the stage which they have reached and the costs that have been incurred ».

565. *Henry v. Henry*, une première étape vers l'autonomie des conflits de procédures - Le jugement de la majorité n'indique pas expressément que l'existence d'un conflit de procédures justifie l'adoption d'un test différent. Entre les lignes, cette conclusion est toutefois limpide. Comme le relevait M. *Nygh*, lorsqu'existe un tel conflit, le point de départ de l'analyse doit dorénavant être le souci d'éviter la concurrence de procédures.<sup>2551</sup> Si les liens entre les fors et le litige conservent leur importance, la Haute Cour a également injecté une dose importante de litispendance dans l'analyse, en prescrivant de tenir compte de l'ordre de saisine. De plus, la Cour a clairement signifié sa réticence à autoriser une partie à ouvrir un second front alors qu'une bataille a déjà été engagée à l'étranger.<sup>2552</sup> Manifestement la Cour reconnaît que l'existence d'un conflit de procédures nécessite une approche adaptée.<sup>2553</sup> On s'éloigne peu à peu de l'assimilation du conflit de procédures à une situation comme une autre où la théorie générale du *forum non conveniens* doit s'appliquer.

566. Confirmation de la jurisprudence *Henry* dans les décisions ultérieures - La jurisprudence eut par la suite l'occasion de confirmer que les procédures concurrentes appelaient un traitement sensiblement distinct. Ce fut le cas dans l'affaire *CSR v Cigna*, même si celle-ci portait sur une demande d'interdiction de procéder et non de dessaisissement.<sup>2554</sup> L'injonction ne pouvait être décernée que pour autant que le for australien constituait le for le plus approprié<sup>2555</sup> ce qui obligeât la Cour à se pencher sur la question du test applicable au 'stay' en présence d'une concurrence d'actions.<sup>2556</sup> En l'occurrence, le conflit opposait un tribunal américain, saisi d'une demande visant à faire constater que les demandeurs étaient en droit de réclamer de leurs assureurs compensation pour les dommages causés par l'amiante qu'ils avaient commercialisé, et un tribunal australien, à qui les assureurs avaient demandé d'interdire la poursuite de la procédure américaine.

La Cour confirma sa jurisprudence *Henry* : selon les juges, lorsqu'une action est pendante aussi bien en Australie que devant le juge étranger, « il est *nécessaire* pour le tribunal

<sup>2551</sup> P. NYGH, « Voth in the Family Court Re-Visited : The High Court Pronounces Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens », *Australian Family Law*, 1996, 163, en conclusion : "where there is a lis alibi pendens, the forum must start from the point of view that this is undesirable".

<sup>2552</sup> [1995-1996] 185 CLR 571, 591 : "It is prima facie vexatious and oppressive in the strict sense of those terms, to commence a second [...] action in the courts of this country if an action is already pending with respect to the matter in issue". V. aussi P. NYGH, *l.c.*, *Australian Family Law*, 1996, 163, en conclusion : la Haute Cour « has certainly sent a strong message to those who walk away from existing foreign proceedings to try their luck in Australia ».

<sup>2553</sup> V. P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", in J BASEDOW e.a. (réd.), *Private law in the international arena...*, Den Haag, T. M. C. Asser Press, 2000, (511) 524 : l'affaire *Henry* est pertinente par "its recognition that the lis alibi pendens creates a situation to which somewhat different rules apply than in the case of a single action" et à la p. 526 : "In relation to parallel litigation, the Australian High Court has truck out on its own path. Alone among common law jurisdictions it has developed specific rules for lis alibi pendens and related actions".

<sup>2554</sup> *CSR Ltd. v Cigna Insurance Australia Ltd. et al.*, (1997) 189 CLR 345 ; 146 ALR 402 (High Court). Ici encore, le Chief Justice Brennan s'opposa à la majorité des juges. Sur cette affaire, v. les commentaires de A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l. L.*, 1997, 314-324.

<sup>2555</sup> Au sens où cette expression est entendue en droit australien, c-à-d que le tribunal australien n'était pas un for manifestement inapproprié.

<sup>2556</sup> Comme le note la majorité, « If the Australian court decides that it is clearly an inappropriate forum, that will be the end of its involvement and the occasion for considering whether to grant an anti-suit injunction or other relief will not arise. If the Australian court reaches the opposite conclusion, namely that it is not a clearly inappropriate forum, then it must go on to determine whether to require the applicant to seek a stay or dismissal of the foreign proceedings or to grant an anti-suit injunction" : 146 ALR 402, 438.



australien de prendre en compte l'existence d'une procédure étrangère pour déterminer si oui ou non il doit surseoir à statuer ». <sup>2557</sup> Et les juges d'expliquer que s'il en était ainsi, c'est en raison de l'importance des problèmes engendrés par la concurrence de procédures. Voilà qui confirme le traitement privilégié de la concurrence de procédures au sein du *forum non conveniens* australien. <sup>2558</sup>

La Cour mit toutefois un bémol à ce constat, en notant les différences qui séparaient les deux procédures, notamment en ce qui concerne l'application des lois américaines anti-trust : en l'espèce, les deux procédures ne se chevauchaient que parce que le petitum de l'une constituait la négation du petitum de l'autre. <sup>2559</sup> On peut y voir la preuve que l'importance accordée à la concurrence de procédures sera d'autant plus grande que les actions seront identiques. <sup>2560</sup>

Toujours est-il que cette décision constitue un pas supplémentaire dans la reconnaissance d'une certaine autonomie au conflit de procédures au sein de l'exception de for inapproprié. La jurisprudence a d'ailleurs suivi le mouvement : dans une décision du 24 mars 2000, <sup>2561</sup> la *Family Court* eut soin, pour accorder un 'stay' en faveur d'une procédure concurrente pendante aux Iles Fiji, de souligner le danger que la poursuite de deux actions concurrentes pourrait mener à des décisions contradictoires. Comme dans l'affaire *Herry*, la procédure australienne de divorce avait été engagée alors qu'une procédure de séparation était déjà pendante devant le juge étranger. <sup>2562</sup> Il en aurait donc peut être été autrement si la procédure australienne avait été engagée la première, ce qui contribue d'ailleurs à rapprocher encore plus cette version australienne du *forum non conveniens* de la litispendance continentale. On peut également faire ce rapprochement à propos de la jurisprudence récente au Canada.

## B. La concurrence de procédures et le *forum non conveniens* au Canada

**567. Le *forum non conveniens* au Canada : principes généraux et évolution historique** - Parallèlement à l'évolution de la jurisprudence australienne, certains tribunaux canadiens ont également manifesté la volonté d'accorder une plus grande importance à la concurrence de procédures au sein de la doctrine générale du *forum non conveniens*. Pendant longtemps les tribunaux canadiens se sont contenté de suivre la ligne de conduite posée par la Cour d'Appel anglaise dans l'affaire *Saint Pierre*, en ne retenant qu'une version somme toute assez restrictive de l'exception de for inapproprié. Ainsi le fondement de la doctrine était toujours le droit du demandeur à élire le for de son choix, choix qui n'était sanctionné que dans des circonstances exceptionnelles. <sup>2563</sup>

<sup>2557</sup> 146 ALR 402, 439 : « Where proceedings are pending both in an Australian court and in a court of another country, it is necessary for the Australian court to have regard to the existence of the foreign proceedings in determining whether to stay its own proceedings on forum non conveniens grounds » (nous soulignons).

<sup>2558</sup> V. aussi P. NYGH, *l.c.*, in J BASEDOW e.a. (réd.), *Private law in the international arena...*, Den Haag, T. M. C. Asser Press, 2000, (511) 524-525.

<sup>2559</sup> 146 ALR 402, 439, 441.

<sup>2560</sup> *Supra*, n° 542 pour la jurisprudence anglaise à ce propos.

<sup>2561</sup> *Beverly Florence Fernier-Watson v Denis Allan McElrath*, Family Court of Australia, [2000] Fam CA 219.

<sup>2562</sup> Les deux procédures ne coïncidaient pas exactement, puisque l'instance fijiienne visait à obtenir la séparation de corps, alors que l'époux, entre temps établi en Australie, y sollicitait le divorce. La Cour ne prêta guère attention à ces subtilités. Elle expliqua que « It was clear that there was but one dispute between the parties, that being the marital relationship », § 102.

<sup>2563</sup> V. par exemple *Rogers v Bank of Montreal* [1984] 2 W.W.R. 597, 4 D.L.R. (4th) 567, 622-623 (la Cour d'Appel de la Colombie britannique réforme la décision du juge de première instance, parce que celui-ci "has failed [...] to place

La Cour d'Appel de la Colombie britannique a consacré cette version restrictive du *forum non conveniens* à l'occasion d'un conflit de procédures dans l'affaire *Avenue Properties*.<sup>2564</sup> En l'espèce, les tribunaux de l'Ontario et de la Colombie britannique s'opposaient dans un litige portant sur la vente d'une propriété située dans la première province. Lorsque l'acheteur resta en défaut de payer le prix convenu, le vendeur l'actionna devant les tribunaux de l'Ontario. L'acheteur répliqua 6 mois plus tard par la saisine des tribunaux de la Colombie britannique, son action visant à faire constater que le contrat était nul et non venu. Pour la Cour d'appel, le juge McLachlin expliqua qu'en principe, le choix du for du demandeur ne devait pas être écarté à la légère : il avait le droit d'avoir accès aux tribunaux de son choix et dès lors le 'stay' ne devait être accordé qu'avec la plus grande réserve.<sup>2565</sup> Se penchant ensuite sur le conflit de procédures, le juge n'y vit pas un facteur décisif dans un sens ou dans l'autre : l'existence d'une procédure concurrente dans le for étranger, expliqua-t-il, n'est pas en elle-même suffisante pour justifier l'octroi d'un stay, en particulier lorsque le demandeur dans le for est défendeur à l'étranger.<sup>2566</sup>

Cette décision ne laissait pas présager d'une reconnaissance des spécificités de la concurrence de procédures.<sup>2567</sup> La version moderne du *forum non conveniens* canadien ne fut esquissée qu'à partir des années 1990, avec l'arrêt *Ambem* de la Cour Suprême.<sup>2568</sup> Dans cette affaire, se posait la question de savoir si le juge canadien pouvait légitimement interdire à une partie de poursuivre une procédure engagée au Texas. Le juge Sopinka profita de l'occasion pour présenter une véritable synthèse des principes applicables aux relations entre procédure du for et procédure étrangère.<sup>2569</sup> Le détour ainsi fait par le *forum non conveniens* et le concept de for approprié était selon le juge nécessaire, parce

---

sufficient emphasis on the right of the plaintiff to bring this action in British Columbia [...]). En l'espèce il n'y avait pas litispendance.

<sup>2564</sup> *Avenue Properties Ltd. v First City Development Corp., Ltd.*, 32 D.L.R. (4th) 40; (1986) 7 B.C.L.R. (2d) 45 (Cour d'Appel de la Colombie Britannique, 1986). En première instance : *Avenue Properties Ltd. v First City Development Corp., Ltd.*, 65 B.C.L.R. 301.

<sup>2565</sup> 32 D.L.R. (4th) 40, 45 : "a plaintiff's choice of forum should not be lightly denied. It is his right to have ready access to the courts of his jurisdiction and not to be required to travel outside his jurisdiction to present his case [...]. Accordingly, the court's jurisdiction to stay proceedings should be used sparingly".

<sup>2566</sup> "[...] the existence of two actions in different jurisdictions is not in itself sufficient to invoke the court's jurisdiction to grant a stay, particularly when the plaintiff in the forum court is a defendant in the foreign action" : 32 D.L.R. (4th) 40, 45. Dans le même sens, *Eco Heatings Products Ltd. v J. K. Campbell & Associates, Ltd.*, (1990) 48 B.C.L.R.(2d) 36.

<sup>2567</sup> V. également une décision plus ancienne de la même Cour d'Appel, *Tompkins Contracting Ltd. v Northern Clearing Enterprises Ltd.*, (1964) 50 W.W.R. 246 : ici aussi, les juges jurèrent par la version restrictive du forum non conveniens, en ne réservant pas un accueil spécifique à la question de la concurrence de procédures. Le juge Davey expliqua que si "There is no question but that the supreme court of British Columbia has jurisdiction to stay proceedings before it when litigation between the same parties and over the same subject matter is before the courts of another country", il demeurerait cependant que "The ground upon which that jurisdiction is exercised is to restrain vexatious and oppressive litigation [...]" ((1964) 50 W.W.R. 246, 251). Comme le voulait la jurisprudence anglaise du siècle passé, il suffisait au demandeur d'alléguer l'existence d'une différence substantielle entre les deux procédures pour obtenir le rejet du stay : "But litigation ought not to be stayed if there is real reason to apprehend prejudice to one of the parties because of differences in rights, remedies or procedure by requiring the action to proceed in another forum" ((1964) 50 W.W.R. 246, 251).

<sup>2568</sup> *Ambem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.* [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, [1993] 1 S.C.R. 897. En première instance, 65 D.L.R. (4th) 567, 38 C.P.C. (2d) 232, 42 B.C.L.R. (2d) 77 (Supreme Court of British Columbia) et en appel : 75 D.L.R. (4th) 1, 44 C.P.C. 1, 50 B.C.L.R. (2d) 218 (Court of Appeal). V. sur cette affaire C. G. CASTEL, "Some Recent Trends in Canadian Private International Law", *N.I.L.R.*, 1993, 15 e.s. et J. BLOM, "Injunction Against Prosecution of an Action in Another Jurisdiction (*Ambem Products Inc. v British Columbia*)", *Canadian Yearb. Int'l L.*, 1993, 405 e.s.

<sup>2569</sup> V. surtout les pages 102 D.L.R. (4th) 96, 104 et suivantes, le paragraphe intitulé "Choosing the forum in modern litigation". Son speech fut d'ailleurs largement cité et approuvé par Lord Goff dans l'affaire *Airbus Industries GIE v Patel and Others*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631, 638 (H.L.).

qu'une interdiction de procéder pouvait à ses yeux plus difficilement être accordée s'il apparaissait que le for étranger pouvait légitimement revendiquer un titre à entendre la cause.<sup>2570</sup> Ainsi, le juge entreprit-il de réformer en profondeur les principes applicables en droit canadien au *forum non conveniens*.<sup>2571</sup> Après avoir rappelé l'évolution de la jurisprudence anglaise, le juge Sopinka adopta une formule quasi-identique à celle proposée dans l'arrêt *Spiliada* : le 'stay' sera accordé dès lors que le for étranger est manifestement plus approprié pour connaître de la cause, une appréciation qui se fonde sur les liens qui unissent le litige et les parties aux deux fors concurrents.<sup>2572</sup> Ainsi le droit canadien embrassa lui aussi le concept de 'for naturel', rétablissant l'équilibre entre demandeur et défendeur.<sup>2573</sup>

**568. *Forum non conveniens* et concurrence de procédures (1) : l'affaire *Thrifty*** - Cette libéralisation n'avait toutefois pas permis de préciser l'importance qui revient au conflit de procédures à l'intérieur de l'exception de for inapproprié. Ceci fut fait avec deux décisions de la Cour d'Appel de la Colombie britannique, qui réservèrent une grande place à la concurrence de procédures et augurèrent sinon d'une certaine autonomie du conflit de procédures, au moins d'une plus large prise en compte de cet élément.

La première décision fut rendue dans un litige opposant une entreprise de location de voitures à une autre à qui elle avait attribué une licence d'exploitation.<sup>2574</sup> Le preneur de licence se voyait reprocher de n'avoir pas satisfait à ses obligations contractuelles. Assigné en paiement des redevances convenues devant les tribunaux de l'Ontario, il riposta devant les tribunaux de la Colombie britannique, sollicitant la résolution du contrat et d'importants dommages et intérêts. A ces demandes croisées répondirent des demandes croisées de dessaisissement, fondée sur l'exception de for inapproprié. Les

<sup>2570</sup> 102 D.L.R. (4th) 96, 106 : pour arriver à définir les conditions présidant à l'octroi d'une interdiction de procéder, il est nécessaire "to consider when a foreign court has departed from our own test of forum non conveniens to such an extent as to justify our courts in refusing to respect the assumption of jurisdiction by the foreign court [...]" . La Cour Suprême s'est aligné, en ce qui concerne l'interdiction de procéder, sur les principes dégagés par la Chambre des Lords dans l'affaire *SNI Aerospatiale v Lee Kwa Jak*, précitée.

<sup>2571</sup> La voie vers une certaine libéralisation de l'exception de for inapproprié avait déjà été tracée dans une décision de la même Cour Suprême dans l'affaire *Antares Shipping Corp. v The Capricorn* (1977) 2 S.C.R. 422, 65 D.L.R. (3d) 105, dans laquelle la Cour avait, par la voix de Richie J., déjà prôné une certaine libéralisation du 'stay', notamment par l'abandon de la présomption en faveur du choix du for du demandeur. La décision ne fit cependant pas école, sans doute parce qu'elle avait été prononcée dans une affaire d'"amirauté". La Cour d'Appel de la Colombie britannique dira plus tard que la décision dans l'affaire *Antares* "has been treated as one arising on its particular facts and seems to have had little influence on the decisions of Canadian courts" : *472900 B.C. Ltd. v Thrifty Canada Ltd.*, 168 D.L.R. 4th 602, 619. V. également l'opinion dissidente d'un juge de la Cour d'Appel dans l'affaire *Rogers v Bank of Montreal* [1984] 4 D.L.R. (4th) 567, 607 (le juge propose de "discard [...] the admonition to be found in many cases to the effect that the foreign litigant shall not be lightly refused access to the King's Courts").

Sur l'histoire du *forum non conveniens* au Canada jusqu'à l'arrêt *Amchem, v. E. L. HAYES*, "forum non conveniens in England, Australia and Japan : the Allocation of Jurisdiction in Transnational Litigation", *U.B.C. L. Rev.*, 1992, (41), 42-45 et déjà C. G. CASTEL, "Jurisdiction and the Exercise of Discretion by the Court - Forum Conveniens", *Canadian Bar Review*, 1971, 466 e.s. Adde E. EDINGER, "The MacShannon Test for Discretion : Defence and Delimitation", *Canadian bar Review*, 1986, 283 e.s.

<sup>2572</sup> 102 D.L.R. (4th) 96, 109-112. A la différence du test anglais, la formule proposée par le juge ne comporte toutefois qu'un seul membre, les avantages et désavantages respectifs pour les parties entrant en compte dans la détermination du for naturel.

<sup>2573</sup> La 'révolution' *Amchem* et la réforme du *forum non conveniens* canadien est sans doute en partie due au changement considérable du sort réservé aux jugements étrangers, que la Cour Suprême avait libéralisé quelques temps plus tôt dans l'affaire *Morguard Investments Ltd. v De Sauge* (1990) 76 D.L.R. (4th) 256, [1990] 3 S.C.R. 1077, 46 C.P.C. (2d) 1, 15 R.P.R. (2d) 1, 52 B.C.L.R. (2d) 160. Le juge Sopinka a d'ailleurs fait référence à cette décision pour souligner l'importance de la *comitas* (102 D.L.R. (4th) 96, 105-106).

<sup>2574</sup> *472900 B.C. Ltd. v Thrifty Canada Ltd.*, 168 D.L.R. (4th) 602 (Cour d'Appel de la Colombie britannique, 1998).

tribunaux d'Ontario rejetèrent la demande de 'stay'; la Cour d'Appel de la Colombie britannique quant à elle fit droit à la demande de stay en faveur de la procédure concurrente, en vertu de la doctrine du *forum non conveniens*. Au passage elle précisa le rôle de l'existence d'une procédure concurrente dans l'application de cette doctrine.<sup>2575</sup>

Après avoir rappelé les grandes lignes de l'histoire du *forum non conveniens* tant en Angleterre<sup>2576</sup> qu'au Canada,<sup>2577</sup> la Cour d'Appel, par la voix du juge Esson, entrepris d'expliquer pourquoi la décision antérieure de la Cour dans l'affaire *Avenue Properties* (*supra*, n° précédent) ne pouvait plus être suivie.<sup>2578</sup> Le juge constata tout d'abord que les principes sur lesquels *Avenue Properties* était fondé, et notamment la présomption en faveur du choix de for du demandeur, avaient depuis lors été répudié comme contraires à la *comitas* internationale.<sup>2579</sup> Dorénavant il revenait à la courtoisie de guider le juge dans son appréciation et non plus à l'attitude "insulaire" qui caractérisait la jurisprudence classique.<sup>2580</sup>

Pour déterminer le rôle du conflit de procédures, le juge s'inspira largement des principes dégagés par Lord Diplock dans l'affaire *The Abidin Daver* (*supra*, n° 531), en insistant notamment sur l'aversion de la courtoisie internationale pour le désordre des procédures concurrentes.<sup>2581</sup> Le poids accru reconnu à la courtoisie internationale avait radicalement changé la vieille tolérance des procédures concurrentes. Dorénavant, "les actions concurrentes portant sur le même objet doivent être évitées, à moins que la partie qui s'oppose au 'stay' ne montre qu'elle pourrait perdre un avantage juridique". En pratique la charge de la preuve avait basculé : lorsque le juge étranger a déjà été saisi, et qu'une partie tente de saisir le juge canadien, il devra justifier cette saisine concurrente sur laquelle pèse une présomption d'illégitimité. Cette présomption ne jouera toutefois pas lorsque le juge canadien est premier saisi.<sup>2582</sup>

En réalité, selon le juge, c'est le but même du 'stay' qui se trouve modifié. Il expliqua que "[u]n des buts principaux de la nouvelle règle est d'éviter d'avoir deux actions concurrentes pendantes dans des juridictions différentes, avec le risque attendant de décisions contradictoires".<sup>2583</sup>

Le visage du *stay* fut donc changé : non seulement le poids accordé à la concurrence de procédures fut renforcé, mais de plus le *stay* se vit attribué une nouvelle mission, à savoir la prévention des conflits de procédures. On conviendra qu'on est là bien loin de la

<sup>2575</sup> La Cour ne s'embarrassa pas de nuances pour constater l'identité entre les deux procédures, constatant simplement que "Although the pleading by [the plaintiff] in the British Columbia action are much more elaborate than its counterclaim in the Ontario action, it is clear that the two proceedings arise out of the same matter and raise the same issue" : 168 D.L.R. (4th) 602, 607.

<sup>2576</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 608-618.

<sup>2577</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 618-622.

<sup>2578</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 623-626.

<sup>2579</sup> Notamment dans les affaires *Ambem* et *Morguard Investments*, toutes deux précitées.

<sup>2580</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 626, n° 55. Et le juge de constater notamment que "The right of a plaintiff to sue in the court of his choice is not now a significant factor" : 168 D.L.R. (4th) 602, 617, n° 32.

<sup>2581</sup> Le juge Esson cite le dictum de Lord Diplock à la page 168 D.L.R. (4th) 602, 615, n° 24 et de le rappeler ensuite à la page 625-626.

<sup>2582</sup> Dans ce cas au contraire, il sera sans doute plus facile au demandeur d'obtenir une interdiction de procéder.

<sup>2583</sup> 168 D.L.R. (4th) 602, 617, n° 32 : "Parallel actions dealing with the same subject matter must now be avoided unless the party resisiting the application to stay can demonstrate possible loss of a juridical advantage. [...] A primary purpose of the present rule is to avoid having two actions proceeding in different jurisdictions with the attendant risk of conflicting decisions".

douce indifférence proclamée par les tribunaux anglais !<sup>2584</sup> En l'espèce la Cour d'Appel réforma la décision entreprise et accorda le 'stay' demandé en faveur de la procédure engagée en Ontario.

**569. Forum non conveniens et concurrence de procédures (2) : l'affaire Westec**  
 - La Cour d'Appel réitéra son souci de ne pas permettre l'apparition de procédures concurrentes dans l'affaire *Westec*.<sup>2585</sup> Ici aussi la Cour laissa entendre que le *forum non conveniens* devait laisser une place conséquente au conflit de procédures. Le conflit opposait une entreprise américaine à un fournisseur canadien à propos d'un logiciel conçu par ce dernier et mis à la disposition du premier. Les parties ne s'entendant plus, Raytheon sollicita des tribunaux du Kansas une déclaration l'exonérant de toute responsabilité pour une éventuelle violation du contrat. Trois mois plus tard, l'entreprise canadienne assigna son adversaire au Canada, en demandant d'importants dommages et intérêts. Raytheon entrepris de convaincre les tribunaux canadiens de laisser leurs collègues américains se prononcer sur l'affaire.<sup>2586</sup>

La Cour confirma que même en présence d'actions concurrentes, le stay devait être apprécié sur base de la doctrine du *forum non conveniens*. Il n'était donc pas question d'en appeler à une doctrine spécifique. Pour autant, l'existence d'une procédure concurrente n'était pas indifférente, surtout lorsque, comme en l'espèce, elle avait été engagée avant la saisine du for. Rappelant les principes dégagés dans l'affaire *Thrifty*, le juge Rowles formula la règle suivante : lorsqu'une procédure concurrente a déjà été engagé devant un for étranger et que celui-ci constitue le for naturel de la cause, le juge canadien accordera un stay, à moins que le demandeur ne montre qu'une telle mesure le priverait d'un avantage tellement important que le stay lui causerait une injustice.<sup>2587</sup> Deux préoccupations informaient cette règle, à savoir le souci de prévenir le gaspillage de ressources qu'entraînent les conflits de procédures et celui d'éviter une éventuelle contradiction entre décisions.<sup>2588</sup> Ce faisant, le juge désavoua la décision du juge de première instance, qui s'était inspiré sur les principes mis en exergue dans l'affaire *Properties A venue*, et n'avait donc pas accordé d'importance particulière à la concurrence de procédures.

Une fois les principes dégagés, il fut facile au juge de constater que les tribunaux du Kansas étaient aussi bien placés que ceux du Canada pour trancher le litige, l'un et l'autre possédant des liens substantiels avec la contestation.<sup>2589</sup> Tout en reconnaissant qu'une règle qui favoriserait systématiquement le juge premier saisi aurait des effets pervers, notamment celui d'encourager une course au for et de décourager les règlements à

<sup>2584</sup> Ce qui est d'autant plus paradoxal lorsque l'on sait que la Cour d'Appel se réclame essentiellement de l'enseignement de Lord Diplock dans l'affaire *Abidin Daver* pour justifier l'évolution!

<sup>2585</sup> *Westec Aerospace Inc. v Raytheon Aircraft*, 173 D.L.R. (4th) 498 (Cour d'Appel de la Colombie britannique 1999) et les commentaires de L. E. TEITZ, "International Litigation. Parallel Proceedings and the Guiding Hand of Comity", *Int'l. Lawyer*, 2000, (545), 551-553.

<sup>2586</sup> En l'espèce il s'agissait de savoir si le tribunal allait permettre la signification de l'acte introductif d'instance aux Etats-Unis. Selon la terminologie anglaise, l'affaire portait donc sur le '*forum conveniens*'. Les principes applicables étaient les mêmes, la Cour Suprême avait dans l'affaire *Amchem* jugé que le fait que le défendeur réside à l'étranger ne changeait pas la nature du test, mais constituait simplement un facteur supplémentaire dans l'équation : 102 D.L.R. (4th) 96, 111.

<sup>2587</sup> 173 D.L.R. (4th) 498, 507.

<sup>2588</sup> 173 D.L.R. (4th) 498, 508.

<sup>2589</sup> "both Kansas and British Columbia appear to be appropriate fora for the resolution of the dispute between Raytheon and Westec. The usual factors connecting the dispute to Kansas or British Columbia appear to be divided and indeterminate" : 173 D.L.R. (4th) 498, 509.

l'amiable,<sup>2590</sup> le juge conclut que puisque le tribunal américain saisi de la cause avait un titre aussi légitime que le for canadien pour trancher le litige, le stay devait être accordé.

570. Une jurisprudence qui doit encore s'imposer - Ces décisions s'éloignent du 'modèle' anglais posé dans *de Dampierre* : les conflits de procédures ne sont plus seulement un ingrédient du *forum non conveniens*, mais une donnée à part entière qui justifie l'application d'une règle sensiblement différente. Les tribunaux ne sont toutefois pas unanimes. Une partie de la jurisprudence canadienne s'est engagée dans une autre voie, en subordonnant le conflit de procédures au test du for approprié. C'est ce que note M. Bloom, pour qui lorsque l'exception de for plus approprié est invoquée, la circonstance que le for étranger est saisi d'une procédure concurrente, ne constitue qu'un facteur dans l'évaluation globale.<sup>2591</sup> Plusieurs décisions confirment cette constatation.

Ainsi dans un litige portant sur la livraison de rails de train, le vendeur réclamait-il le paiement du prix de vente devant les tribunaux de la Nouvelle Ecosse, alors que l'acheteur se plaignait du défaut des marchandises devant les juges québécois.<sup>2592</sup> La Cour d'Appel refusa de réformer la décision du premier juge, qui avait rejeté la demande de 'stay'. Passant en revue les différents éléments du test, la Cour conclut qu'il n'avait pas été démontré que les tribunaux québécois étaient « manifestement plus appropriés ». <sup>2593</sup> Elle s'appuya en particulier sur la possibilité pour le demandeur d'avoir recours en Nouvelle Ecosse à une procédure de 'discovery' plus étendue que celle disponible au Québec.<sup>2594</sup> Au total, l'existence d'un conflit de procédures ne fut guère prise en compte par la Cour, si ce n'est pour observer qu'à tout prendre, si un tribunal devait céder à l'autre, ce serait au tribunal second saisi de le faire.<sup>2595</sup>

Encore une fois, la concurrence de procédures ne joua pas un rôle décisif en l'espèce. Au contraire, la Cour reconnut expressément qu'il était fort possible qu'aucun des fors ne soit plus approprié que l'autre et qu'en conséquence les deux procédures se poursuivent de façon parallèle.<sup>2596</sup> Pour autant que les tribunaux prennent en compte l'existence du conflit de procédures, c'est dès lors au titre d'un facteur parmi d'autres.<sup>2597</sup> On va voir

<sup>2590</sup> La cour reconnaît "the inherent and unavoidable policy trade-off in the decision to avoid parallel proceedings. By fashioning rules that attempt to avoid or minimize the inefficiencies and injustices that can result from parallel proceedings, the court, to some degree, will necessarily favour on the jurisdiction question the party who initiates proceedings first". A cet argument, la Cour répond toutefois que la course au jugement n'est pas réhabilitaire puisque dans l'optique adoptée par la jurisprudence, le stay ne sera accordé que si le tribunal étranger, premier saisi, est également le for naturel de la cause : "this will only be the case where the court is satisfied that proceedings are underway in a forum which is appropriate for the resolution of the dispute" : 73 D.L.R. (4th) 498, 510. Et le juge d'ajouter que si l'approche qu'il adopte favorise la première saisine, refuser le stay substituerait une règle toute aussi néfaste qui favorise la course au jugement! (*supra*, n° X sur ce dictum).

<sup>2591</sup> En ce sens, J. BLOOM, « La jurisprudence canadienne en matière de droit international privé en 1997-98 », *Annuaire canadien de droit international*, 1998, (493), 503 (après avoir examiné la jurisprudence récente, M. Bloom note que « the fact that overlapping litigation is going on in another country, is treated at common law as merely a factor in forum non conveniens assessment »).

<sup>2592</sup> *Sydney Steel Corp. v Canadian National Railway Co.*, [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 170 N.S.R. (2d) 84 (Cour d'Appel de Nova Scotia).

<sup>2593</sup> [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 751 par Cromwell JA.

<sup>2594</sup> [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 751 par Cromwell JA.

<sup>2595</sup> «[...] if any deference is to be shown, it would be to the jurisdiction in which proceedings were first commenced, in the instance Nova Scotia », [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 755.

<sup>2596</sup> [1998] 164 D.L.R. (4th) 747, 754-755 : [...] there is no failure to adhere to the principle of comity when two courts conclude on the basis of similar considerations and principles that more than one forum is convenient", *infra* sur cette question.

<sup>2597</sup> V. également *Canadian Oxy Holdings Inc. v Gerling Global Gen. Ins. Co.*, (1997) 209 A.R. 69, 11 C.P.C. (4th) 356 (C.A.) (stay refusé alors même qu'une action concurrente est pendante aux Etats-Unis); *Loewen Group Inc. v*

que les tribunaux américains ont dépassé ce stade et libéré la concurrence de procédures du joug du *forum non conveniens*.

(2) LA DOCTRINE DE L'INTERNATIONAL ABSTENTION : LE FORUM NON CONVENIENS ADAPTÉ AU CONFLIT DE PROCÉDURES EN DROIT AMÉRICAIN

**571. Une jurisprudence encore naissante** - La doctrine du *forum non conveniens* a conquis les tribunaux américains à partir de la seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle.<sup>2598</sup> Les deux décisions phares de la Cour Suprême, *Gulf Oil* d'abord, *Piper Aircraft* ensuite, n'ont cependant pas permis d'élucider la question des rapports entre la possibilité nouvellement acquise pour les tribunaux de céder la priorité à un for étranger plus approprié et l'existence d'une concurrence de procédures. La Cour ne s'est à notre connaissance jamais penchée sur la question, à défaut d'une véritable opportunité pour ce faire. On comprend dès lors pourquoi une partie importante de la jurisprudence manifeste une certaine *indifférence* à la concurrence de procédures dans l'examen de l'exception de for plus approprié (*supra*, n° 548).

A l'instar de la jurisprudence canadienne et australienne, une partie de la jurisprudence américaine semble avoir pris conscience de la spécificité des procédures concurrentes au point de ménager à celles-ci une place particulière au sein de la doctrine du *forum non conveniens*. Ce courant de jurisprudence, quoique encore bien confus, se rapproche de manière étonnante de la règle de litispendance, sans toutefois en adopter l'automatisme.

Cette jurisprudence encore naissante s'inspire largement des solutions en vigueur au sein de l'espace judiciaire américain pour appréhender les procédures concurrentes.<sup>2599</sup> Pour en mesurer la portée, il convient dès lors de rappeler dans un premier temps les grands principes qui régissent la coordination des procédures concurrentes aux Etats-Unis (i). Ceci permettra ensuite d'apercevoir les contours, encore mal dessinés, de la jurisprudence qui tente de ménager aux conflits de procédures une place digne de ce nom au sein de la version américaine du *forum non conveniens* (ii).

(A) Les origines : le droit américain des conflits de procédures

**572. Deux exceptions à la règle générale** - On se rappellera le rôle important dévolu à l'exception de chose jugée pour résoudre les conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire américain : la *comitas* fédérale empêche en règle générale le recours aux solutions préventives, que ce soit l'interdiction de procéder ou la coordination par la déférence (*supra*, n° 339). Si l'on fait exception des procédures concurrentes mues entre deux tribunaux fédéraux, le principe veut que les deux procédures se poursuivent simultanément. Comme toute règle générale, la tolérance des conflits de procédures inter-américains souffre toutefois quelques exceptions. La jurisprudence révèle en effet

---

*Continental Ins. Co of Canada* (1997) 44 BCLR (3d) 387 (S.C.) (stay refusé malgré l'existence d'une procédure concurrente pendante aux Etats-Unis, parce qu'il n'a pas été démontré que le for américain est « clearly more appropriate ») ; *Ergdall v Omphalos Recovery Systems Inc.*, (1997) 8 W.W.R. 169, 159 Sask. R. 136 (Q.B.) (tribunal du Saskatchewan refuse un stay sollicité en faveur d'une procédure concurrente en Ontario).

<sup>2598</sup> Sur l'histoire du *forum non conveniens* en droit américain, v. CH. CHALAS, 69-87 et A. NUYTS, p. 92, n° 78 e.s.

<sup>2599</sup> Comme c'est souvent le cas en droit international privé américain, v. n° 339, *supra*. M. Burbank évoque dans ce contexte la « disposition to assimilate international to domestic interjurisdictional cases [...] » (*l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 208).

l'existence de certains aménagements à cette tolérance, aménagements qui diffèrent selon la nature des ordres judiciaires concernés. Ce sont précisément ces exceptions qui vont servir de référence à la jurisprudence naissante de l'abstention internationale. On peut distinguer deux types d'aménagements, selon qu'ils conduisent à un dessaisissement ou à un simple sursis à statuer d'un des juges concernés.

573. *'Abatement', 'dismissal' et jurisprudence Colorado River* – Pour résoudre la contradiction entre deux procédures concurrentes, un des tribunaux concernés peut décider d'abandonner toute prétention sur le litige et, en conséquence, se dessaisir. Cette mesure radicale n'a pas les faveurs de la jurisprudence américaine : on a déjà vu que les tribunaux avaient depuis toujours refusé de considérer que l'existence d'une procédure concurrente constituait une cause d'irrecevabilité justifiant un *'plea of abatement'*, règle qui a été confirmée par le *Restatement (supra, n° 341)*.

Ceci n'a pas empêché la Cour Suprême de reconnaître, du bout des lèvres, la possibilité pour un tribunal fédéral de renoncer à statuer, dans certaines circonstances bien délimitées, en raison de la saisine concurrente d'un tribunal d'un Etat. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a distingué plusieurs versions de ce qu'on a appelé la 'doctrine de l'abstention'.<sup>2600</sup> Pour justifier cette entorse à l'obligation de principe des tribunaux d'exercer une compétence qui leur est dévolue, la Cour en a appelé à la fois à l'économie judiciaire et à des considérations liées au fédéralisme américain et au délicat équilibre des relations constitutionnelles entre les différents niveaux de pouvoir.<sup>2601</sup> Ainsi dans le cadre de l'abstention dite *Pullman*, un tribunal fédéral peut-il renoncer à se prononcer sur une question de droit constitutionnel qui lui est soumise pour autant que la décision du tribunal étatique saisi concurremment, sur un point de droit local, rende inutile la décision du tribunal fédéral.<sup>2602</sup>

574. *'Abatement', 'dismissal' et jurisprudence Colorado River (suite)* – La plus connue, et la plus controversée,<sup>2603</sup> des doctrines américaines de l'abstention est sans nul

<sup>2600</sup> V. en général, C. A. WRIGHT, *Law of Federal Courts*, St Paul, West, 1994, 308 e.s. ; E. CHEMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, 2ème éd., Little Brown & Co., Boston, 1994, 685-778 ; *Am. J.* 2d, vol. 32 A, v° Federal Courts, §§ 1227-1348, NY, Lawyers Cooperative Publishing, 1995 et B. FRIEDMAN, "A Revisionist Theory of Abstention", *Mich. L. R.*, 1989, 530 e.s. ; MCMILLAN, "Abstention – The Judiciary's Self Inflicted Wound", *N.C.L. Rev.*, 1978, 527 e.s. ; J. A. DAVIES, "Pullman and Burford Abstention : Claryfing the Roles of State and Federal Courts in Constitutional Cases", *U.C. Davis L. Rev.*, 1986, 1 e.s. ; M. D. STAVEN, "The Abstention Doctrines : Balancing Comity with Federal Court Intervention", *Seton Hall L. Rev.*, 1998, 1102-1154 ainsi que N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 132-149.

Adde l'opinion du juge Brennan dans *Colorado River Water Conservation Dist. v. United States*, 424 U.S. 800, 813-816, qui passe en revue les différentes versions de l'abstention.

<sup>2601</sup> Le professeur Wright explique que "The demands of federalism are at the heart of the abstention doctrine" : C. A. WRIGHT, *op. cit.*, St Paul, West, 1994, 337.

<sup>2602</sup> Cette version de l'abstention a été consacrée dans la décision *Railroad Commission of Texas v. Pullman Co.*, 312 U.S. 496, 61 S. Ct. 643, 85 L.Ed. 971 (1941). Les autres types d'abstention sont 'Burford' : *Burford v. Sun Oil Co.*, 319 U.S. 315, 63 S.Ct. 1098, 87 L. Ed. 1424 (1943) et l'abstention 'Younger' : *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971).

<sup>2603</sup> Une partie de la doctrine ne cache pas son insatisfaction envers cette dernière extension de la jurisprudence de l'abstention, redoutant qu'elle mette à mal le droit des justiciables américains de porter leur litige à la connaissance des tribunaux fédéraux, v. p. ex. L. S. MULLENIX, "A Branch Too Far: Pruning the Abstention Doctrine", *Georgetown L. J.*, 1986, 99 e.s. (l'auteur qualifie l'abstention de "an invidious encroachment on the constitutional and statutory rights of federal litigants", p. 101) et de la même, "Declining to Decide: Is a Federal Court's Decision to Send a Case Back to State Court in Deference to Ongoing State Proceedings Immediately Appealable?", *Preview of U.S. Supreme Court Cases*, 1995-96, 224 et "Federal Abstention in Declaratory Judgement Actions", *Preview of U.S. Supreme Court Cases*, 1994-95, 275 ainsi que M. H. REDISH, *The Federal Courts in the Political Order*, 1991, 47-74 (M. Redish exprime des doutes sur la légitimité d'une abstention jurisprudentielle, estimant que si l'abstention il doit y avoir, il revient au seul législateur de se prononcer sur le principe et les limites, argument qu'il a également développé in "Abstention, Separation of Powers and Limits of the Judicial Function", *Yale L.J.*,



doute l'abstention dite *Colorado River*, du nom de l'affaire dans laquelle la Cour Suprême a inauguré cette forme d'abstention.<sup>2604</sup> Cette version de l'abstention, la plus récente chronologiquement, vise directement les conflits de procédures. Dans cette affaire la Cour n'en a en effet pas appelé aux nécessités du fédéralisme pour justifier l'abstention, mais uniquement à l'économie judiciaire et au souci de prévenir un gaspillage inutile. En l'espèce, un tribunal fédéral et un tribunal de l'Etat du Colorado avaient été saisi d'un litige portant sur la délimitation des droits respectifs d'une tribu indienne et de l'Etat du Colorado sur une rivière. La Cour Suprême devait se prononcer sur la question de savoir si le premier tribunal pouvait légitimement renoncer à statuer au profit du second. Tout en insistant lourdement sur l'obligation imposée aux tribunaux fédéraux d'exercer la compétence dont ils sont investis, la Cour reconnut toutefois la possibilité pour ces tribunaux de renoncer à statuer. A l'appui de cette décision, la Cour constata tout d'abord qu'aucune des versions classiques de l'abstention ne permettait en l'espèce au tribunal fédéral de se débarrasser du litige.<sup>2605</sup> La Cour passa ensuite en revue les règles régissant les relations entre les différents ordres judiciaires américains, pour constater qu'en règle générale, en cas de conflit entre une procédure fédérale et une procédure étatique, les deux instances devaient se poursuivre concurremment en raison de "l'obligation quasiment absolue des tribunaux fédéraux d'exercer la compétence qui leur est allouée".<sup>2606</sup>

Si de façon exceptionnelle, le tribunal fédéral pouvait cependant selon la Cour 'renvoyer' les parties devant le tribunal concurrent, c'était au nom de la "bonne administration de la justice, en ayant égard au souci de l'économie de procédures et d'un traitement complet du litige".<sup>2607</sup> La Cour ne laissa pas de doute sur la nature de cette nouvelle exception : parmi les facteurs que le juge fédéral doit prendre en compte pour évaluer l'opportunité d'un dessaisissement, le juge *Brennan* évoqua notamment "le souci d'éviter un éparpillement de l'instance" ainsi que "l'ordre dans lequel les fors concurrents ont été saisi".<sup>2608</sup> Il s'agit donc bien d'une abstention visant les conflits de procédures en tant que tels, où le souci de protéger l'intégrité des relations fédérales n'intervient qu'en filigrane.<sup>2609</sup> On comprend dès lors que la Cour ait pris soin de limiter au plus juste cette nouvelle extension de l'abstention,<sup>2610</sup> en insistant sur son caractère exceptionnel.<sup>2611</sup>

1984, 71 e.s. mais *comp.* du même, "Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem", *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), spéc. 1369-1374, où il explique pourquoi il a changé d'avis). V. également l'opinion dissidente des juges Stewart, Blackmun et Stevens dans l'affaire Colorado, qui reprochent à la majorité de "brader" le droit d'accès à la justice fédérale : *Colorado River Water Conservation Dist. v United States*, 424 U.S. 800, 821 e.s. D'autres commentateurs ont toutefois appuyé l'oeuvre de la Cour Suprême, p. ex. D. SHAPIRO, "Jurisdiction and Discretion", *N.Y.U.L.Rev.*, 1985, 543-577 et M. WELLS, "Why Professor Redish is Wrong About Abstention", *Georgia L. Rev.*, 1985, 1097 e.s.

<sup>2604</sup> *Colorado River Water Conservation Dist. v United States*, 424 U.S. 800, 96 S. Ct. 1236, 47 L. Ed. 2d 483 (1976).

<sup>2605</sup> *Colorado River Water Conservation Dist. v United States*, 424 U.S. 800, 813 (Brennan, J.).

<sup>2606</sup> 424 U.S. 800, 817 (Brennan J.) : "virtually unflagging obligation of federal courts to exercise the jurisdiction given them".

<sup>2607</sup> 424 U.S. 800, 817 : "[...] there are principles unrelated to considerations of proper constitutional adjudication and regard for federal-state relations which govern in situations involving the contemporaneous exercise of concurrent jurisdictions [...] by state and federal courts. These principles rests on considerations of wise judicial administration, giving regard to conservation of judicial resources and comprehensive disposition of litigation".

<sup>2608</sup> La Cour évoque notamment "the desirability of avoiding piecemeal litigation" et "the order in which jurisdiction was obtained by the concurrent fora" : 424 U.S. 800, 818.

<sup>2609</sup> Ce qui fait dire à M. *Wright* que l'abstention *Colorado River* est fondée "on the sole ground that there is a similar action pending in a state court in which the controversy between the parties can be resolved" : C.A. WRIGHT, *Law of Federal Courts*, St Paul, West, 1994, 335.

<sup>2610</sup> La décision de la Cour Suprême avait été préparée par deux jugements de la Cour d'Appel du 2<sup>ème</sup> Circuit : *Mottese v Kaufman*, 176 F. 2d 301 (CA 2<sup>nd</sup> Cir. 1949) et *P. Beiersdorf & Co v Mc Gohery*, 187 F.2d 14 (CA 2<sup>nd</sup> Cir. 1951).

La Cour Suprême aura par la suite l'occasion de préciser plus avant les facteurs qui doivent fonder l'appréciation du juge fédéral dans son examen de l'opportunité de l'abstention, tout en insistant à chaque fois sur le caractère exceptionnel de l'abstention.<sup>2612</sup> Au total, la possibilité pour un tribunal fédéral de renoncer à statuer au profit d'une procédure concurrente engagée devant un tribunal d'un Etat ne constitue que l'exception qui confirme la règle générale du maintien des deux procédures.<sup>2613</sup> Comme l'explique M. Wright, "il n'y a que dans de rares cas que les 'circonstances exceptionnelles' seront présentes, qui justifient que le tribunal fédéral renonce à statuer en raison d'une procédure concurrente devant un tribunal d'un Etat".<sup>2614</sup>

Tout en confirmant la tendance générale restrictive, les décisions ultérieures contribueront toutefois à embrouiller quelque peu les cartes. La Cour semble ainsi avoir décidé que la jurisprudence *Colorado River* permettait aux tribunaux fédéraux non seulement de renoncer à statuer, mais également de surseoir à statuer (le 'stay'),<sup>2615</sup> semant là les graines de la confusion qui allait s'installer dans la jurisprudence à propos du 'stay' en matière internationale (*infra*, n° 581).

**575. Le sursis à statuer ou 'stay' –** A côté de l'abstention pure et simple, les tribunaux américains ont également, et depuis fort longtemps, eu recours au *sursis à statuer* pour organiser la coordination des procédures concurrentes. Comme dans les autres pays de *common law*, le sursis prend la forme d'un 'stay', qui s'appuie sur le pouvoir inhérent des tribunaux de contrôler les procédures dont ils sont saisis (*supra*, n° 408).

Bien qu'une certaine confusion subsiste sur les origines de la jurisprudence,<sup>2616</sup> on constate que déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, les tribunaux américains étaient susceptibles de surseoir à statuer en faveur d'une procédure concurrente pendante devant un tribunal d'un autre Etat. C'est ainsi qu'en 1897, la Cour d'Appel de New York décidait que, puisque "lorsque plusieurs actions sont pendantes dans cet Etat et que la décision dans l'une de ces procédures sera décisive pour les droits en jeu dans l'autre, il est indéniable que le juge peut accorder un sursis à statuer", il n'y avait pas de raison "pourquoi la même règle ne

<sup>2611</sup> 424 U.S. 800, 813 ("abstention from the exercise of federal jurisdiction is the exception, not the rule"), 424 U.S. 800, 817 ("the virtually unflagging obligation of the federal courts to exercise the jurisdiction given to them") et 424 U.S. 800, 819 ("Only the clearest of justification will warrant dismissal"). En l'espèce la Cour refusa d'ailleurs d'approuver le refus par le juge fédéral de renoncer à statuer.

<sup>2612</sup> *Moses H. Cone Memorial Hospital v Mercury Construction Corporation*, 460 U.S. 1, 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed. 765 (1983) et *Will v Calvert Fire Insurance Co.*, 437 U.S. 655, 98 S.Ct. 2552, 57 L.Ed. 2d 504 (1978) et *on remand*, 586 F.2d 12 (7th Cir 1978).

<sup>2613</sup> Exception faite toutefois de la situation particulière des actions dénégatoires, auxquelles s'appliquent le *Declaratory Judgment Act*. La Cour Suprême a en effet expliqué que "[d]istinct features of the Declaratory Judgment Act, we believe, justify a standard vesting district courts with greater discretion in declaratory judgment actions than that permitted under the 'exceptional circumstances' test of *Colorado River* and *Moses H. Cone*": *Wilton v Seven Falls Co.*, 515 U.S. 277, 286 (1995). Et la Cour de décider que cette législation était "an enabling act, which confers a discretion on the courts rather than an absolute right on the litigant" (*Wilton v Seven Falls Co.*, 515 U.S. 277, 287 (1995)). Partant, les tribunaux fédéraux ont une plus grande latitude pour se débarrasser d'une demande fondée sur cette législation, sans devoir démontrer l'existence de 'circonstances exceptionnelles'. V. une application: *Supermicro Computer, Inc. v Digitecnic S.A.*, 145 F.Supp.2d 1147 (N.D.Cal., 2001). Sur cette question, N. SCHULTE, *ac.*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 149-150.

<sup>2614</sup> "[...] there will be rare cases in which 'exceptional circumstances' will exist justifying stay or dismissal because of a concurrent state proceeding, but in most cases neither stay nor dismissal will be proper and the federal court will be obliged to exercise its jurisdiction": C.A. WRIGHT, *ac.*, St Paul, West, 1994, 339.

<sup>2615</sup> *Moses H. Cone Memorial Hospital v Mercury Construction Corporation*, 460 U.S. 1, 17 (1983).

<sup>2616</sup> V. sur l'histoire de la jurisprudence américaine, J.-P. GEORGE, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 821-825.

devrait pas s'appliquer lorsque plusieurs actions sont pendantes dans des juridictions différentes".<sup>2617</sup> Et la Cour de suspendre en conséquence la procédure dont elle avait été saisie au profit d'un tribunal du Massachusetts.

Remède équitable par excellence, le 'stay' a progressivement intégré la *common law* des Etats américains pour subsister jusqu'à nos jours dans le droit de la plupart des Etats.<sup>2618</sup> Dans certains Etats, le sursis à statuer a même reçu une consécration législative, comme par exemple à New York<sup>2619</sup> ou en Illinois.<sup>2620</sup> Il a également été adopté par la législation fédérale relative aux enlèvements d'enfants,<sup>2621</sup> ainsi que par la loi modèle sur le même sujet qui a été adoptée par les 50 Etats.<sup>2622</sup> La deuxième édition du *Restatement of Conflict* a d'ailleurs confirmé la possibilité pour les tribunaux de surseoir à statuer en déférence à une procédure concurrente.<sup>2623</sup> Signalons enfin que le 'stay' n'est pas réservé aux relations

<sup>2617</sup> *Allentown Foundry and Machine Works v A.J.L. Loretz*, 16 App. Div. 72; 44 N.Y.S. 689 (NY 1897) : "In the case of several actions pending in this State, where the decision of one action will determine the rights set up in the others, unquestionably a stay may be granted. We do not see why the same rule should not apply to the case of actions pending in different jurisdictions". V. déjà *Lynch v Hartford Fire Ins. Co.*, 17 Fed. Reporter 627, 628 (Circuit Court New Hampshire 1883) (la Cour se refuse à accepter que l'existence d'une procédure concurrente constitue une cause d'irrecevabilité de la demande qui lui est soumise, mais explique que "courts of law will hereafter hold that they may attain the same end through their power of postponing actions and suspending judgments", et la Cour de citer la jurisprudence anglaise *McHenry v Lewis*).

<sup>2618</sup> V. de façon générale, 19 A.L.R. 2d 301 (Stay of civil proceedings pending determination of action in another state or country), avec de nombreuses références jurisprudentielles. Selon cette encyclopédie, "The power to stay local proceedings on account of the pendency of a foreign proceedings is, by the overwhelming weight of authority, recognized or conceded" (p. 2). M. George explique ainsi que "To the extent that a general rule may be derived from relatively few cases, stays are discretionarily available today in many jurisdictions under varying tests and presumptions with a general preference for first-filed actions and an almost routine dismissal of a local case in deference to a first-filed in rem action" (J. P. GEORGE, *loc. cit.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 822). A dde N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 112 e.s.

<sup>2619</sup> V. le § 2201 du Civil Practice Law and Rules, selon lequel "Except where otherwise prescribed by law, the court in which an action is pending may grant a stay of proceedings in a proper case, upon such terms as may be just". V. par exemple *Morgulas v J. Yudell Realty, Inc.*, 554 N.Y.S.2d 597, 599-600 (App. Div. 1990) et *SafeCard Servs. v American Express Travel Related Servs. Co.*, 610 N.Y.S.2d 23, 23 (App. Div. 1994) (ordonne un 'stay' de la procédure locale en déférence à une procédure pendante en Floride).

<sup>2620</sup> 735 Illinois Comp. Stat. 5/2 - § 619(a), qui prévoit que "Defendants may [...] file a motion for dismissal of an action [...] upon any of the following grounds [...] (3) that there is another action pending between the same parties for the same cause [...]". V. par exemple *A. E. Staley Mfg. Co. v Swift & Co.*, 419 N.E.2d 23, 27 (Ill. 1980) et sur cette disposition, S. BURBANK, "Where's the Beef?: The Interjurisdictional Effects of New Jersey's Entire Controversy Doctrine", *Rutgers L.J.*, 1996, (87), 110-112 ainsi que N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 110-111.

<sup>2621</sup> *Parental Kidnapping Prevention Act*, 28 U.S.C. § 1738 A (1994), v. p. ex. *Adoption of Zachariah K.*, 8 Cal. Rptr. 2d 423 (Ct. App. Cal. 1992) (stay accordé en déférence à une procédure concurrente en Orégon).

<sup>2622</sup> Le *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, section 6 (c), disposition qui a été reprise dans la nouvelle version de cette législation, le *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* de 1997, v. la section 206 (c) de l'Act.

<sup>2623</sup> Le § 86 du Restatement, dont on a vu qu'il stipule qu'il n'y a pas lieu à 'abatement' entre deux procédures concurrentes, précise au commentaire que "While the pendency of a foreign action is not a bar to the maintenance of an action in the state of the forum, it may induce the court to grant a stay of the latter action" : Commentaire relatif au § 86, p. 259 (le premier Restatement n'aborde pas cette question, pas plus que celle du forum non conveniens). La doctrine majoritaire a fait sienne cette utilisation du 'stay', p. ex. R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Law*, Mineola, Foundation Press, 1986, 229, n° 4.38 ("[...] the pendency of such a suit in another jurisdiction is a basis on which the forum may exercise its discretion to stay the proceedings until the outcome of the other suit is known"); A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Law*, St. Paul, West Publishing Co., 1962, 128, § 36 ("Such proceedings, state or federal, while not a ground for the abatement of the forum action, may induce the forum to stay its own case"); 1 *Am. Jur. 2d*, v° Abatement etc., § 10 ("Although the pendency of an action in the courts of one state or country is not a bar to the institution of another action between the same parties and for the same cause of action in the court of another state or country, it is usual for the court in which the later action is brought to stay proceedings under such circumstances until the earlier action in the other jurisdiction is determined"); *Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème éd., vol. 9, 1993, v° Continuances and Stay, 84, n° 28.07; C.J.S., vol. 1A, v° Actions, 1985, § 249, 735; 19 A.L.R. 2d 301, § 3.

entre tribunaux des Etats; les tribunaux de certains Etats se sont parfois montrés prêts à accorder un 'stay' en faveur d'une procédure engagée devant un tribunal fédéral.<sup>2624</sup>

576. Le sursis à statuer ou 'stay' (suite) – L'institution du 'stay' est sans doute à rapprocher des limites du 'plea of abatement', dont on a déjà évoqué la vocation purement territoriale.<sup>2625</sup> La pratique révèle que les tribunaux ne montraient que peu d'hésitation à suspendre leur procédure en faveur d'une instance engagée antérieurement.<sup>2626</sup> Comme l'explique le commentaire qui accompagne le *Restatement*, dès lors que les deux procédures mettent en jeu les mêmes questions et ne se distinguent pas par l'ampleur des remèdes qu'elles accordent aux parties, "les tribunaux accorderont souvent, dans leur libre appréciation, un sursis de la procédure engagée en second dans l'attente de la résolution de la première".<sup>2627</sup>

Cette attitude s'explique sans doute par le contexte fédéral dans lequel le 'stay' est invoqué : les tribunaux concernés appartiennent à un espace judiciaire commun, et partagent la même culture juridique. Qui plus est, leurs décisions s'imposent les unes aux autres en vertu du prescrit de constitutionnel de libre circulation des jugements – la fameuse *Full Faith and Credit Clause*. Il reste que le stay n'a rien d'une règle 'guillotine' pour la seconde action. Le sursis à statuer est en effet laissé à la libre appréciation du juge,<sup>2628</sup> ce qui explique d'ailleurs que des tribunaux aient pu s'incliner, de façon exceptionnelle il est vrai, devant une saisine concurrente postérieure.<sup>2629</sup>

<sup>2624</sup> P. ex. *Sirmons v Superior Court*, 96 Cal. App. 2d 119, 124-125; 214 P. 2d 844, 849; 19 ALR 2d 288 (1950) (deux procédures de divorce, l'une devant juridiction fédérale au Texas et l'autre devant juridiction fédérée en Californie. Cette dernière décida que "The rule which forbids a latter action in the same jurisdiction between the same parties involving the same subject matter rests upon principles of wisdom and justice, to prevent vexation, oppression and harassment, unnecessary litigation, and multiplicity of suits, and applies equally where the first suit is instituted in another jurisdiction as it does where both suits are instituted in the same jurisdiction; and if the proceedings should be stayed in the one instance (that is, where the two suits are commenced in the same jurisdiction) in order to avoid a multiplicity of suits and prevent vexatious litigation, conflicting judgments and unseemly conflict between litigants and courts, they should also be stayed for the same reasons, where the first suit is commenced and is pending in another jurisdiction"); *Young v Herald*, 138 Ind. App. 454, 209 NE2d 525; *Ackert v Ausman*, 29 Misc. 2d 974, 218 NYS 2d 814. V. la jurisprudence citée par Am. Jur. 2d, v° Actions, § 79.

<sup>2625</sup> Le rapprochement est d'ailleurs fréquemment fait entre les limites du *plea of abatement* et le pouvoir de surseoir à statuer, p. ex. A. EHRENZWEIG, a.c., 1962, 128, § 36 ("Such proceedings, state or federal, while not a ground for the abatement of the forum action, may induce the forum to stay its own case"); 1 *Am Jur. 2d*, v° Abatement etc., § 10; *Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème éd., vol. 9, 1993, v° Continuances and Stay, 84, n° 28.07.

<sup>2626</sup> Un tribunal du Delaware a ainsi expliqué que le pouvoir d'appréciation du juge devait être "exercised freely in favor of the stay when there is a prior action pending elsewhere, in a court capable of doing prompt and complete justice, involving the same parties and the same issues" : *McWare Cast Iron Pipe Corp. v McDowell-Wellman Eng'g Co.*, 263 A.2d 281, 283 (Del. 1970). V. également *Space Master Int'l Inc. v Porta-Kamp Manufacturing Company, Inc.*, 794 S. W. 2d 944 (C.A. Texas 1990) (procédures au Texas et au New Jersey); *Sauter v Sauter*, 4 Conn. App. 581, 495 A.2d 1116 (C.A. Conn 1985) (procédures au Connecticut et dans l'Etat de New York); *Brooks Erection Co. v William R. Montgomery & Associates, Inc.*, 576 S.W. 2d 273 (CA Kentucky 1979) (procédures au Kentucky et au Missouri); *Fitch v Whipples*, 220 A. 2d 170 (Maine Supreme Court 1966) (procédures au Maine et au Connecticut); *A. J. Armstrong Co. Romanach*, 165 So. 2d 817 (C.A. Fla. 1964) (deux actions dans deux états fédérés différents). V. également la jurisprudence citée par Am. Jr. 2d, v° Actions, § 78 ainsi que par J.-P. GEORGE, l.c., *Baylor L. Rev.*, 838-840.

<sup>2627</sup> *Restatement of Conflict, Second*, § 86, p. 259 : "the courts will frequently, in their discretion, grant a stay of the second action pending the outcome of the first". Selon 19 ALR 2d, 301, § 3, les tribunaux "have been liberal in exercising their discretion in favor of granting a stay of the proceedings of the forum [...]". V. p. ex. *Space Master Int'l Inc. v Porta-Kamp Manufacturing Company, Inc.*, 794 S. W. 2d 944, 946 (C.A. Texas 1990) (La Cour note que "As a matter of comity, however, it is the custom for the court in which the latter action is instituted to stay proceedings therein until the prior action is determined or, at least, for a reasonable time, and the custom has practically grown into a general rule which strongly urges the duty upon the court in which the subsequent action is instituted to do so", nous soulignons); *Schwartz v De Loach*, 453 So.2d 454 (Fla. App. D2) (le tribunal accueillera le stay "where the action before it involves the same parties and the same issues as a previously filed action in federal courts").

<sup>2628</sup> Une encyclopédie explique ainsi que "A stay of proceedings [...] is within the court's discretion, [...] There is no general rule for the guidance of the trial courts in the exercise of this discretion, save that care must be taken,

La jurisprudence révèle que les tribunaux font dépendre leur appréciation d'un examen de l'ensemble des circonstances de la cause, et au premier rang de l'identité entre les deux procédures.<sup>2630</sup> Parmi les éléments qui ont été jugés pertinents pour l'appréciation de l'opportunité du 'stay', certains, comme la proximité des fors respectifs avec les témoins, ont manifestement été empruntés à l'exception de for inapproprié.<sup>2631</sup> D'autres sont par contre propres aux conflits de procédures. Il en est ainsi de l'économie de procédures, de la courtoisie internationale, de l'état d'avancement respectif des deux procédures ou encore de la possibilité d'invoquer le jugement futur du for étranger pour mettre fin à la procédure du for.<sup>2632</sup> Bref le 'stay' est solidement implanté dans le droit des Etats comme technique sophistiquée de coordination des procédures concurrentes.

**577. Le 'stay' en droit fédéral - la jurisprudence *Landis*** - Le sursis à statuer n'est pas l'apanage des seuls tribunaux des Etats. La Cour Suprême a eu l'occasion d'intégrer cette invention de l'*Equity* dans la 'common law' fédérale, permettant ainsi aux tribunaux fédéraux, bien avant l'apparition des doctrines de l'abstention (*supra*, n° 572) et du *forum non conveniens*, de surseoir à statuer en déférence à une procédure concurrente. Des décisions anciennes avaient déjà annoncé la consécration de cette technique,<sup>2633</sup> qui fut consacrée dans l'arrêt *Landis* prononcé en 1936.<sup>2634</sup> En l'espèce la Cour d'Appel du district de Columbia avait suspendu une procédure initiée par plusieurs holdings désireux d'obtenir que le juge déclare anticonstitutionnelle une loi fédérale les obligeant à se soumettre au contrôle de la *Securities and Exchange Commission* nouvellement établie. Le sursis devait permettre au tribunal du district méridional de New York de statuer sur la demande concurrente de cette Commission, visant à obliger les holdings à coopérer avec elle. La Cour Suprême approuva le principe du sursis, parce qu'il permettait de "[...] coordonner les affaires judiciaires de façon raisonnable et efficace".<sup>2635</sup>

---

under the circumstances of each case, that injustice is not done [...]” (*Cyclopedia of Federal Procedure*, 3ème éd., vol. 9, 1993, v° Continuances and Stay, 70, n° 28.03).

<sup>2629</sup> P. ex. *General Foods Corp. v Cryo-Maid, Inc.*, 41 Del. Ch. 474, 198 A2d 681 (la Cour d'Appel du Delaware a suspendu la procédure dont elle était saisie pour permettre la continuation d'une procédure entamée ultérieurement devant les tribunaux de l'Illinois). Cette possibilité est confirmée par Ehrenzweig, *Treatise*, § 36, p. 129 (“occasionally even a subsequent foreign action may constitute a ground for stay”); 1 Am. Jur. 2d, v° Actions, § 78; 1A C.J.S., v° Actions, p. 736, § 249.

<sup>2630</sup> Selon un tribunal new yorkais, le 'stay' ne sera accordé que dès lors qu'il y a “complete identity of the parties, causes of action and relief sought” : *Del-Val Fin. Corp. v Federal Ins. Co.*, 598 N.Y.S.2d 197, 198 (App. Div. 1993) (en l'espèce la procédure concurrente au New Jersey ne justifiait pas le stay).

<sup>2631</sup> “Convenience of parties and witnesses” 1A C.J.S., v° Actions, 736-737, § 249.

<sup>2632</sup> Facteurs cités par 1 Am. Jur. 2d, v° Actions, § 78 (“comity; desirability of avoiding a multiplicity of forums; whether the foreign litigation is at an advanced or preliminary stage; the likelihood of obtaining complete relief in the foreign jurisdiction; the possibility that a judgment entered in the foreign jurisdiction will render the matter before the court *res judicata*”). V. également *Leadford v Leadford*, 8 Cal. Repr. 2d 9, 12 (Ct. App. Cal. 1992); *Nationwide Mut. Ins. Co. v Mayer*, 833 P.2d 60, 62 (Colo. Ct. App. 1992) et *General Foods Corp. v Cryo-Maid, Inc.*, 198 A.2d 681, 684 (Del. 1964). Les encyclopédies de droit américain offrent une bonne synthèse de la jurisprudence américaine sur cette question, p. ex. 19 A.L.R. 2d 301, § 5 (qui cite parmi les facteurs pertinents la “comity, prevention of multiplicity of suits, prevention of unnecessary vexation and harassment of the defendant, likelihood of obtaining complete relief in the foreign pending action, res judicata effect in the suit pending in the forum of any judgment which might be recovered in the foreign pending action”); 1A C.J.S., v° Actions, 736-737, § 249 (le seul fait que procédure étrangère commencée antérieurement ne suffit pas à justifier le sursis. D'autres facteurs doivent être pris en compte, telle que la “convenience of parties and witnesses, damage, hardship or inequity to either of the parties, and the likelihood of prompt disposition of the controversy in one or the other action”). Cfr. également le commentaire du Restatement, § 86, p. 259 (le sursis à statuer ne sera accordé que lorsqu'il est clair “that the plaintiff can secure all the relief to which he is entitled in the first action”).

<sup>2633</sup> V. surtout *Kansas City Southern Ry. v United States*, 282 U.S. 760, 763 (1930) et *Eneadow v New York Life Ins. Co.*, 293 U.S. 379, 382 (1935).

<sup>2634</sup> *Landis et al. v North American Co.*, 299 U.S. 248, 254, 57 S. Ct. 163, 81 L. Ed. 153 (1936).

<sup>2635</sup> 299 U.S. 248, 255, 57 S. Ct. 163, 166 : “[...] coordinate the business of the courts efficiently and sensibly [...]”.

Dans un attendu devenu depuis célèbre, le juge Cardozo expliqua que “[...] le pouvoir de surseoir à statuer est incident au pouvoir que possède tout tribunal de contrôler la poursuite des affaires portées sur son rôle avec une économie de temps et d’efforts pour lui-même, pour les conseils ainsi que pour les parties”.<sup>2636</sup> La Cour réforma cependant la décision en ce qu’elle avait omis de préciser à quel moment le sursis prendrait fin. Avec cette décision, le ‘stay’ est définitivement entré dans le droit fédéral.<sup>2637</sup> Il y coexiste, selon des modalités qui n’ont jamais été pleinement élucidées, avec les autres possibilités de coordination que constituent les doctrines de l’abstention ainsi que la variante interne du *forum non conveniens*.<sup>2638</sup> Il est temps d’examiner maintenant quelle a été l’influence de ces différents instruments, le ‘stay’ aussi bien que le dessaisissement, sur la résolution des conflits de procédures internationaux.

(B) L’abstention internationale : une jurisprudence naissante

**578. Introduction** - La section précédente a montré la richesse des instruments dont disposent les tribunaux américains pour coordonner, de façon exceptionnelle, les procédures concurrentes au sein de l’espace judiciaire américain. La diversité des solutions existante contraste avec le peu d’enthousiasme de ces mêmes tribunaux pour étendre ces solutions aux conflits de nature internationale. Jusqu’à fort récemment, il était peu fréquent de voir un tribunal américain céder la priorité à un tribunal étranger concurrentement saisi – même s’il faut nuancer ce constat en raison de la maigreur de la jurisprudence (a). Sans qu’il soit possible de dire pourquoi, ni de préciser à quelle date exactement le changement a eu lieu, on constate que la jurisprudence récente se montre plus attentive aux conflits de procédures. Cette nouvelle attitude se traduit par une plus grande volonté de coordination avec la procédure étrangère concurrente. On examinera quelles ont été les principales étapes du changement (b).

(i) Les maigres résultats de la coordination internationale

**579. Pas de dessaisissement en faveur d’une procédure étrangère** - Traditionnellement, les tribunaux américains ne faisaient pas grand cas des procédures concurrentes dont étaient saisis les tribunaux étrangers. Il était tout d’abord hors de question pour un tribunal américain de *se dessaisir* au profit d’un tribunal étranger.<sup>2639</sup> Une décision ancienne a confirmé que le ‘plea of abatement’ ne pouvait être invoqué en raison d’une procédure pendante devant un tribunal étranger<sup>2640</sup> – ce qui ne doit pas étonner

<sup>2636</sup> 299 U.S. 248, 254, 57 S.Ct. 163, 166 : “[...] the power to stay proceedings is incidental to the power inherent in every court to control the disposition of the causes on its docket with economy of time and effort for itself, for counsel and for litigants”.

<sup>2637</sup> V. depuis lors par ex. *Semmes Motors, Inc. v Ford Motor Co.*, 429 F. 2d 1197 (CA 2<sup>nd</sup> Cir. 1970) (stay accordé pour mettre fin à un conflit entre deux procédures fédérales); *Microsoft v Computer Systems, Inc. v Intel Corp.*, 686 F. 2d 531 (CA 9<sup>th</sup> Cir. 1982) (stay au profit d’une procédure concurrente engagée devant le tribunal d’un Etat fédéré).

<sup>2638</sup> 28 U.S.C § 1404 (a).

<sup>2639</sup> En ce sens, A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, St Paul, West, 1962, 128. V. aussi 1 *Am Jur.* 2d, v° Abatement, Revival and Survival, n° 10 (“a suit pending in a foreign jurisdiction will not abate a suit in a domestic tribunal”).

<sup>2640</sup> *Swedisch American National Bank v Dickinson Comp.*, 6 N.D. 222, 233 ; 698 N.W. Rep. 455 (North Dakota 1896) : dans un obiter dictum, la Cour note l’existence d’une “rule [...] that the pendency of an action in a foreign state or country does not constitute a good plea in abatement” (nous soulignons). En l’espèce, il s’agissait de deux procédures pendantes dans deux Etats américains.

puisque cette exception n'était pas non plus disponible au sein de l'espace judiciaire américain. La jurisprudence ultérieure ne revint pas sur l'absence de vocation internationale du dessaisissement, définitivement confiné aux limites des Etats.<sup>2641</sup>

**580. Une utilisation modeste du sursis à statuer** - Quant aux diverses variantes du *sursis à statuer*, on ne trouve que fort peu de décisions qui acceptaient de les mettre en oeuvre au profit d'une procédure étrangère. Ce n'est pas que les tribunaux, ou la doctrine, contestaient le principe de l'extension du 'stay' aux espèces internationales. Au contraire une doctrine unanime enseignait que le tribunal saisi d'un litige pouvait fort bien accorder aux parties le bénéfice d'un sursis à statuer en raison de la saisine concurrente d'un tribunal étranger.<sup>2642</sup> Il n'en reste pas moins que dans la plupart des décisions anciennes dont nous avons eu connaissance, les tribunaux ont refusé de faire droit à la demande de sursis.

L'affaire *Gosschalk* illustre parfaitement cette attitude.<sup>2643</sup> Une demande de divorce avait été introduite devant un tribunal américain par un citoyen des Pays-Bas, alors que son épouse, elle même originaire des Pays-Bas, avait introduit quelques 4 ans auparavant une demande similaire devant les tribunaux de son pays. Cette instance n'avait certes pas progressé substantiellement, mais une fois les tribunaux américains saisis, l'épouse tenta de lui insuffler une seconde vie, en même temps qu'elle demandait au tribunal américain de surseoir à statuer. La Cour Supérieure du New Jersey rejeta la demande de sursis à statuer, en notant l'inactivité prolongée de l'épouse dans la procédure aux Pays-Bas. La Cour expliqua qu'il "n'existe pas de devoir obligatoire pour le juge du fond de surseoir à statuer sur l'action dont il est saisi en déférence à une procédure instituée antérieurement dans une autre juridiction par ou entre les mêmes parties et portant sur le même litige. L'octroi d'un sursis est une mesure discrétionnaire dans le chef du juge de fond [...] Chaque tribunal est libre de poursuivre son propre chemin et à son propre rythme sans faire référence à la procédure pendante devant l'autre tribunal"<sup>2644</sup>

<sup>2641</sup> *Elizabeth H. Chadwick v William H. Gill and Parkhill Corp., Ltd.*, (1928) 16 Del. Ch. (Delaware Chancery Reports) 127, 141 A. 618 (deux procédures impliquant les mêmes parties, l'une aux Etats-Unis et l'autre en Angleterre, commencée avant la procédure américaine, le tribunal explique que « The pendency of a prior suit in personam in a foreign court, is no sufficient cause for stay or bar of a suit instituted in a domestic court »); *Pesquera del Pacifico, et al. v Superior Court in and for San Diego County et al.*, 201 P. 2d 553, 554; 89 Cal. App. 2d 738 (C.A. Calif. 1949) (action au Mexique et aux Etats-Unis : "The pendency of the action in the Republic of Mexico is not a bar to the institution of another action between the same parties and for the same cause of action in the courts of California [...]"); *Dayan v McDonald's Corp.*, 382 N.E.2d 55, 58 (1978) (en l'espèce, la chaîne de restauration rapide américaine accusait une entreprise française à qui elle avait décerné une licence d'exploitation, de ne pas respecter l'accord qu'elles avaient conclu. McDonald's engagea des poursuites en France, sur quoi Dayan saisit la justice américaine. La Appellate Court of Illinois refusa de faire droit à la demande de dessaisissement formulée par McDonald's en ces termes : « In Illinois, the rule is that the mere pendency of a lawsuit in a foreign country is not a bar to proceedings in our courts »).

<sup>2642</sup> M. Eberzweig expliquait ainsi (ac, 1962, 127, § 36) que "According to an opinion erroneously held abroad, American courts generally refuse to grant a stay in favor of foreign proceedings. This opinion is certainly incorrect with regard to sister state proceedings. [...] But this willingness probably exists also with regard to proceedings in in foreign countries of both common law and civil law orbits". Du même, *Private International Law*, 1973, II, 41-42, § 180-4. V. aussi D. D. SIEGEL, *Practice Commentary*, in McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated, vol. 7, West, 1992 (Commentaire du § 2201 CPLR selon lequel, "If it appears appropriate to stay the New York action because of the pendency of a foreign one which is in all respect duplicative of the New York case, CPLR 2201 would offer the authority"); C.J.S. vol. 1A, v° Actions, 1985, St. Paul, West, § 253, p. 747 ("While the court may do so, it need not stay proceedings because of the pendency of a suit between the same parties involving the same subject matter in a court of a foreign country [...]").

<sup>2643</sup> *Gosschalk v Gosschalk*, 138 A.2d 774 (Atlantic Reporter 2d); 48 N.J. Super. 566 (Superior Court of New Jersey 1958).

<sup>2644</sup> 138 A.2d 774, 782 : "There is no compulsory duty resting on a trial court requiring it to stay a proceeding pending before it on account of the pendency in another jurisdiction of an action previously instituted by or between the same parties and on the same cause of action. The granting of a stay is discretionary with the trial court, limited only by special equities showing abuse of discretion in that injustice would be perpetrated on the



581. Une utilisation modeste du sursis à statuer (suite) - Les autres décisions qui nous sont connues ne font pas preuve d'un plus grand empressement à coordonner leur activité avec celles d'un tribunal étranger concurrentement saisi.<sup>2645</sup> La jurisprudence n'est sans doute pas assez abondante pour conclure dans un sens ou dans l'autre. Tout au plus peut-on constater que les tribunaux ne montraient pas un grand enthousiasme pour l'extension du 'stay' aux relations internationales. Les rares hypothèses où le sursis a été accordé s'expliquent par les circonstances particulières de la cause, et notamment le fait que les deux tribunaux saisis appartenaient à des juridictions de *common law*, comme par exemple dans l'affaire *Oppenheimer*.<sup>2646</sup>

C'est ce que confirme un commentateur new yorkais, qui explique à propos du § 2201 du *Civil Practice Law and Rules* de cet Etat, disposition qui consacre, comme on l'a vu, la possibilité pour le tribunal d'octroyer un sursis à statuer *pendente lite*, que si cette mesure peut être envisagée en présence d'une procédure concurrente engagée devant un juge étranger, "le tribunal doit dans cette hypothèse par la force des choses montrer plus

---

one seeking the stay. [...] Each court is free to proceed its own way and in its own time without reference to the proceedings in the other court".

<sup>2645</sup> P. ex. *A. P. Youngblood, Inc. v Banca Commerciale Italiana*, 177 App. Div. 491; 164 N.Y.S. 285 (1917) (demande de sursis à statuer en faveur d'une procédure italienne commencée après la procédure américaine est rejetée, parce que cette procédure étrangère a été commencée par un employé sans autorisation et est sans doute une fraude visant à retarder l'issue de la procédure américaine, toutefois le tribunal ne condamne pas a priori toute demande de sursis en faveur d'une procédure étrangère); *Idonah Slade Perkins v Benguet Consolidated Mining Co.*, 55 Cal. App. 2d 720; 231 P. 2d 70 (1942) (conflit ouvert entre juridiction américaine et juridiction philippine avec de nombreuses décisions qui se contredisent, défendeur demande sursis à statuer d'une procédure américaine en déference à une procédure philippine, demande rejetée, non pas par principe mais à cause des circonstances particulières de la cause, à savoir la guerre qui empêchent les juridictions philippines de fonctionner et fait que procédure américaine est commencée 6 mois avant procédure étrangère); *Elizabeth H. Chadwick v William H. Gill and Parkhill Corp., Ltd.*, (1928) 16 Del. Ch. (Delaware Chancery Reports) 127, 128; 141 A. 618 (affaire déjà évoquée, le tribunal rejete une 'motion to stay proceedings' en faveur d'une procédure en Angleterre, mais la Court of Chancery of Delaware laisse porte ouverte à une exception à cette règle puisque constate que « There is no showing of special facts or circumstances indicating an equity of any sort such as would warrant a stay order ». La cour ne se prononce pas non plus sur le sort de deux actions réelles); *Pesquera del Pacifico, et al. v Superior Court in and for San Diego County et al.*, 201 P. 2d 553, 554-555; 89 Cal. App. 2d 738 (C.A. Calif. 1949) (affaire déjà évoquée, la cour explique que la procédure engagée au Mexique ne constitue pas un obstacle à l'introduction d'une procédure concurrente aux Etats-Unis, "nor was it the duty of the Superior court to stay the action pending the determination of the earlier suit in Mexico, even though the entire controversy might be there disposed of. As a matter of comity, although not as a matter of right, the court had power to continue the case of the circumstances warranted such action" (continue = stay); en l'espèce le sursis est refusé, la cour reconnaît le principe mais décide que les procédures ne sont pas suffisamment identiques : "There was no satisfactory proof or evidence to show that any or all of the issues presented in the suit pending in Mexico are identical with or similar to the issues before him"). V. également *Albeo Industries, Inc. v John Lennon et al.*, 85 Misc. 2d 465, 377 N.Y.S. 2d 362 (1975) (la Cour refuse de surseoir à statuer en application du § 2201 NY CPLR en présence d'une procédure anglaise concurrente).

<sup>2646</sup> *Leo Oppenheimer v Canabaya Rubber & Navigation Company*, 145 App. Div. 830, 130 N.Y.S. 587 (1911). La cour, confrontée à une procédure parallèle pendante devant les juridictions anglaises, mais introduite postérieurement à l'action américaine, décide de surseoir à statuer en faisant usage de son pouvoir discrétionnaire. Elle souligne un nombre important de facteurs qui motivent cette décision. Paraissent décisifs la circonstance que la procédure anglaise permet de résoudre l'entièreté du litige alors qu'elle même n'est saisie que d'une partie de celui-ci et que la procédure étrangère est pendante devant une juridiction soeur de *common law*. La Cour souligne également que le litige est plus étroitement lié à l'Angleterre qu'aux Etats-Unis et que la juridiction anglaise procède à bon pas vers la résolution du litige. La Cour limite cependant la durée du sursis à statuer à un an et précise qu'il peut être réformé si la procédure anglaise n'avance pas. V. également *Franklin Saemann v Everest & Jennings Int'l. et al.*, 343 F. Supp. 457, 461 (N.D. Ill. 1972) (sursis accordé en déference à une procédure anglaise, parce que "the long delay in bringing this action while the closely comparable English cases were proceedings towards trial would make concurrent litigation here inequitable as well as wasteful of judicial resources") et *Calabrio Co., Inc. v Bangkok Bank, Ltd.*, 55 F.R.D. 82, 87 (SDNY 1972) (une même partie avait introduit deux procédures, l'une en Thaïlande et l'autre aux Etats-Unis, contre une banque thaïlandaise. Le tribunal rejeta la demande de dessaisissement pour *forum non conveniens*, mais accéda à la requête du défendeur le priant de surseoir à statuer, en observant que le demandeur ne pouvait se plaindre d'une procédure qu'il avait lui-même engagée : "[...] plaintiff should be held to abide to the resolution of relevant litigation which it itself inaugurated").



d'hésitation. Nous avons moins confiance dans la justice étrangère, sauf peut être celle du Royaume-Uni et de quelques pays anglophones, que dans la justice de nos propres tribunaux. C'est pourquoi le simple fait qu'une action concurrente est pendante devant un tribunal étranger ne justifie pas à lui seul l'octroi d'un sursis à statuer, même si cette action a été introduite antérieurement".<sup>2647</sup>

On ne peut donc accepter qu'avec réserve le commentaire de M. *Ehrenzweig* qui écrivait que "les tribunaux américains ont dans presque toutes les affaires pertinentes octroyé un sursis à statuer en raison de l'existence d'une procédure concurrente, du moins pour une période raisonnable".<sup>2648</sup> Il n'en reste pas moins que la possibilité de coordonner les procédures concurrentes existait, même si elle était rarement utilisée en pratique. Les choses vont changer à partir des années 1980.

(ii) L'essor confus d'une jurisprudence nouvelle

**582. Introduction** - La frilosité des tribunaux américains va à partir des années 1980 progressivement laisser place au développement d'une jurisprudence particulière, visant spécifiquement les conflits de procédures. Confrontés à des procédures concurrentes engagées devant des tribunaux étrangers, les juridictions américaines vont constater l'absence de précédent de la Cour Suprême sur la question.<sup>2649</sup> La doctrine du *forum non conveniens* apportait certes un début de réponse, mais elle ne permettait pas de tenir compte de manière spécifique de la concurrence de procédures (*supra*, n° 548). Comme le constatera une Cour d'Appel, les tribunaux fédéraux vont dès lors s'inspirer des règles régissant la concurrence de procédures au sein de l'espace judiciaire américain pour construire des principes guidant leur action en cas de concurrence avec une procédures pendante à l'étranger.<sup>2650</sup>

<sup>2647</sup> D. SIEGEL, commentaire du § 2201 in *McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated*, vol. 7, West, St Paul, at § 2201 : "here the court must necessarily be more hesitant. We have less confidence in foreign courts, except perhaps for those of Great-Britain and a few other English speaking countries, than we have in domestic courts. The mere fact that a duplicative action is pending in a foreign court, therefore, even if brought there earlier, does not in itself suffice to warrant a stay".

<sup>2648</sup> A. A. EHRENZWEIG et E. JAYME, *Private International Law...*, II, *Special Part*, Leiden/Dobbs Ferry, Sijthoff/Oceana Publications, 1973, 41-42, § 180-4 : "American courts have in almost all pertinent cases stayed proceedings pendente lite, at least for a reasonable period. Rare exceptions concern such cases as those where a foreign court was found to have unduly delayed its own proceedings". Du même, *ac*, St Paul, West, 1962, 127, § 36 ("in almost all of the pertinent cases found, which deal with identical parties and causes of action, the American court decided to stay its proceedings pendente lite"). V. également W. J. HABSCHIED, "Bemerkungen zur Rechtshängigkeitsproblematik im Verhältnis der BRD und der Schweiz einerseits und den USA andererseits", in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, H. BERNSTEIN et al (eds.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, (109), 122.

<sup>2649</sup> *Advantage International Management, Inc. v Martinez* 1994 WL 482114 (SDNY 1994) : "the Supreme Court has not addressed specifically the criteria that courts should consider when determining the propriety of staying or dismissing a federal action in deference to another lawsuit pending in a foreign jurisdiction [... ]". V. aussi *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Services Inc* 949 F. Supp., (1123), 1127 (S.D.N.Y. 1997); *Caspian Investments, Ltd. v Vicom Holding Ltd. et al.*, 770 F. Supp. 880, 884 (SDNY 1991); *Brinco Mining Ltd. v Federal Insurance Comp.*, 552 F. Supp. 1233 (D.D.C 1982) (la Cour constate l'absence de précédent "which clearly state the appropriate degree of deference each federal court owes to proceedings in another country which have yet to reach judgment"). Dans le même sens, G. BORN, 1996, 461-462 ("There is no direct statutory or constitutional guidance for U.S. courts considering requests for stays in deference to foreign litigation and no state legislative direction. The subject is governed almost entirely by common law precedent. Moreover, the Supreme Court has not considered the question in the international context and there are few lower court decisions on the subject").

<sup>2650</sup> *Turner Entertainment Co. v Degeto Film GmbH, et al.*, 25 F.3d (1512), 1518 (CA 11th Cir. 1994) : "federal courts have begun to fashion principles that guide courts' action in cases of concurrent jurisdiction in a federal court and the court of a foreign nation".

Ces précédents étant multiples et parfois vagues, on va assister au développement confus et aujourd'hui encore inachevé de plusieurs courants différents dans la jurisprudence.<sup>2651</sup> Un observateur averti des conflits de juridictions américains a ainsi distingué deux courants, selon l'importance que le tribunal accorde à l'obligation de principe d'exercer la compétence que la loi lui confère.<sup>2652</sup> Au total, on comprendra que le droit américain des conflits de procédures ne brille pas par sa clarté!<sup>2653</sup>

Même si en dernière analyse, les différents courants se rejoignent sur l'essentiel, à savoir la possibilité de coordonner l'activité des tribunaux américains avec celle de tribunaux étrangers,<sup>2654</sup> les différences de sensibilité justifient un traitement séparé.<sup>2655</sup> On verra que dans une première étape, les tribunaux se sont fortement laissés influencer par les différents précédents évoqués, pour s'en dégager progressivement et donner à ce qu'on a appelé l'*international abstention*<sup>2656</sup> un visage qui lui est propre.

<sup>2651</sup> M. Burbank explique que "When parallel litigation is pending in a federal court and in the court of another country, until such time as the Supreme Court provides guidance, the rules governing a motion to dismiss or stay and a motion for an antisuit injunction may depend on the federal circuit in which that federal court sits. It appears that a reason for such differences in circuit law on *lis pendens* and antisuit injunctions in international cases has been the choice of 'domestic' models, the model of litigation entirely within the federal court system (federal-federal) or the interjurisdictional (federal-state) model" (*Id.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 214).

<sup>2652</sup> G. BORN, 1996, 462. *Comp. Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH et al.*, 25 F.3d 1512, 1518-1519 (11<sup>th</sup> Cir. 1994) (la Cour d'Appel distingue deux approches dans la jurisprudence, l'une se rattachant à la jurisprudence *Colorado River*, et l'autre accordant plus d'importance à la *comitas gentium*) et les distinctions faites par J. P. GEORGE, *Id.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 905-909. *Adde* 32A *Am Jur. 2d*, v° Federal Courts, § 1233, pp. 519-520.

<sup>2653</sup> G. BORN, 1996, 462 : "the content of U.S. law relating to the *lis pendens* doctrine is [...] often difficult to discern". V. également les commentaires de L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 237, n° 7-3 ("American courts have shown inconsistency in their willingness to defer to courts of other sovereigns") et *idem* p. 239 ("[...] the confusion and conflicting treatment by U.S. courts of parallel proceedings involving American and foreign courts"); *idem*, *Int'l. Lawyer*, 1992, (21), 32 ("Federal courts, ruling on motions to stay or dismiss in favor of a foreign court, have reached totally inconsistent results based on completely different theories"); S. BURBANK, *Id.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, 203, 209 qui évoque les "schizophrenic attitudes of American courts towards existing or potential litigation abroad" et J. P. GEORGE, *Id.*, *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 905 ("The test(s) for these generic parallel cases is far from clear [...]"). Sur l'ensemble de la problématique, *cons.* N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, spéc. pp. 153 e.s.

<sup>2654</sup> Comme le remarquera la Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit : *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH et al.*, 25 F. 3d 1512, 1518 (11<sup>th</sup> Cir. 1994).

<sup>2655</sup> Il ne semble pas que le mouvement ait gagné les tribunaux des Etats. Les rares décisions se prononçant à ce niveau sur une concurrence internationale de procédures, se contentent de faire application quasi-mécanique du sursis à statuer, v. p. ex. *Gillis v. Gillis*, 391 So. 2d 772, 73 (Southern Reporter) (C.A. Fal. 1980) (deux anglais, après avoir obtenu le divorce en Angleterre, ex-épouse demande pension alimentaire pour enfant en Angleterre et profite d'une visite de l'époux en Floride pour l'assigner pour même chose en Floride, la cour accorde un sursis à statuer : "Clearly, the English court had prior jurisdiction and the question of child support is presently pending therein. To avoid duplication of the proceedings in both England and Florida, the trial court should have exercised its sound discretion and stayed the Florida proceedings pending the determination of the question in England"); *Bentil v. Bentil*, 456 N.Y.S. 2d 25 (App. Div. 1982) (NYS is New York Supplement) (procédure de divorce entre deux Ghanéens, mari commence une procédure au Ghana et l'épouse aux Etats-Unis, la Cour accorde un sursis à statuer parce que l'épouse a menti à propos de la procédure Ghanéenne, elle en était informée, ce qu'elle contestait et de plus ses droits n'étaient pas mis en danger par cette procédure); *Traveland Laboratories Inc. v. Zotal, Ltd. et al.*, 474 N.E. 2d 1070 (Mass. 1985) (Northern Eastern Reporter) (demande de sursis en faveur d'une procédure israélienne est refusée parce que le défendeur a admis sa responsabilité au fond); *Cargill, Inc. v. Hartford Accident and Indemnity Corp. et al.*, 531 F. Supp. 710 (D.C. Minn. 1982) (procédure en Angleterre et aux Etats-Unis, le tribunal se contente de rejeter la demande de stay après avoir conclu que le for américain était le plus approprié).

<sup>2656</sup> L'expression est celle utilisée par la Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit dans l'affaire *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH*, 25 F.3d 1512, X (11<sup>th</sup> Cir.)

## (A) Les débuts et l'irrésistible attraction des précédents

**583. Trois courants différents** – Devant l'absence de précédent topique, les tribunaux ont eu recours aux solutions en vigueur au sein de l'espace judiciaire américain. Celles-ci étant plurielles, il a fallu décider si la concurrence entre une procédure américaine et une procédure étrangère devait être assimilée à un conflit entre deux procédures fédérales ou au contraire à la concurrence entre un tribunal fédéral et celui d'un Etat. Comme il fallait s'y attendre, certains tribunaux ont opté pour la première solution, d'autre choisissant la seconde. Un troisième groupe enfin a tenté de développer une solution nouvelle, fondée sur le concept de 'comitas'. Ce faisant, plusieurs 'courants' différents ont vu le jour, dont il importe de préciser les contours respectifs.

**584. Application de la jurisprudence *Landis*** - Chronologiquement, la première tendance qui a vu le jour s'est inspiré de la jurisprudence *Landis*, dont on a vu (*supra*, n° 575) qu'elle autorisait un tribunal fédéral à surseoir à statuer en déférence à une procédure pendante devant un autre tribunal du même type. Un tribunal siégeant en Pennsylvanie en appellera ainsi en 1981 à l'autorité de cette jurisprudence pour évaluer une demande de sursis à statuer formulée au profit d'une procédure canadienne.<sup>2657</sup> Le tribunal ne fit pas mention de la différence notable de contexte entre les deux espèces, l'une confinée aux frontières américaines, l'autre opposant deux Etats souverains. En l'espèce, la référence au précédent *Landis* fut sans doute facilitée par le fait que le conflit mettait aux prises deux juridictions de *common law*, entre lesquelles existait une similitude comparable à celle unissant deux tribunaux fédéraux américains.<sup>2658</sup> Cette proximité ne s'est pas révélée suffisante pour justifier l'effacement du juge américain, qui refusa le 'stay' en prétextant des maigres résultats enregistrés devant le juge Canadien.

Le principe était toutefois posé et les tribunaux confirmèrent dans les décisions ultérieures la possibilité de justifier un sursis à statuer sur base de la jurisprudence *Landis*.<sup>2659</sup> Cette jurisprudence était sans doute prédestinée à faire l'objet d'une application analogique aux espèces internationales, puisqu'elle portait sur la relation entre deux tribunaux entre lesquels n'existe pas de relation hiérarchique, ce qui correspond à la situation du contentieux international privé. Elle augurait d'une grande bienveillance envers la déférence, la Cour ayant insisté dans l'affaire *Landis* sur les nécessités de l'économie de procédure (*supra*, n° 575).

**585. Application de la jurisprudence *Landis* (suite)** - Restait toutefois à déterminer à quelles conditions le sursis pouvait être accordé. La jurisprudence *Landis* ne

<sup>2657</sup> *I.J.A. Inc. et al. v Marine Holdings Ltd., Inc.*, 524 F. Supp. 197 (E.D. Penn. 1981). Sur cette affaire, v. N. SCHULTE, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 161-162.

<sup>2658</sup> La Cour observa d'ailleurs que le sursis à statuer constituerait un geste de courtoisie à l'égard d'une juridiction sœur de *common law* ("a sister common law jurisdiction with procedure akin to our own" : 524 F. Supp. 197, 199).

<sup>2659</sup> P. ex. *Continental Tire Corp. v Swiss Credit Bank et al.*, 543 F. Supp. 408, 410 (SDNY 1982) : "The Court has the inherent power to dismiss or stay this action in favor of the Swiss litigation presenting the same claims and issues"; *Brinco Mining Ltd. v Federal Insurance Corp.*, 552 F. Supp. 1233, 1240 (D.D.C. 1982); *Ronar, Inc. v Michael Wallace et al.*, 649 F. Supp. 310, 318 (SDNY 1986); *Itel Corp et al. v The M/S Victoria U (EX Pishbaz Iran) et al.*, 710 F. 2d 199 (CA 5<sup>th</sup> Cir. 1983) (la Cour confirme que la jurisprudence *Landis* permet à un tribunal d'accorder un stay en raison d'une procédure pendante devant l'Iran-US Claims Tribunal, mais décide qu'en l'espèce le stay n'était pas justifié). V. déjà en 1972 *Franklin Saemann v Everest & Jennings Int'l. et al.*, 343 F. Supp. 457 (N.D. Ill. 1972) (le tribunal se réfère à la jurisprudence *Landis* pour accorder un stay en faveur d'une procédure anglaise). L'application par analogie de la jurisprudence *Landis* a reçu un nom dans la doctrine, on parle de la théorie du 'control of the docket'.

fut pas d'un grand secours sur ce point, la Cour Suprême ne s'était en l'espèce pas étendue sur la question. Les tribunaux eurent recours à des précédents divers pour ce faire. Dans l'affaire précitée qui opposait une procédure canadienne à la saisine d'un tribunal de Pennsylvanie, le tribunal puisa son inspiration dans un précédent mettant en jeu un tribunal fédéral et celui d'un Etat, sans doute parce que cette décision émanait elle aussi d'un tribunal siégeant en Pennsylvanie.<sup>2660</sup>

Furent ainsi jugés pertinents dans l'appréciation du sursis, "les principes de la *comitas*, le caractère adéquat des remèdes offerts par le for étranger, le souci de promouvoir l'efficacité judiciaire, l'identité des parties et des causes dans les deux affaires, la perspective d'une prompte résolution du litige dans le for étranger, la proximité des parties, leurs conseils et les témoins et la possibilité d'une injustice si le sursis est accordé".<sup>2661</sup> Cette décision présage bien de l'évolution future de l'abstention internationale, qui dans toutes ses versions confèrera un large pouvoir d'appréciation au juge américain, lequel sera informé par une pluralité de facteurs.

L'application par analogie de la jurisprudence *Landis* aux espèces internationales n'ira pas sans nécessiter quelques adaptations. Ainsi, alors que la Cour Suprême n'avait envisagé que le sursis à statuer, les tribunaux vont très vite étendre la palette de leurs possibilités et justifier par référence à cette même jurisprudence un *dessaisissement* au profit d'une procédure étrangère.<sup>2662</sup> Voilà une première étape franchie vers une certaine prise d'autonomie de la jurisprudence par rapport aux précédents qui l'informent.

**586. Application par analogie de la jurisprudence *Colorado River*** – D'autres tribunaux s'en sont remis, pour évaluer l'opportunité de la coordination avec une procédure étrangère, à la jurisprudence *Colorado River* déjà évoquée (*supra*, n° 572). Que cette espèce ait opposé un tribunal fédéral au tribunal d'un Etat, et soit donc toute imprégnée de considérations tenant au fédéralisme américain, ne va pas empêcher les tribunaux d'y voir une source d'inspiration adéquate pour le contentieux international. C'est ainsi que la Cour d'Appel du 7<sup>ème</sup> Circuit a tiré profit des enseignements de la jurisprudence *Colorado River* dans un litige dont les tribunaux belges avaient déjà été saisis. Cherchant à déterminer si le 'stay' accordé en première instance était justifié, la Cour reconnut qu'à la différence de la jurisprudence *Colorado River*, le conflit qui lui était soumis possédait une dimension internationale. Elle décida cependant que "les facteurs retenus par cette jurisprudence peuvent également servir de guide utile dans notre appréciation, lorsqu'ils sont appliqués avec cette différence en tête".<sup>2663</sup>

Au vrai l'emprunt à la jurisprudence *Colorado River* s'explique aisément : comme on l'a vu, la Cour Suprême a mis l'accent dans cette dernière version de l'abstention sur l'*obligation* des tribunaux de statuer sur les causes qui leur sont soumises, réduisant par là même le dessaisissement au rang de mesure exceptionnelle (*supra*, n° 573). Or le caractère

<sup>2660</sup> *I.J.A. Inc. et al. v Marine Holdings Ltd, Inc.*, 524 F. Supp. 197 (E.D. Penn. 1981), qui fait référence à *Nigro v Blumberg*, 373 F. Supp. 1206 (E.D. Pa. 1974).

<sup>2661</sup> 524 F. Supp. 197, 198 : "principles of comity, the adequacy of relief available in the alternative forum, promotion of judicial efficiency, the identity of parties and issues in the two actions, the likelihood of prompt disposition in the alternative forum, the convenience of the parties, counsels and witnesses and the possibility of prejudice if the stay is granted".

<sup>2662</sup> *Continental Tire Corp. v Swiss Credit Bank et al.*, 543 F. Supp. 408, 410 (SDNY 1982). Modifiant le dictum précité du juge Cardozo, le tribunal de New York explique qu'il dispose d'une "inherent power to *dismiss or stay* this action", alors que Cardozo n'avait évoqué que le sursis (nous soulignons).

<sup>2663</sup> *Ingersoll Milling Machine Co v John P. Granger*, 833 F. 2d 680, 685 (C.A. 7<sup>th</sup> Cir. 1987) : "the factors enunciated in those cases, when applied with this difference in mind, can serve as helpful guide in our evaluation".

exceptionnel de la coordination s'accorde particulièrement bien avec les hésitations traditionnelles des tribunaux américains, qui préfèrent en règle générale s'en remettre à l'exception de chose jugée pour résoudre la confrontation entre deux procédures. Ceci explique que *Colorado River* constituera pendant les années 1980 la principale source d'inspiration des tribunaux américains – même si certains tribunaux contesteront la légitimité de l'emprunt à une doctrine essentiellement dictée par les nécessités du fédéralisme.<sup>2664</sup>

**587. Application par analogie de la jurisprudence *Colorado River* (suite)** – A la différence de *Lardis*, *Colorado River* faisait de l'abstention l'exception. On verra donc sans surprise les tribunaux qui en appellent à ce précédent considérer le dessaisissement comme une mesure exceptionnelle. Ceci ne sera pas sans influence sur la charge de la preuve. Il appartiendra ainsi au défendeur de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles de nature à justifier l'abstention. On comprend qu'avec de telles prémisses, la coordination internationale des procédures concurrentes soit l'exception plutôt que la règle.<sup>2665</sup> C'est ce que montre la décision de la Cour d'Appel du 9<sup>ème</sup> Circuit dans l'affaire *Neuchatel*.<sup>2666</sup> Une compagnie d'assurance tentait de récupérer devant le juge américain les sommes qu'elle avait dû déboursier suite à la perte lors d'un transport par avion d'une cargaison d'or et de diamants. Les compagnies aériennes attirées devant le juge américain sollicitaient de celui-ci qu'il se dessaisisse en déférence à une procédure parallèle pendante devant un juge suisse. Cette demande fut rejetée. Selon la Cour, la jurisprudence *Colorado River* était d'interprétation stricte et le caractère international de l'espèce n'y changeait rien. Dès lors, le tribunal américain ne devait pas faire preuve d'une déférence plus grande à l'égard d'un tribunal étranger qu'à l'égard d'un tribunal domestique.<sup>2667</sup>

<sup>2664</sup> Le tribunal du district nord de l'Illinois a par ex. rejeté en 1986 une requête de dessaisissement formulée par un défendeur japonais, qui avait été attaqué par un concurrent américain devant les tribunaux de Hong Kong et de l'Illinois à propos d'une prétendue contrefaçon d'appareils ménagers, en qualifiant de "legally incorrect abstention argument premised on Colorado River Water" la référence du défendeur à la jurisprudence *Colorado River* : *Black & Decker Corp. et al. v. Sanyei America Corp.*, 650 F. Supp. 406, 409 (DC Ill. 1986). Le tribunal fit observer que la jurisprudence invoquée par le défendeur "explicitly involved parallel federal and state courts actions drawing on a common source of law, not the courts and laws of different nations" (650 F. Supp. 406, 410). Et le tribunal d'ajouter que le défendeur aurait dû formuler sa demande de dessaisissement par référence à la doctrine du *forum non conveniens* : "The issue which defendant attempted but failed to frame rests squarely on the Supreme Court's decision in *Piper Aircraft Co. v. Reyno* [...]". En l'espèce, le tribunal n'était cependant pas convaincu du caractère plus approprié du tribunal de Hong Kong. Le tribunal a également rejeté une demande d'injonction visant à faire interdire la procédure étrangère. V. également *Evergreen Marine Corp. v. Welgrow Int'l Inc.*, 954 F. Supp. 101, 104 (S.D.N.Y. 1997), dans lequel la Cour reconnaît que "While *Colorado River* and its progeny may prove instructive in the present context, the considerations involved in deferring to state court proceedings are different from those involved in deferring to foreign proceedings, where concerns of international comity arise and issues of federalism and federal supremacy are not in play". Sur l'utilisation de la jurisprudence *Colorado River*, v. N. SCHULTE, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 177 *e.s.*

<sup>2665</sup> P. ex. *Diego J. Herbstein v. Martin E. Bruetman et al.*, 743 F. Supp. 184, 188 (SDNY 1990) ("without a final judgment from another court, surrender of jurisdiction is justified only under exceptional circumstances"); *Madanes v. Madanes*, 981 F. Supp. 241, 263-264 (S.D.N.Y. 1997); *Heuft Systemtechnik GmbH v. Videojet Systems Int'l, Inc.*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 6014 (N.D. Ill. May, 1003) ("it is only under exceptional circumstances that a federal court will relinquish its jurisdiction"); *Randy Scheiner et al. v. Derek Wallace et al.*, 832 F. Supp. 687, 693 (SDNY 1993) ("Without a final judgment from another court, surrender of jurisdiction is justified only in exceptional circumstances"); *Black & Decker Corp. v. Sanyei Am Corp.*, 650 F. Supp. 406, 408 (N.D. Ill. 1986); *Ludgate Insurance Comp., Ltd. v. B. Frederik Becker et al.*, 906 F. Supp. 1233, 1241 (N.D. Ill. 1995) ("Under certain 'exceptional circumstances' federal district courts may order a stay or dismissal of an action to avoid duplicative litigation in a foreign country"); *General Motors Corp. and Adam Opel AG v. Jose Ignacio Lopez de Arriortua, et al.*, 948 F. Supp. 656, 668 (E.D. Mich. 1996). V. également *Thomas M. Boushel et al. v. Toro Comp., et al.*, 985 F. 2d 406 (CA 8th Cir. 1993).

<sup>2666</sup> *Neuchatel Swiss General Insurance Comp. et al. v. Lufthansa Airlines et al.*, 925 F. 2d 1193 (CA 9th Cir. 1991).

<sup>2667</sup> 925 F. 2d 1193, 1195 : "We reject the notion that a federal court owes greater deference to foreign court than to our own state courts". Et plus loin, "the fact that the parallel proceedings are pending in a foreign jurisdiction rather than in a state court is immaterial".

En l'occurrence, la Cour expliqua que les circonstances de la cause ne permettaient pas de conclure au caractère exceptionnel de la cause. En particulier, le fait que la procédure genevoise était plus avancée que la procédure américaine n'était pas décisif.<sup>2668</sup>

L'insistance des tribunaux sur leur obligation de statuer n'est pas la seule différence séparant le courant qui invoque *Colorado River* des décisions qui s'en remettent plutôt à l'arrêt *Landis* : la Cour Suprême avait dans le premier arrêt avancé un certain nombre de facteurs dont le tribunal devait tenir compte dans son appréciation, ce qu'elle avait omis de faire dans l'arrêt *Landis* (*supra*, n° 575). Fort logiquement, les tribunaux vont s'inspirer de cette liste pour façonner leurs décisions dans les espèces proprement internationales.<sup>2669</sup>

**588. Le rôle de la *comitas gentium*** - A côté de ces deux premières sources d'inspiration, certains tribunaux s'en sont remis au concept de *comitas* pour justifier la coordination. On connaît l'importance de ce concept dans le droit américain des conflits de juridiction. Depuis l'arrêt fondateur *Hilton v Guyot*,<sup>2670</sup> on enseigne généralement que l'effet accordé aux jugements étrangers aux Etats-Unis est une manifestation de la courtoisie des tribunaux américains à l'égard des souverains étrangers.<sup>2671</sup> Le concept étonnamment élastique de *comitas*,<sup>2672</sup> a également été invoqué par les tribunaux pour justifier leur refus de se prononcer sur une question qu'ils jugent être du ressort de la politique étrangère menée exclusivement par le pouvoir exécutif.<sup>2673</sup> Si l'on remonte plus loin dans l'histoire, on peut également mentionner le rôle qu'a joué la *comity* dans le refus classiquement opposé par les tribunaux américains aux demandes de créanciers qui

<sup>2668</sup> 925 F. 2d 1193, 1195. Et la Cour d'ajouter que "Even if the litigants had made somewhat more progress in Geneva than in the district Court by the time the stay motion was heard, the mere fact that parallel proceedings may be further along does not make it a case 'exceptional' for the purpose of invoking the Colorado River exception [...]"

<sup>2669</sup> P. ex. *Brinco Mining Ltd. v Federal Insurance Company*, 552 F. Supp. 1233, 1240 (District Court District of Columbia 1982); *Caspian Investments, Ltd. v Vicom Holdings, Ltd. et al.*, 770 F. Supp. 880, 883 (SDNY 1991); *Heftl Systemtechnik, GmbH v Videojet Systems International Inc.*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 6014, p. 5 (N. D. Illinois, 5 mai 1993); *Advantage International Management, Inc. v Conchita Martinez*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12535, 1994 WL 482114, p. 4 (S.D.N.Y. 7 sept. 1994).

<sup>2670</sup> *Hilton v Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

<sup>2671</sup> V. toutefois l'*Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act*, proposé en 1962 et qui est en vigueur dans pas moins de 30 Etats, v. les informations fournies par SCOLES, HAY, BORCHERS et SYMEONIDES, 1192, note 1.

<sup>2672</sup> Pour une élucidation, C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987 et H. E. YNTEMA, "The Comity Doctrine", *Michigan L. Rev.*, 1966, 1 e.s. Adde J. R. PAUL, "Comity in International Law", *Harvard Int'l L. J.*, 1991, 1-77.

<sup>2673</sup> On aura reconnu la doctrine dite de la 'political question', p.ex. *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964); *Baker v Carr*, 369 U.S. 186 (1962) (à propos de la succession aux droits et obligations du Vietnam Sud) et plus récemment *W.S. Kirkpatrick & Co v Environmental Technics Corp.*, 493 U.S. 400 (1993) et *In re: Balbir Singh Tuli*, 172 F. 3d 707 (CA 7th Cir. 1999). Certains tribunaux vont encore plus loin et invoquent la *comity* même lorsque le litige ne pose qu'indirectement une question de politique étrangère. C'est ainsi qu'un tribunal du Texas a récemment refusé d'entendre la demande formée par des citoyens de l'Equateur contre une compagnie pétrolière qu'ils accusaient d'avoir pollué une grande partie du territoire de leur pays : *Sequihua et al. v Texaco, Inc.*, 847 F. Supp. 61 (S.D. Tex. 1994). Le tribunal justifia sa décision en expliquant que "Under the doctrine known as comity of nations, a court should decline to exercise jurisdiction under certain circumstances in deference to the laws and interests of another foreign country" (847 F. Supp. 61, 63). V. aussi dans le même contexte *Aguirre v Texaco, Inc.*, 1994 WL 142006 (SDNY 1994); *C. Frank Reavis v Gulf Oil Corp.*, et al., 85 F.R.D. 666 (Del. 1980) (défendeur sollicite un stay parce que le litige touche indirectement aux intérêts pétroliers du Venezuela, le litige portait sur la compensation exigée par une entreprise dont la concession pétrolière avait été nationalisée par le Venezuela, la demande de stay et de forum non conveniens a cependant été rejetée, le tribunal estimant que l'orden publico du Venezuela n'était pas en jeu. En l'espèce la situation se compliquait parce qu'une procédure avait également été intentée au Venezuela) et récemment *European Community v RJR Nabisco, Inc.*, 150 F.Supp.2d 456 (E.D.N.Y., 2001). Sur l'ensemble de la question, B. PEARCE, "The Comity Doctrine as a Barrier to Judicial Jurisdiction. A United States - European Union Comparison", *Stanford J. Int'l L.*, 1994, 525 e.s.

tentent d'obtenir aux Etats-Unis le paiement d'une dette alors que le débiteur a été déclaré en faillite par un tribunal étranger. Dans ce contexte également, ce sont les exigences de la courtoisie internationale qui justifiaient la fin de non-recevoir opposée aux créanciers désireux de contourner les règles de distribution des actifs en vigueur dans la procédure étrangère de faillite.<sup>2674</sup>

En somme, la courtoisie internationale n'a plus de secret pour les tribunaux américains.<sup>2675</sup> On ne s'étonnera donc pas au vu de ces antécédents qu'elle ait fait son apparition dans le domaine des conflits de procédures, d'autant plus que la Cour Suprême avait elle-même directement invoqué ce concept à l'appui des doctrines de l'abstention déjà évoquées.<sup>2676</sup> On verra ainsi la *comitas* invoquée par certains tribunaux comme fondement et justification d'une mesure de coordination. La Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit a par exemple fait de la courtoisie internationale la pierre angulaire de sa jurisprudence en matière de conflits de procédures.<sup>2677</sup> La Cour y voit un des trois grands principes qui doivent guider sa décision.<sup>2678</sup>

D'autres tribunaux invoquent la courtoisie internationale non plus comme fondement de la coordination, mais bien comme justification *complémentaire* qui vient renforcer une

<sup>2674</sup> P. ex. *Canada Southern Railway v Gebhard*, 109 U.S. 527, 3 S.Ct. 363, 27 L.Ed. 1020 (1883) ; *Bernard Cornfeld v Investors Overseas Service, Ltd.*, 471 F. Supp. 1255, 1259 (SDNY 1979) ("The firm policy of American courts is the staying of actions against a corporation which is the subject of a bankruptcy proceedings in another jurisdiction"); *Thomas Fleeger v The Clarkson Company, Ltd.*, 86 F.R.D. 388 (N.D. Tex. 1980) ; *Kerner Products Corp. v Société Foncière et Financière Agache Willot*, 532 F. Supp. 478 (SDNY 1982) ; *Canard Steamship Corp., Ltd. v Salen Reefer Services AB*, 773 F.2d 452 (C.A. 2<sup>nd</sup> Cir. 1985) ; *The Drexel Burnham Lambert Group, Inc. v A.W. Galadari, et al.*, 1987 U.S. Dist LEXIS 5030 (SDNY 1987) ; *Lindner Fund, Inc. et al. v Polly Peck Int'l, plc, et al.*, 143 B.R. 807 (SDNY 1992) ; *Allstate Life Insurance Co. et al. v Linter Group Ltd.*, 994 F.2d 996 (C.A. 2<sup>nd</sup> Cir. 1993) ; *Blanco v Banco Industrial de Venezuela SA*, 997 F. 2d 974 (C.A. 2<sup>nd</sup> Cir. 1993) ; *Philadelphia Gear Corp. v Philadelphia Gear de Mexico*, 44 F. 3d 187 (C.A. 3<sup>rd</sup> Cir. 1994). Depuis lors le législateur est intervenu, qui a codifié cette jurisprudence. La section 305(2) du chapitre 11 (11 U.S.C., § 305(2)) permet à un tribunal de surseoir à statuer ou de rejeter une demande lorsque "there is pending a foreign proceedings". Cette disposition vise cependant avant tout la demande d'ouverture d'une faillite, et non la demande au fond d'un créancier tendant à obtenir le paiement d'une dette.

<sup>2675</sup> Outre les application déjà citées, la *comitas* est également invoquée comme justification théorique de l'application par les tribunaux américains d'une loi étrangère (16 Am. Jur. 2d, v° Conflict of Laws, 24, no. 14 et *Hilton v Guyot*, 159 U.S. (113), 163) ainsi que comme justification de la nécessité de limiter l'application extra-territoriale des lois américaines (p. ex. *Hartford Fire Insurance Co. v California*, 509 U.S. 764 (1993) ; *U.S. v Nippon Paper Industries Co., Ltd.*, 109 F. 3d 1 (1st. Cir. 1997)).

<sup>2676</sup> P. ex. *Quackenbush v Allstate Ins-Co.*, 517 U.S. 706, 723, 116 S.Ct. 1712, 1724 (1996) : "Federal courts abstain out of deference to the paramount interests of another sovereign and the concern is with principles of comity and federalism" - il s'agissait d'un cas d'abstention *Burford*.

<sup>2677</sup> *Turner Entertainment Co. v Degeto Film GmbH et al.*, 25 F. 3<sup>rd</sup> 1512, 1518-1521 (C.A. 11<sup>th</sup> Cir. 1994) ; *Victor Posner et al. v Essex Insurance Comp., Ltd.*, 178 F. 3d 1209 (11<sup>th</sup> Cir. 1999).

<sup>2678</sup> A côté de la courtoisie et du respect pour les actes des souverains étrangers, la Cour évoque également dans l'affaire *Turner* l'équité pour les parties et l'utilisation efficace des maigres ressources judiciaires ("[...] courts have sought to fashion principles that will promote three readily identifiable goals in the area of concurrent international jurisdiction : (1) a proper level of respect for the acts of our fellow sovereign nations - a rather vague concept referred to in American jurisprudence as international comity; (2) fairness to litigants; and (3) efficient use of scarce judicial resources", 25 F.3d 1512, 1518. V. également *The Ensign-Bickford Corp. v ICI Explosives USA, Inc. et al.*, 817 F. Supp. 1018, 1031 (D. Conn. 1993) ("[The principle of international comity] requires that domestic courts take reasonable steps to prevent potential conflicts from ripening into overt confrontations with foreign tribunals" et plus loin "The Court concludes that principles of comity requires dismissal of the plaintiff's breach of contract claim [...]") ainsi que *Basic v Fitzroy Engineering, Ltd.*, 949 F. Supp. 1333, 1340 (N.D. Ill. 1996) (une espèce qui mettait au prise les tribunaux américains et néo-zelandais; le tribunal du district nord de l'Illinois a refusé de se prononcer sur une demande visant à obtenir un jugement déclaratoire, en observant que "In accord with the principle of comity between sovereign nations, a district court should decline to exercise jurisdiction under certain circumstances in deference to the laws and interests of another foreign country").



décision fondée par exemple sur la jurisprudence *Colorado River*.<sup>2679</sup> Enfin, et toujours pour illustrer la confusion qui règne dans la jurisprudence, certaines décisions contestent l'extension de la courtoisie internationale au terrain des conflits de procédures. Pour ces tribunaux, il ne peut être question de courtoisie que lorsque le tribunal étranger a déjà rendu une décision et non simplement lorsque la procédure étrangère est encore pendante.<sup>2680</sup> Lorsque la courtoisie est invoquée, les tribunaux sont sensibles, s'agissant d'un geste de courtoisie, à la proximité géographique et culturelle entre les fors concurrents.<sup>2681</sup>

**589. Le rôle de la *comitas gentium* (suite)** - L'affaire *Barmer Fund* illustre bien la multiplicité des fonctions attribuée à la *comity*: en l'espèce, plusieurs sociétés établies en Suisse et au Belize étaient poursuivies par la SEC devant les tribunaux américains pour fraude massive au détriment d'investisseurs américains.<sup>2682</sup> Les défendeurs invoquèrent la *comitas* à deux reprises pour tenter de persuader le tribunal américain de se dessaisir. De façon classique, la courtoisie fondait d'abord un argument déduit du danger qu'une condamnation éventuelle à la restitution des sommes qui leur avaient été confiées les obligerait à violer certaines dispositions du droit Belizais des trusts. Les défendeurs prétendaient ensuite que la courtoisie imposait au tribunal américain de surseoir à statuer pour éviter un conflit avec les tribunaux du Belize également saisis.

La Cour d'Appel admit le principe du sursis sur base de la *comitas*, mais en rejeta l'application en l'espèce. Elle observa à cet effet que la première procédure dont avaient été saisis les tribunaux du Belize ne portait que sur une demande d'assistance judiciaire émanant des tribunaux américains. Il n'y avait pas risque de contradiction éventuelle avec une décision américaine sur le fond et donc pas de raison de s'abstenir. Quant à la seconde procédure au Belize, bien que parallèle à la procédure américaine, elle ne justifiait pas non plus un sursis. Selon la Cour cette procédure visait en effet à empêcher la justice

<sup>2679</sup> P. ex. *Evergreen Marie Corp. v. Welgrov Int'l, Inc.*, 954 F. Supp. 101, 104 (SDNY 1997) (“[...] principles of international comity, which counsel deference to the legislative, executive and judicial actions of foreign nations, also support a stay or dismissal in favor of the Belgian proceedings”); *Efco Corp. v. Alumna Systems, USA, Inc., et al.*, 983 F. Supp. 816, 824 (S.D. Iowa 1997); *Robert F. Goldbarmer et al. v. Dunkin’ Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d, 248, 251 (D.C. Mass. 1999) (“The policies underpinning international abstention case law are rooted in concerns about international comity”); *Kenneth L. Balcom v. Rosenthal & Comp., et al.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 20842 (N.D. Ill. 1997) (“A district court is empowered to dismiss a federal suit whenever it is duplicative of a parallel action already pending in another federal court. In the interests of international comity, this principle also applies to parallel actions pending in courts in a foreign country” (je souligne)).

<sup>2680</sup> *Dragon Capital Partners L.P. v. Merrill Lynch Capital Services Inc.* 949 F. Supp., 1123, 1127, note 8 (S.D.N.Y. 1997) : le tribunal du district méridional de New York explique ainsi que “Courts use the term comity and, to a lesser extent, international abstention, to refer to the doctrine of judicial deference to pending foreign proceedings, although neither of these terms is technically appropriate. Comity refers to deference to another sovereign’s definitive law or judicial decision”. Dans l'affaire *Biblical Archeology Society et al. v. Elisha Qimron*, 1993 WL 39572 (E.D. Pa. 1993), le défendeur invoquait également la ‘comity’ pour obtenir le dessaisissement du juge américain et obliger le demandeur à se défendre devant le juge israélien déjà saisi de la même affaire. L’appel à la comity n’était cependant pas détourné de sa fonction première puisque le juge israélien avait déjà rendu un jugement d’avant dire droit et que c’est sur base de ce jugement que le défendeur invoquait la comity, et non, comme dans d’autres espèce, sur base de la simple saisine du juge étranger. Le tribunal a cependant refusé de se dessaisir, notant que “I would also disagree with defendant that this court should extend comity to a preliminary order”. V. aussi J.-P. GEORGE, *Lc. Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 910-912 (l’auteur s’élève contre l’utilisation à ses yeux inappropriée de la courtoisie comme fondement à la coordination en l’absence de décisions vidant le litige; il explique que “while comity might be an appropriate factor to consider along with other bases for dismissal, there appears to be very little authority for using comity as the sole determining factor”). Sur le rôle de la *comity, cons.* également N. SCHULTE, *ac. Berlin, Duncker & Humblot*, 2001, 170 e.s.

<sup>2681</sup> Un tribunal siégeant en Iowa a ainsi observé que « Certainly if this court cannot extend comity to Canada, the comity principle has little vitality on our jurisprudence » : *Efco Corp. v. Alumna Systems, USA, Inc.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 17298 (S.D. Iowa, 30 oct. 1997).

<sup>2682</sup> *SEC v. Barmer Fund Int'l, et al.*, 2000 U.S. App. LEXIS 6423 (CA, D.C. April, 4, 2000).



américaine de protéger les investisseurs et à ce titre ne méritait pas une quelconque mesure de respect fondée sur la courtoisie.<sup>2683</sup>

590. Une première synthèse de la jurisprudence – On le voit, les différents courants évoqués trahissent une certaine confusion de la jurisprudence. Au minimum on peut dire que les tribunaux américains se cherchent encore, sans s'être à ce stade accordés sur le fondement, ni sur la justification des diverses mesures de coordination qu'ils sont prêts à ordonner.

L'impression de confusion qui se dégage de la jurisprudence ne doit pas cacher l'avancée que représentent les décisions que l'on vient d'évoquer. Le contraste est grand en effet avec l'application classique par les tribunaux du *forum non conveniens*, dont on a vu qu'elle pouvait se montrer indifférente à la concurrence de procédures. Au contraire, la jurisprudence naissante, tous courants confondus, s'attache précisément aux conflits de procédures, qui forment à la fois le contexte et le moteur de la jurisprudence. C'est en effet en considération de cette concurrence de procédures que les tribunaux américains se sont demandés, avec plus ou moins d'enthousiasme, s'il convenait de coordonner leur activité avec celle du tribunal étranger.

De plus, il ne faudrait pas exagérer les différences qui séparent les courants de jurisprudence. Il s'agit tout au plus de nuances et non de divergences de principe. Ainsi, le test utilisé fait dans tous les cas une large place à l'appréciation discrétionnaire par le juge américain. Les facteurs utilisés montrent également une forte ressemblance. Parmi ces facteurs on relèvera le degré d'identité entre parties,<sup>2684</sup> la date de saisine respective des fors<sup>2685</sup> ainsi que l'état d'avancement de la procédure concurrente,<sup>2686</sup> des éléments qui montrent bien que ce sont les procédures concurrentes qui sont visées.<sup>2687</sup> A cet égard, il est révélateur que la courtoisie internationale, qui est élevée au rang de fondement par une partie de la jurisprudence, soit considérée par d'autres décisions comme un élément parmi d'autres dans l'appréciation globale de l'opportunité d'une mesure de déférence. On a d'ailleurs vu des tribunaux invoquer simultanément plusieurs justifications pour appuyer leur décision.<sup>2688</sup> En outre, alors qu'au sein de l'espace judiciaire américain les différentes théories donnaient lieu tantôt à un sursis à statuer, tantôt à un dessaisissement, les différences se sont largement estompées dans les espèces

<sup>2683</sup> La Cour explique que la procédure étrangère était "designed to frustrate a significant policy of the United States", et "initiated solely for the purpose of avoiding justice in the courts of the United States" (p. 26).

<sup>2684</sup> P. ex. *Heuff Systemtechnik GmbH v Videojet Sys. Int'l, Inc.*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 6014, p. 7 (N.D.Ill., 5 mai 1993) et sur ce facteur, N. SCHULTE, ac, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 160-164.

<sup>2685</sup> Les tribunaux évoquent ainsi souvent la "temporal sequence of filing of the actions" : p. ex. *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Service Inc.*, 949 F. Supp. 1123, 1127 ; *Caspian Investments, Ltd. v Viacom Holdings, Ltd.*, 770 F. Supp. 880, 884 (S.D.N.Y. 1991) et *Evergreen Marine Corp. v W&G International Inc.*, 954 F. Supp. 101 (S.D.N.Y. 1997) ("the chronological sequence of these actions also favors a stay") ; *Continental Tire Corp. v Swiss Credit Bank*, 410 (en l'espèce la procédure suisse avait été initiée quelques 6 mois avant la procédure américaine) ; *Turner Entertainment Co. v Degeto Film GmbH et al.*, 25 F. 3<sup>rd</sup> 1512, 1522 (11<sup>th</sup> Cir. 1994) ("the order in which the suits were filed", mais en l'espèce "the instant lawsuits were filed almost simultaneously"). D'autres tribunaux encore en appellent plus directement au critère de la priorité temporelle, en observant que "When [...] the foreign action is pending rather than decided, comity counsels that priority generally goes to the suit first filed" : *Ronar, Inc. v Michael Wallace et al.*, 649 F. Supp. 310 (S.D.N.Y. 1986).

<sup>2686</sup> V. les espèces citées par N. SCHULTE, ac, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 167.

<sup>2687</sup> N. SCHULTE, ac, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 159 e.s. passe en revue les facteurs pris en compte par les tribunaux, dans les différentes versions de la doctrine de l'*abstention*.

<sup>2688</sup> P. ex. *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Service Inc.*, 949 F. Supp. 1123 (après avoir vérifié que le sursis à statuer était justifié en raison de l'existence d'une procédure concurrente à Hong Kong, le tribunal a procédé à une analyse complète sur base de l'exception de for inapproprié pour arriver au même résultat).

internationales. On a ainsi vu des tribunaux en appeler à la jurisprudence *Colorado River* pour justifier un sursis à statuer et inversement.<sup>2689</sup>

La confusion des genres était d'ailleurs déjà présente dans la jurisprudence visant les conflits domestiques : ainsi la Cour Suprême a-t-elle dans l'affaire *Colorado River* non seulement insisté sur le caractère exceptionnel du dessaisissement (*supra*, n° 572), mais a également précisé qu'entre tribunaux fédéraux, la règle était au contraire qu'il fallait éviter les procédures concurrentes.<sup>2690</sup> Plusieurs tribunaux ont suivi ce conseil, traçant un parallèle entre la concurrence internationale de procédures et le conflit entre deux tribunaux fédéraux. Le tribunal du district méridional de New York s'est ainsi inspiré de cette jurisprudence dans un litige entre un prêteur anglais et un emprunteur américain.<sup>2691</sup> Le prêteur n'ayant pas obtenu satisfaction de sa créance, il saisit les tribunaux irlandais et américains. Sur ce, l'emprunteur demanda à ce dernier de se dessaisir. Le tribunal acquiesça à cette demande. Tout en reconnaissant l'obligation pour les tribunaux fédéraux de statuer sur les litiges pour lesquels ils sont compétents, le tribunal cita l'arrêt *Colorado River* et le souci qui y était exprimé d'éviter les procédures concurrentes.<sup>2692</sup> D'autres tribunaux ont également invoqué l'analogie avec les conflits purement fédéraux pour insister sur la nécessité d'empêcher le conflit de procédures.<sup>2693</sup>

Au total, on est bien loin de l'indifférence dont on pu faire preuve ces mêmes tribunaux dans l'application du *forum non conveniens* (*supra*, n° 548). Avec le développement de cette jurisprudence, on ne peut plus écrire, comme le faisait M. Delaume, qu'aux Etats-Unis, "la litispendance internationale fait partie intégrale de la doctrine du forum non conveniens".<sup>2694</sup> Au contraire on pourrait même dire que l'expression 'lis alibi pendens' a pris une connotation *normative*, et non plus simplement descriptive – même si les tribunaux lui préfèrent le terme de '*international abstention*'. Il s'agit à notre sens plus que d'un simple aménagement de la doctrine du *forum non conveniens*, comme cela a été le cas au Canada et en Australie; la jurisprudence américaine a bel et bien développé une doctrine spécifique, qui emprunte certes au concept de *forum inapproprié*, mais confine celui-ci au rang de simple élément dans une appréciation globale toute entière dédiée aux procédures concurrentes.<sup>2695</sup>

<sup>2689</sup> *Ingersoll Milling Mining Co. v John P. Granger*, 833 F. 2d 680, 685 (1987) et *Neuchatel Swiss General Insurance Corp. et al. v Lufthansa Airlines et al.*, 925 F.2d 1193 (Bien que s'inspirant de la jurisprudence *Colorado River*, la Cour évoque un simple sursis à statuer). Il faut dire que la Cour Suprême elle-même avait laissé entendre dans une espèce ultérieure qu'e la doctrine de l'abstention pouvait parfaitement s'accommoder d'un sursis à statuer : *Quadeenbush v Allstate Ins. Co.*, 517 U.S. 706, 116 S.Ct. 1712, 135 L.Ed. 2d 1 (1996). *Adde* N. SCHULTE, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 193-194.

<sup>2690</sup> *Colorado River*, 424 U.S. 817 : "as between federal district courts, [...] the general principle is to avoid duplicative litigation".

<sup>2691</sup> *Caspian Investments, Ltd. v Vicom Holdings, Ltd., et al.*, 770 F. Supp. 880 (SDNY 1991).

<sup>2692</sup> 770 F. Supp. 880, 884. Sur cette affaire, N. SCHULTE, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 163-164.

<sup>2693</sup> V. par ex. *Bvinco Mining Ltd. v Federal Insurance Corp.*, 552 F. Supp. 1233, 1240 (D.D.C. 1982) : le tribunal constate qu'il n'existe pas de précédent "which clearly state the appropriate degree of deference a federal court owes to proceedings in another country which have yet to reach judgment". Il poursuit en décidant que "the standards should be the same as between two federal courts".

<sup>2694</sup> G. DELAUME, *Law and Practice of Transnational Contracts*, New York, Oceana, 1988, 171 : "In the United States, lis alibi pendens is part and parcel of the doctrine of forum non conveniens". V. également A. T. VON MEHREN, "The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs : Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and Lis Pendens", *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, J. BASEDOW et al (éds.), Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, (409), 416, note 35.

<sup>2695</sup> On en veut pour preuve que certains tribunaux examinent successivement la demande de coordination à l'aune de la jurisprudence nouvelle pour ensuite vérifier le résultat sur base de la doctrine traditionnelle du forum non conveniens, p. ex. *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Service Inc.*, 949 F. Supp. 1123 (après avoir vérifié que le sursis à statuer était justifié en raison de l'existence d'une procédure concurrente à Hong Kong, le

## (B) Les premiers pas vers une jurisprudence autonome

**591. L'abandon progressif des précédents internes** - Les tribunaux américains ne vont pas rester longtemps sous l'emprise des précédents développés pour les conflits de procédure au sein de l'espace judiciaire américain. Cette dépendance va progressivement s'estomper pour faire place à une jurisprudence plus autonome. Au fil des décisions, et sans doute sous l'influence d'une doctrine qui a dénoncé l'exportation abusive de règles en dehors du contexte dans lequel elles avaient été développées,<sup>2696</sup> les tribunaux vont abandonner le cadre conceptuel des jurisprudences *Colorado River*, *Landis* etc. Dans le même temps la jurisprudence va jeter les premières bases de cette doctrine nouvellement libérée du joug des précédents internes.

L'affaire *Posner*, soumise en 1999 à la Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit, montre comment la doctrine de l'*international abstention* a progressivement conquis son indépendance.<sup>2697</sup> Le demandeur reprochait en l'espèce au tribunal de district, qui avait accordé un sursis à statuer au profit d'une procédure concurrente pendante devant les tribunaux des Bermudes, d'avoir négligé l'obligation pesant selon la jurisprudence *Colorado River* et sa descendance, sur les tribunaux fédéraux, d'exercer sauf circonstances exceptionnelles, la compétence qui leur est conférée. La Cour d'Appel fit observer que la Cour Suprême n'avait certainement pas entendu, lorsqu'elle s'était penchée sur la question de l'abstention, étendre sa décision aux espèces internationales.<sup>2698</sup> Et la Cour de poursuivre en notant que "l'invitation faite par la Cour Suprême aux cours et tribunaux d'exercer en règle générale leur autorité dans les cas où le législateur leur a attribué compétence ne trouve à s'appliquer qu'à ces doctrines de l'abstention qui mettent en jeu les considérations spécifiques liées au fédéralisme".<sup>2699</sup> Pour bien marquer la différence entre les deux contextes, la Cour ajouta que les relations entre tribunaux américains devaient être comprises dans le cadre du fédéralisme tel que conçu par la Constitution, alors que les relations entre tribunaux de pays différents devaient être pensées dans le cadre de la *comity*.<sup>2700</sup> On perçoit clairement la volonté de la Cour de faire place nette, volonté qui

---

tribunal a procédé à une analyse complète sur base de l'exception de for inapproprié pour arriver au même résultat). Déjà sous la jurisprudence *Colorado River*, le caractère approprié des fors concurrents ne constituait qu'un des facteurs dans l'appréciation globale et non la clé de la jurisprudence (v. sur ce point, *Colorado River*, 424 U.S. 800, 818 : le juge Brennan cite "the inconvenience of the federal forum" comme un des facteurs).

<sup>2696</sup> V. les nombreuses chroniques de L. E. TEITZ, en particulier *Int'l Lawyer*, 1998, (223), 227. *Adde* les observations de S. B. BURBANK, *l.c.*, *AmJ Comp L.*, 2001, (203), 232, qui explique que "The federal courts at least have used inappropriate domestic models to deal with parallel international litigation in the past, inconsistently treating litigation in Italy as if it were litigation in another federal court or in a state court. The models used have been inappropriate either because their extension to international cases lacked normative justification, or because the model itself was incoherent in the context in which it was initially used, or for both reasons".

<sup>2697</sup> *Victor Posner v Essex Insurance Co.*, 178 F.3d 1209 (11th Cir 1999), et les observations de L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 2000, (545), 546-547.

<sup>2698</sup> 178 F.3d 1209, 1223.

<sup>2699</sup> 178 F.3d 1209, 1223-1224 : "the Supreme Court's admonition that courts generally must exercise their non-discretionary authority in cases over which Congress has granted them jurisdiction can only apply to those abstention doctrines addressing the unique concerns of federalism". V. également l'observation de la Cour dans *Robert F. Goldhammer et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d, (248), 252 (D.C. Mass. 1999) ("Quackenbush does not crisply govern in the area of international abstention").

<sup>2700</sup> 18 F. 3d 1209, 1238 ("the relationship between the federal courts and the states - grounded in federalism and the Constitution - is different from the relationship between federal courts and foreign nations - grounded in the historical notion of comity"). V. aussi *Evergreen Marine Corporation v Welgrov International Inc.*, 954 F. Supp. 101, 104 note 1 (SDNY 1997) ("While *Colorado River* and its progeny may be instructive in the present context, the considerations involved in deferring to state courts proceedings are different from those involved in deferring to foreign proceedings, where concerns of international comity arise and issues of federalism and federal supremacy

avait déjà été affichée en 1994 par cette même Cour alors qu'elle tentait de dégager une synthèse originale de la jurisprudence naissante, qu'elle désignait sous l'expression de '*international abstention*'.<sup>2701</sup>

**592. L'abandon progressif des précédents internes (suite)** - Le tribunal du district méridional de New York, qui, pour d'évidentes raisons, connaît d'un nombre important de litiges internationaux, s'est lui aussi dégagé de l'emprise des règles classiques développées pour les litiges internes.<sup>2702</sup> L'affaire *Martinez* illustre le processus qui a mené à la création d'une jurisprudence indépendante : en l'espèce, une star du tennis féminin avait saisi les tribunaux espagnols d'un litige l'opposant à l'agence qui la représentait.<sup>2703</sup> Trois ans après la saisine du juge espagnol l'agence porta l'affaire devant les tribunaux américains. Le tribunal du district méridional de New York fit droit à la demande de dessaisissement formulée par la défenderesse : dans un premier temps, le tribunal se référa à la jurisprudence *Colorado River* pour en déduire que le pouvoir d'accorder un sursis à statuer, pouvoir "inhérent" à son institution, était limité par l'obligation incombant aux tribunaux d'exercer la compétence qui leur est dévolue.

Se tournant ensuite vers les facteurs qui informaient son pouvoir d'appréciation, le tribunal prit ses distances de cette jurisprudence pour ne se fier qu'à ses propres précédents. Il ne fut plus alors question ni de *Landis*, ni de *Colorado River*; le tribunal s'en référa uniquement à sa propre jurisprudence. *In fine*, il se permit même de critiquer l'utilisation, à ses yeux abusive, qui avait été faite par le passé des concepts classiques de *comitas* et d'*abstention* : développés pour les besoins du marché judiciaire américain, ils ne pourraient être purement et simplement transposés dans le contentieux international.<sup>2704</sup> La césure est nette, la volonté de s'écarter de la ligne tracée par la Cour Suprême ne fait pas de doute. L'abandon de l'appui fourni par les précédents internes témoigne d'une intéressante prise de conscience des spécificités de la concurrence internationale de procédures.<sup>2705</sup>

---

are not in play") et *Ecco Corp. f/k/a/ Economy Forms Corporation et al. v. Alumna Systems, USA, Inc. et al.*, 983 F. Supp. 816, 824 (S.D. Iowa 1997).

<sup>2701</sup> *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH, et al.*, 25 F.3d 1512, 1518 (11th Cir. 1994).

<sup>2702</sup> Le tribunal du district est du Missouri a reconnu le rôle important joué par les tribunaux de New York dans le développement de la jurisprudence : *Abdullah Sayid Rajab Al-Rifai & Sons W.L.L. v. McDonnell Douglas Foreign Sales Corp.*, 988 F. Supp. 1285, 1289 (E.D. Miss. 1997).

<sup>2703</sup> *Advantage International Management Inc. v. Conchita Martinez*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12535, 1994 WL 482114 (SDNY Sept. 7, 1994).

<sup>2704</sup> *Advantage Int'l Management, Inc. v. Conchita Martinez*, 1994 WL 482114, p. 12, note 2 (S.D.N.Y. 1994) : "Courts use the terms comity and, to a lesser extent, international abstention, to refer to the doctrine of judicial deference to pending foreign proceedings [...] although neither of these terms technically is appropriate. Comity refers to deference to another sovereign's definitive law or judicial decision [...] not to its preliminary decision to enact a law or to issue a judgment. Abstention is a jurisdiction limiting doctrine relevant only to a limited category of cases concerning constitutional adjudication and state-federal relations". V. également *Ludgate Insurance Comp. Ltd. v. B. Frederic Becker et al.*, 906 F. Supp. (1233), 1241 (N.D. Ill. 1995) (le tribunal s'inspire classiquement de la jurisprudence *Colorado River*, et donc du principe que le dessaisissement est l'exception, mais ne peut terminer son analyse sans mentionner la *comitas* et la jurisprudence *Turner*).

<sup>2705</sup> La jurisprudence plus récente n'hésite d'ailleurs plus à évoquer une "doctrine de l'abstention internationale" indépendante, qui se suffit à elle-même, v. p. ex. *Supernico Computer, Inc. v. Digitech S.A.*, 145 F. Supp. 2d 1147 (N.D. Cal. 2001), qui explique que "The international abstention doctrine allows a court to stay or dismiss an action where parallel proceedings are pending in the court of a foreign nation [...] International abstention is rooted in concerns of international comity, judicial efficiency and fairness to litigants. [...] In short, the doctrine allows a court to abstain from hearing an action if there is a first-filed foreign proceeding elsewhere" et le tribunal d'évoquer les précédents des Cours d'Appel des 7ème et 11ème Circuit. En l'espèce, le tribunal évita de se prononcer sur la demande de dessaisissement sur ce chef, préférant rejeter la demande en invoquant le *Declaratory Judgment Act*.

593. **Les nouveaux contours de l'abstention internationale** - Il ne suffit toutefois pas de renoncer à une application purement analogique de règles extraites de leur contexte d'origine. Encore faut-il asseoir l'éventuelle mesure de coordination internationale et lui donner une forme plus précise, ce qui nécessite une élucidation des circonstances dans lesquelles le juge américain renoncera effectivement à statuer. Ici encore le tribunal du district méridional de New York a fait œuvre pionnière : au fil de ses décisions, fort nombreuses, sur la question, ce tribunal a pu faire la synthèse des influences diverses évoquées dans la jurisprudence pour se permettre dans un deuxième temps de faire abstraction de ces doctrines classiques qui ne seront même plus citées. Et, phénomène d'autopoïèse dont la *common law* est familière, l'on verra alors apparaître des décisions qui sont justifiées par les seuls précédents ad hoc qui avaient ouvert la voie.<sup>2706</sup> Les juges se contenteront dès lors de citer leur propre jurisprudence pour justifier l'existence d'une "compétence qui leur est propre de surseoir à statuer ou se dessaisir en raison de la pendance d'une action similaire dans une juridiction étrangère".<sup>2707</sup>

Ainsi se dessinent les contours de cette doctrine de l'*international abstention*, mélange d'influences diverses dont les frontières sont encore floues.<sup>2708</sup> Les concepts utilisés par les tribunaux ne sont certes pas nouveaux : l'appréciation discrétionnaire dans le chef du juge, l'importance de la courtoisie entre tribunaux, l'utilisation d'un test fondé sur une pluralité d'éléments, tout cela se retrouvait déjà dans le *forum non conveniens* et même dans la jurisprudence *Colorado River*. Le contexte est toutefois différent, puisqu'est seule visée la concurrence effective de procédures engagées dans différents pays.

Le développement de cette nouvelle jurisprudence est une oeuvre collective des tribunaux du fond, à défaut de directions de la Cour Suprême. La sensibilité n'est toutefois pas la même partout : si les Cours d'Appel des 7<sup>ème</sup> et 11<sup>ème</sup> Circuit et le tribunal du district précité de New York ont pris les devants, d'autres tribunaux se montrent encore réticents. Certaines décisions persistent dès lors à s'en référer aux classiques points de repères internes, et en particulier à la jurisprudence *Colorado River*. C'est ainsi qu'un tribunal a pu en 1997 s'en remettre entièrement, sans aucun scrupule apparent, à la jurisprudence *Colorado River* dont il a fait application dans une espèce internationale.<sup>2709</sup> La confusion reste donc à son comble, comme en témoigne une décision d'un tribunal

<sup>2706</sup> P. ex. *In Re Houbigant, Inc. et al.*, 914 F. Supp. 997, 1003-1004 (SDNY 1996); *Evergreen Marine Corporation v Welgrow International Inc.*, 942 F. Supp. 201, 207 (SDNY 1996); *Evergreen Marine Corporation v Welgrow International Inc.*, 954 F. Supp. 101, 103 (SDNY 1997); *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Services Inc., et al.*, 949 F. Supp. 1123, 1127 (S.D.N.Y. 1997). *Comp. Nycal Corporation v Inco PLC and Downshire N.V.*, 968 F. Supp. 147, 148-149 (S.D.N.Y. 1997) (le tribunal se réfère aux critères dégagés pour les injonctions pour déterminer s'il y a lieu de dévier de l'« ordinary rule of permitting parallel litigation ».)

<sup>2707</sup> *Dragon Capital Partners L.P. v Merrill Lynch Capital Services Inc., et al.*, 949 F. Supp. 1123, 1127 : "the inherent power to stay or dismiss an action based on the pendency of a related proceeding in a foreign jurisdiction".

<sup>2708</sup> La Cour d'Appel du 11<sup>ème</sup> Circuit expliquait fort justement en 1994 que "federal courts have begun to fashion principles that guide courts' action in cases of concurrent jurisdiction in a federal court and the court of a foreign nation" : *Turner Entertainment Co. v Degeto Film GmbH, et al.*, 25 F.3d 1512, 1518 (11th Cir. 1994).

<sup>2709</sup> *Abdullah Sayid Rajab Al-Rifai & Sons W.L.L. v McDonnell Douglas Foreign Sales Corp.*, 988 F. Supp. 1285, 1289 (E.D. Miss. 1997), qui cite et applique directement la jurisprudence *Quackenbush*, sans chercher à expliquer pourquoi cette décision, inspirée par des considérations tenant au fédéralisme américain, était pertinente dans un contexte international. V. les critiques de cette décision dans *Victor Posner, Security Management Corporation v Essex Insurance Company, Ltd.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14021, p. 38, note 25 (11<sup>th</sup> Cir., June 25, 1999) et L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1998, (223), 227 (l'auteur note que le tribunal "failed to recognize that the various abstention doctrines [were] developed in the context of state/federal relations, against a series of constitutional constraints and precedents defining that relationship. In contrast, parallel proceedings involving international litigation raise different issues, not the least of which is the potential for unrestrained and vexatious litigation in multiple countries"). V. également *General Motors Corp. and Adam Opel AG v Jose Ignacio Lopez de Arriortua et al.*, 948 F. Supp. 656 (E.D. Mich. 1996) (le tribunal s'inspire uniquement de la jurisprudence *Colorado River* pour rejeter une demande de stay en faveur des tribunaux allemands).

siégeant dans l'Illinois : confronté à une demande de dessaisissement en faveur d'une procédure anglaise initiée par le même demandeur, le tribunal a d'abord eu recours à la courtoisie internationale. Il n'en a pas moins dans un second temps fait appel à la jurisprudence *Colorado River* pour expliquer que ce pouvoir ne pouvait être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles.<sup>2710</sup>

594. Quelques conclusions provisoires sur l'*international abstention* - A ce stade on ne peut dès lors pas encore parler d'une jurisprudence constante. Il faudra probablement attendre encore quelques années pour que la jurisprudence arrive à maturité et qu'apparaisse un corps de règles autonomes, qui rendent inutiles le recours aux précédents développés pour le seul espace judiciaire américain. On peut toutefois déjà avancer quelques conclusions provisoires.

Tout d'abord l'unanimité se fait dans la jurisprudence pour admettre qu'un tribunal américain se permette de résoudre un conflit international de procédures par une mesure de coordination qui l'amène à renoncer à exercer une compétence. Cette jurisprudence, nourrie de plusieurs influences, a pris ses distances des précédents invoqués dans un premier temps pour prendre une forme qui lui est propre, de sorte que l'on peut parler de l'émergence d'une doctrine nouvelle.<sup>2711</sup> Qu'on lui donne le nom de "*lis pendens doctrine*"<sup>2712</sup> ou de "*international abstention*"<sup>2713</sup> importe finalement peu.

En théorie la coordination peut aussi bien prendre la forme d'un dessaisissement que d'un simple sursis à statuer. En pratique, lorsque le tribunal décide de déférer au juge étranger, il préférera la seconde mesure à la première. La jurisprudence est cependant divisée quant au *statut* de la coordination internationale : s'agit-il d'une exception à la règle générale qui veut que le juge exerce la compétence qu'il possède, comme le pensent de nombreux tribunaux sous l'influence de la jurisprudence *Colorado River*,<sup>2714</sup> ou peut-on au contraire mettre les deux sur le même pied? La question n'a pas encore été définitivement tranchée. Partant, la jurisprudence n'est pas sans présenter quelques hésitations, bien naturelles pour une création prétorienne encore balbutiante. La confusion est d'autant

<sup>2710</sup> *Kenneth L. Balcom v Rosenbal & Comp., et al.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 20842, pp. 17-19 (N.D. Ill. 1999). V. également *Robert F. Goldhammer et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d, (248), 251-252 (D.C. Mass. 1999). et aussi *AAR Intern, Inc v Vacances Heliades S.A.*, 100 F. Supp.2d 875 (N.D.Ill., 2000) : à propos d'une procédure concurrente pendante en Grèce, le tribunal observe que "courts usually grapple with abstention in the context of parallel state court proceedings. Here, the alternate forum is not the tribunal of 'a state of the federal union to which, under our Constitution, [I] owe a special obligation of comity.' [...]. Nevertheless, in the interests of international comity, I apply the same general principles with respect to parallel proceedings in a foreign court" ainsi que la décision *Ortega Trujillo v Conover & Co Communications, Inc.*, 221 F.3d 1262 (11th Cir (Fla.), 2000), qui casse un sursis à statuer accordé en première instance en notant que "Abstention, therefore, is not to be undertaken lightly".

<sup>2711</sup> Comme l'atteste par exemple le fait qu'une encyclopédie générale comme l'*American Jurisprudence* y consacre des développements séparés, 32A Am. Jur. 2d (1995), v° Federal Courts, §§ 1233-1236, pp. 519-521.

<sup>2712</sup> G. BORN, *International Civil Litigation in US. Courts*, 1996, 462.

<sup>2713</sup> Appelation qui a été suggérée par la Cour d'Appel du 11ème circuit, dans l'affaire *Turner Entertainment Co v Degeto Film GmbH*, 25 F. 3d (1512), 1518 (11th Cir. 1994) ("This circuit has never considered the question of 'international abstention'."). Cette dénomination a été reprise et popularisée par Mme. Teitz, p. ex. L.E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 240 ("Recent cases concerning multiple litigation have begun to suggest a new doctrine for 'deference to pending foreign actions' described as 'international abstention' [...]" ) ainsi que par exemple *Am Jur. 2d*, v° Federal Courts, § 1233-1236, pp. 519-521 (NY, Lawyers Cooperative Publishing, 1995). V. également *Victor Posner, Security Management Corp. v Essex Insurance Comp., Ltd., et al.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14021; 12 Fla. Law W. Fed. C 989 (CA 11th Cir.) (la Cour se réfère expressément à la "doctrine of international abstention") et *Yan Carlos Ravelo Menogro et al. v Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 13556 (N.D. Cal. August 27, 1998).

<sup>2714</sup> P. ex. *Finova Capital Corp. v Ryan Helicopters U.S.A., Inc et al.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14161 (7th Cir. June 25, 1999).

plus grande que certains tribunaux ne semblent pas encore avoir aperçu ce qui sépare cette nouvelle doctrine de l'exception de for inapproprié.<sup>2715</sup>

**595. Quelques conclusions provisoires sur l'international abstention (suite)** - Cette confusion n'enlève rien à la spécificité de la jurisprudence qui, au contraire du *forum non conveniens*, vise expressément les conflits de procédures. La coordination recherchée tend non pas à privilégier la justice du for le plus approprié, mais bien à éviter autant que faire se peut les procédures concurrentes. Ce faisant, l'abstention éventuelle s'explique non plus simplement en raison du caractère plus approprié du for étranger, mais bien en raison de l'existence d'un conflit de procédures.<sup>2716</sup> La jurisprudence a d'ailleurs bien marqué la différence entre les deux doctrines, la version traditionnelle du *forum non conveniens* possédant un champ d'application plus large.<sup>2717</sup>

Le caractère encore incertain de la doctrine de l'abstention internationale fait toutefois que bien souvent, le défendeur invoquera également d'autres moyens à l'appui de sa demande de dessaisissement, le plus souvent le *forum non conveniens*.<sup>2718</sup> Lorsque le tribunal estime que le for étranger est manifestement plus approprié, il ne prendra d'ailleurs pas souvent la peine d'examiner les autres moyens invoqués et notamment l'abstention internationale.<sup>2719</sup> Inversement, il se peut qu'il ne se penche sur cette dernière que pour confirmer la décision prise sur base de l'exception de for inapproprié.

L'abstention internationale participe, comme le *forum non conveniens*, du pouvoir discrétionnaire du juge et celui-ci prend dès lors en considération l'ensemble des

<sup>2715</sup> P. ex. *American Cyanamid Corp. v. Piaso-Arstalt et al.*, 741 F. Supp. (1150), 1154 (D.N.J. 1990) : le tribunal estime que "The factors informing the decision on forum non conveniens appear to be fully responsive to those informing a decision to stay". En l'espèce, une entreprise américaine s'opposait à un couturier français ainsi qu'à une fondation domiciliée au Liechtenstein à propos de la résolution d'un contrat de licence. Le tribunal du district du New Jersey a refusé de faire droit à la demande de dessaisissement introduite par Cardin, qui avait, trois jours avant le début de la procédure américaine, saisi les tribunaux français d'une demande de déclaration que le contrat avait été légitimement résolu. Cette demande s'appuyait sur le caractère plus approprié du for français et également sur la déférence due selon les défendeurs au tribunal premier saisi. La Cour déclara qu'il n'y avait pas de véritable différence entre ces deux fondements. Cf la critique de Mme. Teitz sur cette décision : "the court incorrectly adopts the same analysis for both motions" (*l.c.*, *Int'l Lawyer*, 1992, 35, note 60). V. aussi C. *Frank Reavis, Trustee v. Gulf Oil Corp. et al.*, 85 F.R.D. (666), 671, note 3 (D. Del. 1980) (demande de dessaisissement sur base du forum non conveniens et de stay en déférence à une procédure au Venezuela sont traitées de la même façon, parce que "the effects of a stay of this action would be indistinguishable from the effects of outright dismissal"). Le juge procède donc sur base de la doctrine du forum non conveniens. Il est par ailleurs révélateur que MMs. *Scales et Hay* ne mentionnent la possibilité pour un tribunal américain de se dessaisir en déférence à une procédure étrangère qu'en annexe à leur discussion de la doctrine du forum non conveniens, comme si l'abstention n'était qu'un sous-produit de cette théorie : *Conflict of Laws*, 2<sup>ème</sup> éd., 378-379, n° 11-11, note 8. V. également G. BORN, *International Civil Litigation in US. Courts*, 1996, 461, note 8 ("Some authorities treat the *lis alibi pendens* doctrine as a subset of the forum non conveniens doctrine, differing only with respect to relief").

<sup>2716</sup> P. ex. L. E. TEITZ, *op. cit.*, 1996, 236 ("Generally, the basis for requesting a stay is the inconvenience (practical or financial) of litigating in several locations").

<sup>2717</sup> Ainsi le tribunal du district méridional de New York a-t-il observé dans une affaire que le demandeur "seeks relief from the prosecution of this action pursuant to the Court's inherent power to stay proceedings in favor of a pending foreign action, not pursuant to the distinct doctrine of forum non conveniens, which may be applied to dismiss a case even when no alternative proceedings is pending" : *Evergreen Maritime Corp. v. Welgrov Int'l, Inc.*, 954 F. Supp. 101, 105, note 5 (SDNY 1997).

<sup>2718</sup> P. ex. *Cargill, Inc. v. Hartford Accident and Indemnity Company et al.*, 531 F. Supp. 710 (D.C. Minn. 1982); *Cliffs-Neddrill Turnkey Int'l-Oranjestad v. Rich Ocean Tankers S.A. (the Rich Duke)*, 734 F. Supp. 142 (D.C. Del. 1990); *Diego J. Herbstein v. Martin E. Bruetman et al.*, 743 F. Supp. 184 (SDNY 1990); *General Motors Corp. and Adam Opel AG v. Jose Ignacio Lopez de Arriortua et al.*, 948 F. Supp. 656 (E.D. Mich. 1996); *Ludgate Insurance Co. Ltd. v. B. Frederik et al.*, 906 F. Supp. 1233 (D.C. N. D. Ill. 1995); *Yan Carlos Ravelo Monegro et al., v. Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 13556 (N.D. Cal. August 27, 1998).

<sup>2719</sup> P. ex. *Yan Carlos Ravelo Monegro et al., v. Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 13556 (N.D. Cal. August 27, 1998).



circonstances de la cause. On ne s'étonnera donc pas de voir réapparaître des éléments comme l'examen du caractère approprié des remèdes offerts par le for étranger,<sup>2720</sup> les difficultés pratiques que peuvent poser les procédures pour les parties<sup>2721</sup> et la possibilité que l'abstention cause un dommage irréparable aux parties,<sup>2722</sup> trois critères que l'on retrouve également dans l'exception de for inapproprié.<sup>2723</sup>

Ces facteurs ne sont toutefois invoqués qu'à l'appui d'une demande de dessaisissement, sans constituer la charpente même de la décision. La nouveauté c'est l'accent mis par les tribunaux sur l'économie de procédures – “*promotion of judicial efficiency*” – ainsi que sur la chronologie de procédures – “*temporal sequence of the filing of actions*”. La première fait pencher la balance en faveur du dessaisissement lorsqu'il apparaît que le for étranger peut résoudre l'entièreté du litige. La seconde permet de justifier l'abstention lorsque la procédure étrangère est déjà bien avancée. Ces facteurs témoignent de l'importance de l'économie procédurale, importance qui est encore renforcée par la référence générale au « souci d'éviter la dispersion des litiges ».<sup>2724</sup>

**596. Quelques conclusions provisoires sur l'international abstention (suite et fin)** - Les rapprochements avec l'exception de litispendance que connaissent les droits continentaux sont évidents. Il serait cependant abusif de comparer les deux doctrines. La simple antériorité de saisine ne justifie en effet pas l'abstention aux yeux d'un tribunal américain. Comme l'expliquait déjà une Cour d'Appel en 1981, “la règle de la priorité du tribunal premier saisi [...] n'a jamais été appliquée, et en fait n'est pas destinée à être appliquée lorsque les deux tribunaux concernés ne dépendent pas du même souverain”.<sup>2725</sup> En réalité la coordination n'est justifiée qu'en raison d'un ensemble de facteurs, parmi lesquels la priorité temporelle de la procédure étrangère joue un rôle important, sans être toutefois à elle seul décisive. Comme le souligne le tribunal du district méridional de New York, dont on a vu qu'il se montre particulièrement bien disposé à l'endroit de l'abstention internationale, “les tribunaux fédéraux hésitent à renoncer à exercer leur compétence sur la seule base de l'existence d'une procédure concurrente dans une autre juridiction”.<sup>2726</sup> Telle qu'elle est entendue par les tribunaux

<sup>2720</sup> “Adequacy of relief available in the alternative forum”.

<sup>2721</sup> “convenience of the parties, counsel and witnesses”.

<sup>2722</sup> “Possibility of prejudice to any of the parties”.

<sup>2723</sup> P. ex. *Robert F. Goldbarrner et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d (248), 252-253 (D. Mass. 1999) (tribunal analyse ces trois facteurs dans le cadre de l'abstention).

<sup>2724</sup> P. ex. *Finova Capital Corp. v Ryan Helicopters U.S.A., Inc. et al.*, 1999 U.S. App. LEXIS 14161 (7<sup>th</sup> Cir. June 25, 1999) (“need to avoid piecemeal litigation”) et *Ingersoll Milling Machine Co. v John P. Granger*, 833 F. 2d 680, 685 (7<sup>th</sup> Cir. 1987) (“Considerations of judicial economy, especially the need to avoid piecemeal litigation, strongly favored the district court proceedings”).

<sup>2725</sup> *Compagnie des Bauxites de Guinée v Insurance Co. of North America*, 651 F. 2d 877, 887, note 10 (3d Cir. 1981) : “The first-filed rule [...] has never been applied, and in fact was never meant to apply where the two courts involved are not courts of the same sovereignty”. Dans le même sens, *American Cyanamid Comp. v Picaso-Aristalt et al.*, 741 F. Supp. 1150, 1159 (“[...] the ‘first to file’ rule is a rule of resource conservation adopted to deal with situations involving similar lawsuits pending within the same sovereign’s jurisdiction, not situations involving similar lawsuits in different jurisdictions [...]”) et *Cliffs-Neddrill Turnkey International-Oranjestad v M/T Rich Duke*, 734 F. Supp. 142, 151 (D. Del. 1990).

V. les explications de G. BERMANN : “Although a number of American courts have applied *lis pendens* thinking to international cases, it is generally agreed that the doctrine does as such does not operate in that setting” (*l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, (589), 610).

<sup>2726</sup> *Evergreen Marine Corporation v Welgrov International Inc.*, 954 F. Supp. 101, 103 (SDNY 1997) : “[f]ederal courts are reluctant to decline jurisdiction solely on the basis of concurrent proceedings in another jurisdiction”. Dans le même sens, *Efo Corp. f/k/a/ Economy Forms Corporation et al. v Aluma Systems, USA, Inc. et al.*, 983 F. Supp. 816, 824 (S.D. Iowa 1997) et *Robert F. Goldbarrner et al. v Dunkin' Donuts, Inc.*, 59 F. Supp. 2d 248, 251 (D. Mass. 1999) (le tribunal observe que “the mere fact that there are parallel proceedings in a foreign jurisdiction will not



américains, la coordination internationale ne se réduit donc pas à une simple comparaison des dates de saisine des tribunaux concurrents.

S'il est difficile à ce stade de prédire si cette jurisprudence, encore naissante, va se généraliser et conquérir l'ensemble des tribunaux, pour détrôner peut être l'exception de chose jugée de son rôle principal dans la résolution des conflits de procédures,<sup>2727</sup> on peut déjà noter que l'abstention internationale vient s'ajouter aux autres possibilités de coordination offertes par la jurisprudence américaine : outre les règles spécifiques en matière de faillite internationale, déjà évoquées, on peut également mentionner la règle de priorité visant les actions dites *in rem*, qui permet à un tribunal de céder la priorité à un autre lorsque le litige porte sur un bien sur lequel les tribunaux fondent leur compétence.<sup>2728</sup>

Au contraire du modèle européen qui fait entière confiance à l'exception de litispendance, le droit américain ne propose pas une seule, mais bien plusieurs règles permettant la coordination des procédures concurrentes. Ces règles ne se recoupent pas nécessairement, mêmes si certaines ont un champ d'application général. A l'instar de la règle de litispendance, il s'agit à chaque fois de l'application par analogie d'une règle prévue initialement pour les conflits inter-américains. Les relations entre les pouvoirs judiciaires fédéral et fédérés fournissent un terrain fertile pour l'éclosion de nouvelles doctrines, qui progressivement prennent leur distance par rapport aux sources d'inspiration interne. Au total, l'évolution positive de ces dernières années fait que le droit américain s'est éloigné du modèle anglais, où seul domine le *forum non conveniens*. Cette évolution positive ne doit pas cacher que les différentes règles permettant la coordination demeurent bien timides en comparaison avec l'automatisme d'une règle de litispendance comme celle en vigueur au sein de l'espace judiciaire européen.<sup>2729</sup>

---

constitue an 'exceptional circumstances' which justifies the abdication of federal jurisdiction"). *Comp.* du même tribunal le dictum dans l'affaire *Martinez* précitée, selon lequel "All that is required in this Circuit is that the parties and issues be sufficiently similar so that when a judgment issues from a foreign court, res judicata will apply" (p. 14).

<sup>2727</sup> Comme le souhaitent certains commentateurs. Mme. L. TEITZ ne cache par exemple pas que l'abstention internationale emporte ses suffrages. V. aussi la proposition formulée par S. BURBANK, *l.c.*, *Am. Comp. L.J.*, 2001, 203, 229-230, qui suggère clairement de s'inspirer de la litispendance modèle européen !

<sup>2728</sup> Une fois de plus, les tribunaux ont transposé à la sphère internationale la solution prévue pour les conflits inter-américains. La Cour Suprême a de longue date reconnu pour ceux-ci l'existence d'une 'first filed rule' : *Perm General Casualty Co v Pennsylvania*, 294 U.S. (189), 195, 79 L.Ed. 850 (1935) ; *Princess Lida v Thompson*, 305 U.S. (456), 466 (1939). Selon la Cour, "[...] if the two suits are in rem or quasi in rem, requiring that the court or its officer have possession or control of the property which is the subject of the suit in order to proceed with the cause and to grant the relief sought, the jurisdiction of one court must of necessity yield to that of the other. To avoid unseemly and disastrous conflicts in the administration of our dual judicial system, the principle, applicable to both federal and state courts, is established that the court first assuming jurisdiction over the property may maintain and exercise that jurisdiction to the exclusion of the other" : *Perm General Casualty* 294 U.S. 189, 195. V. également le § 86 du Restatement Second, commentaire (c), p. 259-260. Cette règle a été appliquée aux espèces internationales, v. p. ex. *Dailey v NHL*, 987 F.2d 172, 175-178 (3d Cir. 1993) (tribunal cède la priorité au tribunal canadien premier saisi) ; *Chesley v Union Carbide*, 927 F.2d 60, 66 (2d Cir. 1991) ("The rule [is] equally applicable to requested interference by American courts with a res under the jurisdiction of a foreign court") et plus récemment *S.E.C v Banner Fund Int'l, et al.*, 2000 U.S. App. LEXIS 6423 (D.C. April 4, 2000) : dans cette affaire déjà évoquée, le juge américain refusa de se dessaisir au profit d'une procédure engagée au Belize. Selon la Cour, "we cannot require a foreign court to yield when the US court was the first to assume jurisdiction, but neither can we acquiesce in a rule under which the US court receded regardless of its priority in time".

<sup>2729</sup> *Comp.* W. J. HABSCHIED, *l.c.*, in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, H. BERNSTEIN, et al. (eds.), Tübingen, J.C.B. Mohr 1981, (109), 124 (selon que tribunaux suisses et allemands vont beaucoup plus loin que tribunaux américains).

### § 3. La chronologie procédurale

597. Le rôle décisif du facteur temps dans les juridictions de tradition civile - Lorsqu'il s'agit de décider quel tribunal doit s'incliner devant l'autre, le réflexe quasi-instinctif des juristes formés à la tradition civile consiste à privilégier le tribunal premier saisi au détriment du tribunal second saisi. En d'autres termes, la concurrence de procédures est tranchée sur base de la *chronologie procédurale*.

L'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qui élève la chronologie procédurale au rang d'unique critère de décision, a contribué à populariser ce modèle, en même temps qu'il a attiré l'attention sur certaines de ses conséquences fâcheuses. Même si elle se distingue des autres règles par l'attention exclusive qu'elle consacre à cet élément, la litispendance européenne se situe bien dans la lignée de l'approche continentale traditionnelle. Que ce soit par le biais de dispositions législatives expresses ou par l'effet d'une jurisprudence créatrice, les pays d'Europe continentale ont adopté de manière générale une règle de litispendance fondée sur la priorité temporelle. Le droit conventionnel, qu'il rassemble deux ou plusieurs Etats, montre une égale préférence pour la priorité du juge premier saisi, principe qui a récemment convaincu le législateur européen dans le domaine du contentieux familial.<sup>2730</sup> Cette approche peut en appeler à une longue tradition puisque déjà en 1898 l'Institut de Droit International plaidait pour sa généralisation (*supra*, n° 397).

Il ne faudrait pas en conclure que les règles de litispendance qui viennent d'être évoquées peuvent être toutes ramenées à la seule priorité temporelle.<sup>2731</sup> Au contraire, si elles partagent un choix fondamental pour un mécanisme fondé sur la chronologie procédurale, de nombreuses différences les séparent. Ainsi, si certaines font de l'abstention une *obligation*, d'autres y voient une simple *faculté* pour le juge second saisi; certaines prévoient une porte de sortie lorsque la procédure étrangère ne répond pas aux garanties minimales d'une bonne administration de la justice; d'autres encore sont solidement enracinées dans une tradition séculaire alors que la litispendance constitue dans certaines juridictions une conquête récente qui doit encore affronter une hésitation des tribunaux. Bref il serait réducteur de vouloir les assimiler en oubliant ce qui les sépare.

Il demeure toutefois qu'on ne peut nier une attention commune pour la chronologie procédurale, attention qui contraste avec le peu d'importance qu'accordent les tribunaux anglais et américains à ce facteur. On a vu en effet que la priorité temporelle n'était au mieux qu'une considération annexe dans l'appréciation que font ces tribunaux du caractère approprié des fors, considération qui ne sera d'ailleurs jugée pertinente qu'au

<sup>2730</sup> Article 11 du Règlement dit de Bruxelles II déjà évoqué.

<sup>2731</sup> La plupart des législations font expressément référence à la priorité temporelle du for étranger comme condition de la litispendance, comme par exemple l'article 9 de la loi suisse ("Lorsqu'une action ayant le même objet est *déjà* pendante entre les mêmes parties à l'étranger [...]", nous soulignons). Il en va de même de l'article 3137 du Code civil du Québec ("[...] si une autre action [...] est *déjà* pendante devant une autorité étrangère [...]", nous soulignons). Des plaideurs ont cependant tenté de convaincre les tribunaux que cette disposition pouvait s'appliquer même lorsque le for étranger était second saisi. Cet argument a logiquement été rejeté, v. C. S. Montréal, 30 avril 1997, *Lac d'arrière du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc.*, J.E. 97-1167 (une partie prétendait que la loi ne posait pas de condition d'antériorité de l'instance, mais se contentait d'exiger qu'il y ait effectivement une action pendante devant une autorité étrangère. La Cour répondit qu'elle "ne peut partager cette interprétation qui ouvrirait grande une porte au forum shopping. Il suffirait à une partie déjà poursuivie au Québec d'intenter ailleurs une action identique répondant aux conditions de la litispendance pour obtenir le sursis des procédures pendantes au Québec").

regard de l'état d'avancement de la procédure étrangère (*supra*, n° 538). Si le contraste entre les deux approches doit être nuancé,<sup>2732</sup> on ne saurait toutefois nier la distance qui les sépare.

**598. Une évaluation du modèle chronologique en deux temps** – On a déjà expliqué qu'il ne serait pas judicieux d'élever le *forum non conveniens* au rang de principe général de solution des conflits de procédure. La question qu'il convient d'aborder maintenant est de savoir si l'ordre de saisine des tribunaux peut prétendre jouer ce rôle.

En abordant cette question, on ne peut se défaire de l'impression de s'attaquer à une 'vache sacrée' de la tradition juridique continentale, la règle de la priorité temporelle écrasant en effet par son omniprésence. Certains ont même été jusqu'à écrire que cette règle leur paraissait "naturelle", donnant ainsi à penser qu'il n'y avait pas de place pour une autre approche.<sup>2733</sup> Cette affirmation ne doit pas empêcher de s'interroger sur la validité de la règle. Il serait en effet trop réducteur d'accepter qu'elle s'impose 'par la force des choses' – ce que l'examen de droit comparé a d'ailleurs mis en doute.

Le recours à la priorité temporelle pour trancher le conflit de procédures soulève des difficultés de deux types. Les premières ont trait aux nombreuses difficultés pratiques d'application qu'engendre cette approche – que ce soit dans un cadre conventionnel ou dans celui d'une règle purement nationale (I). C'est principalement la question de la définition du moment de la saisine qui retiendra notre attention, sous l'angle particulier de l'égalité entre parties. Ces difficultés mettent déjà un important bémol à la validité du 'modèle' temporel. La chronologie procédurale n'est pas en outre sans soulever d'importantes questions de principe (II). Il faudra ainsi se demander si une règle qui s'en remet au moment de la saisine des tribunaux pour trancher la concurrence de procédures n'emporte pas des effets secondaires trop importants. Nous examinerons successivement les deux types de difficultés, tout en nous attachant à les nuancer, pour ensuite suggérer une synthèse en guise de conclusion.

#### A. La chronologie procédurale : un 'nid de guêpes' pour les plaideurs et les tribunaux

**599. Une méthode qui soulève de nombreux problèmes** - Les problèmes que soulève l'application pratique de la règle de priorité temporelle sont légions. L'expérience de l'espace judiciaire européen, qui fait de cette priorité le critère exclusif de partage des tribunaux concurrents, a à cet égard joué le rôle de 'révélateur', en contribuant à isoler les nombreuses difficultés de la '*first filed-rule*'.

<sup>2732</sup> *Infra*, n° 644 à propos des législations particulières qui dans certaines matières font confiance à la priorité temporelle pour résoudre la concurrence de procédures et en particulier le *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*.

<sup>2733</sup> Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988*, I, Berne, Staempfli, 1996, 525, n° 1385; J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 283 ("il paraît naturel de s'en prendre à l'instance introduite ultérieurement [...]").

Remarquons cependant que la priorité temporelle ne semble pas toucher à la 'nature' du déclinatoire de connexité. Ainsi M. Mayer souligne-t-il que dans les litiges internes, il arrive que ce soit la juridiction première saisie qui accueille l'exception de connexité, s'il est conforme à une bonne administration de la justice que la juridiction dernière saisie connaisse de l'ensemble de l'affaire. Il reconnaît cependant qu'en pratique les tribunaux, extrêmement réticents à accepter l'exception de connexité internationale, le seront encore plus au profit d'un tribunal étranger second saisi (1998, 284, note 140).

On peut tout d'abord évoquer l'hypothèse, exceptionnelle en pratique, qui voit les deux tribunaux concurrents saisis le même jour.<sup>2734</sup> Le critère de la priorité devient alors inopérant – à moins d'élargir le champ des investigations à l'heure exacte de saisine de chaque tribunal,<sup>2735</sup> ce qui ne sera pas sans poser de difficiles questions de preuve, cet élément ne faisant pas en règle partie des données conservées par les greffiers.<sup>2736</sup> Le for doit-il dans ce cas, comme le propose M. Geimer,<sup>2737</sup> poursuivre l'examen de la demande sans se soucier de la concurrence de procédures, ou est-il au contraire préférable de s'en remettre à une autre solution, par exemple en donnant la priorité au for qui a les liens les plus étroits avec le litige?<sup>2738</sup> Pour être anecdotique et exceptionnelle, ce type de situation met le doigt sur une faille de la chronologie procédurale.

Si là était l'unique problème que soulève la chronologie procédurale, il suffirait sans doute de prévoir une règle subsidiaire pour cette hypothèse, pour exceptionnelle qu'elle soit.

<sup>2734</sup> Hypothèse exceptionnelle que l'on rencontre toutefois dans les recueils de jurisprudence : p. ex. OLG Koblenz, 30 nov. 1990, *IPRspr.*, 1990, n° 194; *R.I.W.*, 1991, 63; *Cargill, Inc. v Hartford Accident and Indemnity Comp.*, 531 F. Supp. 710 (D.C. Minn. 1982); Bruxelles, 20 février 2001, *affaire Glaxo Wellcome, Ing. Cons.*, 2001, 335 (actions engagées en Allemagne et en Belgique le même jour, l'une par le titulaire d'un brevet, l'autre par un groupe concurrent accusé de contrefaçon; dans cette affaire v. aussi LG Düsseldorf, 27 janvier 1998, *IPRax*, 1999, 440, note K. OTTE); *Phillips et al. v Symes et al.*, Chancery Division, 9 juillet 2001, 2001 WL 720317 (procédures en Grèce et au Royaume-Uni introduites le même jour); *The Ensign-Brickeford Company v ICI Explosives USA, Inc.*, et al., 817 F. Supp. 1018 (D.C. Conn. 1993); *Korstandinis et al. v World Tankers Corp. et al.*, [1967] P. 341 (procédures engagées en Angleterre et aux États-Unis le même jour, la question de la date d'introduction de l'instance étant pertinente eu égard à l'applicabilité en l'espèce de l'article 8 de la Convention maritime de 1911). V. aussi les exemples cités par M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 113 et J.-M. REYMOND, *op. cit.*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 288. Dans l'affaire *The Freccia del Nord*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 388, les tribunaux anglais et néerlandais avaient été saisis le même jour, l'un à 16 h 10 et l'autre à 16 h 30 ! V. aussi *Staley v Smith*, 419 N.E. 2d 26 (1980) (affaire de divorce, deux demandes concurrentes déposées en moins d'une heure).

<sup>2735</sup> Dans l'affaire *Korstandinis et al. v World Tankers Corp. et al.*, [1967] P. 341, 355 déjà évoquée, le demandeur suggéra au juge de tenir compte de l'heure exacte à laquelle chacune des actions avait été engagée, le juge expliqua que « I do not feel compelled to trifle with periods of less than one day in considering such matters ».

<sup>2736</sup> V. les doutes de M. HAU sur la possibilité de comparer non seulement le jour mais aussi l'heure à laquelle les deux actions ont été introduites (W. J. HAU, 143). Ajoutons que s'il était possible de comparer l'heure exacte à laquelle les tribunaux ont été saisis, il faudrait sans doute s'en tenir au temps universel fondé sur le méridien de Greenwich pour éviter de conférer un avantage indû aux pays du soleil couchant... On mesure la difficulté de l'exercice quand on y ajoute les considérations relatives aux variations saisonnières de l'heure, comme par exemple la fameuse 'heure d'été'. Le projet de Convention de La Haye invite les tribunaux à se référer au temps universel pour déterminer la priorité chronologique (article 21(5) *in fine*). Dans l'affaire *Korstandinis et al. v World Tankers Corp. et al.*, [1967] P. 341, 355, le juge évoqua, pour les besoins du raisonnement, la possibilité de tenir compte des différences de fuseau horaire, « In considering the United States and the United Kingdom proceedings instituted on the same day, it is submitted that I should take it on the local time in each place. Now, that is the common-sense view [...] », en l'espèce le juge se référa à l'almanach nautique de la Reine pour calculer que Londres et New York étaient séparés de 5 heures, et tint compte de cette différence pour conclure que la procédure anglaise avait été engagée avant la procédure new-yorkaise.

<sup>2737</sup> R. GEIMER, 1997, 676, n° 2697. Dans le même sens, B. HEIDERHOFF, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit im Ehescheidungsverfahren*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1998, 55, note 196 (Mme. Heiderhoff explique qu'en droit interne allemand, lorsque deux procédures sont engagées le même jour, elles sont toutes les deux déclarées irrecevables); C. DOHM, *Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit in deutschen internationalen Zivilprozessrecht*, Berlin, Ducker & Humblot, 1996, 302.

<sup>2738</sup> Comme le propose Y. DONZALLAZ, *op. cit.*, I, Berne, Staempfli, 1996, 526, n° 1388, selon qui il y a lieu de présumer dans le cadre de la Convention de Lugano que le juge qui se déclare compétent en vertu de l'article 2 de cette Convention possède les liens plus étroits. J.-M. REYMOND (*op. cit.*, Lausanne, 1991, 288) n'envisage que la seule hypothèse où les deux procédures sont l'oeuvre de la même partie. Il suggère de permettre alors au défendeur d'exciper de la litispendance dans l'instance de son choix. V. aussi la solution apportée par le législateur canadien en cas de demandes simultanées de divorce engagées le même jour, dans la section 3(3) du *Divorce Act* du 13 février 1986. Selon cette disposition, "Where divorce proceedings between the same spouses are pending in two courts that would otherwise have jurisdiction under subsection (1) and were commenced on the same day and neither proceeding is discontinued within thirty days after it was commenced, the Federal Court-Trial Division has exclusive jurisdiction to hear and determine any divorce proceeding then pending between the spouses and the divorce proceedings in those courts shall be transferred to the Federal Court-Trial Division on the direction of that Court".

Force est toutefois de constater que la priorité temporelle soulève des difficultés plus sérieuses. Puisqu'il s'agit de comparer le moment de la saisine des fors concurrents, encore faut-il en effet s'entendre sur la définition de la notion de 'saisine'. Le problème est connu et a déjà fait l'objet de nombreux commentaires.<sup>2739</sup> Il affecte indifféremment la règle de litispendance prévue conventionnellement et celle qu'un Etat s'impose de respecter unilatéralement.

**600. Définition du moment de la saisine – trois solutions** - Pour définir le moment auquel un juge est réputé être saisi, il faut d'abord s'interroger sur le droit applicable à cette question.<sup>2740</sup> Le for peut tout d'abord choisir d'appliquer sa propre définition, la *lex fori* étant invoquée au titre de loi de la procédure (1). Une solution plus respectueuse de la diversité des droits en présence consiste à appliquer la loi de chaque procédure de façon *distributive*. Le for consulte alors sa propre loi pour déterminer le moment auquel il a été saisi, et le droit du tribunal étranger pour la saisine de ce dernier (2). Ces deux solutions montreront vite leurs limites. On envisagera dès lors une dernière possibilité qui s'inscrit dans une solution négociée conventionnellement. Dans ce cas, on peut avoir recours à une règle *matérielle* spécifique qui constitue un standard commun permettant d'évaluer le moment de la saisine des deux tribunaux (3). Nous examinerons chacune de ces hypothèses successivement.

#### 1. LE RECOURS À LA LEX FORI

**601. Une solution simple et respectueuse de l'égalité** - Lorsqu'il s'agit de comparer le moment de la saisine des deux fors concurrents, l'application de la loi du for semble s'imposer. On accepte en effet que cette loi possède un titre naturel à régir les questions de procédure.<sup>2741</sup> Cette solution possède l'avantage de la *simplicité*. Le juge du for ne devra pas en effet se pencher sur la question, souvent difficile, de l'application du droit étranger de la procédure (sur ces difficultés, *infra* n° 602 e.s.). Cette solution permet également de maintenir une certaine *égalité* entre les deux procédures, puisque chaque saisine fera l'objet d'une évaluation sur base du même critère. On ne devrait dès lors plus

<sup>2739</sup> Pour une discussion centrée sur les difficultés d'application de l'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, on se reportera par exemple à notre texte paru dans l'ouvrage *Efficacité de la justice civile en Europe*, G. DE LEVAL et M.-T. CAUPAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, sous le titre "Le droit au procès équitable et l'égalité des armes : le cas de la litispendance dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano", 101-129, spéc. 118-129 – dont la discussion qui suit s'inspire largement. *Adde* MM. BORN, FALLON et VAN BOXSTAELE, 2001, 425-429, n° 216.

<sup>2740</sup> Bien souvent la question de la loi applicable à la détermination du moment de la saisine du juge étranger ne sera pas examinée, les circonstances de l'espèce ne laissant aucun doute sur la priorité de la saisine du for étranger. V. par exemple Paris, 24 mai 1983, *J.D.I.*, 1983, 827, note A. HUET (requête en divorce présentée en France par l'épouse en 1982 alors que le mari a saisi les juridictions algériennes d'une demande similaire en 1978) ; Paris, 16 novembre 1989, *J.D.I.*, 1990, 127, note A. HUET (requête en divorce à Hong Kong précède de plus d'un mois une requête similaire en France) ; Cour du Québec, 5 juillet 1999, *Behaviour Communications Inc v VIP*, CA Montréal 500-22-014682-978 (la Cour se contente de constater que l'action au Québec est introduite en 1997 alors que celle de Californie n'a été initiée qu'en 1998, sans s'interroger sur la loi applicable).

<sup>2741</sup> Solution qui a toutefois tout d'une généralisation abusive. Il faut en effet encore s'entendre sur la définition des questions qui ressortissent au domaine de la procédure. Sur le domaine de la règle *forum regit processum*, v. p. ex. I. SZAZY, *International Civil Procedure*, Leiden, Sijthoff, 1967, 203-232 et du même, "The Basic Connecting Factor in International Cases in the Domain of Civil Procedure", *I.C.L.Q.*, 1966, 436-456 ; GRUNKY, "Lex fori und Verfahrensrecht", *Z.Z.P.*, 1976, 241-254. Plus récemment, F. JAECKEL, *Die Reichweite des lex fori im internationalen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, 222 ; D. LEIPOLD, *Lex fori, Souveränität, Discovery: Grundlagen des internationalen Zivilprozessrechts*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, 70 p. *Adde* J. DOLINGER et C. TIBURCIO, "The Forum Law Rule in International Litigation. Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions : Lex Fori or Lex Diligentiae ?", *Texas Int'l L. J.*, 1998, 425-461. Pour une élucidation des questions de droit applicable à l'action en justice dans les rapports internationaux privés, v. M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986, 410 p.

redouter que la course au for soit faussée parce que le signal d'arrivée serait différent dans les deux juridictions.

602. **L'application générale de la *lex fori*, une solution insatisfaisante** - On peut toutefois craindre que l'application généralisée de la loi du for ne pose de sérieuses difficultés pratiques. Il peut en effet être difficile d'apprécier si certaines modalités concrètes, qui sont requises par le droit du for pour l'introduction d'une demande, ont été effectivement remplies dans le for concurrent alors que l'introduction de l'instance s'organise selon le droit étranger autour de modalités différentes.<sup>2742</sup> Il n'est pas besoin de préciser que les modes d'introduction d'une demande peuvent varier considérablement, ce qui rend difficile la comparaison sur base des seules règles du for. Si une demande particulière doit selon le droit du for faire l'objet d'une transmission par le greffe, qu'en est-il si la demande étrangère concurrente doit être pour être réputée pendante signifiée par huissier, et inversement ? Il sera parfois difficile de repérer, dans la machinerie procédurale étrangère, les formalités qui correspondent à celles que le for juge déterminantes pour la saisine.

L'appréciation de la saisine du juge étranger sur base de la *lex fori* peut également conduire à des conflits de décisions. Pour reprendre un exemple donné par M. *Holleaux* dans le cadre de l'article 21 de la Convention de Bruxelles, si des assignations à comparaître devant une juridiction belge et une juridiction française sont signifiées successivement et que l'inscription au rôle de la juridiction belge est postérieure à la remise au greffe de la juridiction française, les deux tribunaux en arriveraient à considérer que l'autre a été antérieurement saisi : le tribunal belge à cause de l'antériorité de la mise au rôle en France et le tribunal français à cause de l'antériorité de la signification en Belgique.<sup>2743</sup> On retrouve le phénomène bien connu des conflits positifs ou négatifs auxquels conduit le recours systématique à la *lex fori*. Devant ces difficultés, on comprend que la majorité des juridictions aient opté pour l'application distributive des droits nationaux.

## 2. APPLICATION DISTRIBUTIVE DE LA LOI NATIONALE

603. **Une méthode très répandue** - Le droit comparé nous apprend en effet que le recours à une règle de conflit distributive est la méthode privilégiée pour déterminer le moment de la saisine des tribunaux concurrents.<sup>2744</sup> Cette méthode faisait figure

<sup>2742</sup> En ce sens A. DI BLASÉ, *Commissione e litispenderza nella comenazione di Bruxelles*, Milan, Cedam, 1993, 103.

<sup>2743</sup> D. HOLLEAUX, note sous l'arrêt *Zelger*, *R.C.D.I.P.*, 1985, (378), 382.

<sup>2744</sup> En général, L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 98-99 et B. SCHNEIDER, *l.c.*, in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 308 ("La question de savoir si, et à partir de quel moment, la litispendance étrangère est engagée, doit être examinée au regard du droit étranger, et non d'après le droit du for ; il s'agit en effet de déterminer à partir de quand l'état de litispendance existe à l'étranger, ce qu'on ne peut faire qu'en application du droit de procédure de l'Etat où se déroule le procès). V. déjà en ce sens la rapport présenté par Sacerdoti à l'Institut de Droit International, *Sacerdoti* notait que « on décidera aussi par la loi nationale de chaque Etat les points du moment où commence à subsister la litispendance, qui était la contestation litis selon le droit romain classique, et qui est dans le droit moderne en général celui de la communication de l'exploit judiciaire au défendeur » (*Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, 1896, 878).

En droit commun français, le moment de la saisine des tribunaux concernés est déterminé selon leur droit national respectif : A. HÜET, *Juris-Classeur International*, Fasc. 581-43, 2-3, n° 4 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts...*, Paris, Dalloz, 1998, 444 (selon qui "la règle de conflit relative à la procédure impose en effet de se référer à la loi du for étranger pour déterminer le moment auquel celui-ci a été saisi").

Pour le droit allemand, v. BGH, 18 mars 1987, *N.J.W.*, 1987, 3083 ; *FamRZ.*, 1987, 580 ; *IPRax.*, 2989, 104 ; *IPRspr.*, 1987, n° 145 ("Ob und wann Rechtshängigkeit im Ausland eingetreten ist, ist auch nach der *lex fori* des

d'expédient nécessaire dans l'espace judiciaire européen jusqu'à la récente révision de la Convention de Bruxelles qui a permis l'introduction d'une définition autonome du moment de la saisine des tribunaux (*infra*). A première vue, l'application distributive de la loi nationale permet d'éviter les difficultés auxquelles conduit le recours à la *lex fori*. En particulier, il ne faudrait plus craindre le difficile travail d'adaptation des formalités locales aux réalités étrangères. L'expérience a toutefois révélé que la méthode distributive n'était pas exempte d'inconvénients. Nous en examinerons deux, qui contribuent grandement à la disqualifier, du moins lorsque la règle s'insère dans un cadre conventionnel.

(A) La difficile application du droit étranger de la procédure

604. **Les incertitudes des droits nationaux** - L'application distributive de la loi des fors concurrents oblige tout d'abord le tribunal à un difficile exercice de détermination et d'application du droit étranger.<sup>2745</sup> Il s'agit là d'une difficulté traditionnelle du droit international privé, que l'on ne saurait invoquer pour jeter un doute sur la méthode distributive - à moins de remettre en question les fondements de cette discipline. La difficulté n'en est pas moins réelle.<sup>2746</sup>

Elle provient tout d'abord du manque de certitude des solutions nationales. La question du moment exact de la saisine n'est certes pas entièrement nouvelle. On constate toutefois que dans certains pays, les tribunaux ne se sont pas encore prononcés expressément sur ce point - ce qui n'est pas sans compliquer la tâche du juge étranger. M. Beaumont expliquait ainsi que les tribunaux écossais ne se sont pas encore

---

ausländischen Gerichts zu beurteilen"); BGH, 12 février 1992, *NJW-RR*, 1992, 642; *FmRZ*, 1992, 1058; *IPRax*, 1994, 40 (et la note de H. LINKE, 17-19); *IPRspr.*, 1992, n° 211 (selon le BGH, "[...] ist nach der lex fori des ausländischen Gerichts zu beurteilen ob und wann Rechtshängigkeit im Ausland eingetreten ist"). V. également U. SPELLENBERG, *Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen*, Berlin, Sellier de Gruyter, 1997, 190-191. V. cependant *infra* le tempérament suggéré par la doctrine.

Pour le droit suisse, v. F. KNOEPFLER et P. SCHWEIZER, *Droit international privé suisse*, Berne, Staempfli, 1995, 304, n° 703 ("la date de la litispendance est déterminée au regard du droit du lieu où chacun des procès en concurrence se déroule"); G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Berne, Paul Haupt, 1997, 450; M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 113; A. BUCHER, 1998, 107, n° 303; O. VOGEL, "Rechtsängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis", *S.J.Z.*, 1990, (77), 81; P. VOLKEN, "art. 9", in A. HEINI et al. (éds.), *IPRG-Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht...*, Zürich, Schulthess, 1993, 75, art. 9 ad n° 15. La jurisprudence ne semble pas encore s'être prononcée expressément sur cette question. Dans un arrêt du 28 juillet 1958 (TF, ATF 84 II 469), le tribunal fédéral a cependant approuvé le juge du fond d'avoir fait appel à la loi belge pour apprécier le moment de la saisine du tribunal belge. En l'espèce, cette appréciation était nécessaire non pas dans le cadre d'une exception de litispendance, mais parce que l'époux invoquait une exception d'incompétence (*supra* sur cette affaire, n° 435).

Le droit italien prévoit une disposition expresse consacrant la méthode distributive. Selon l'article 7(2) de la loi n° 218 du 21 mai 1995, "[l]a pendance de la cause devant le juge étranger se détermine selon la loi de l'Etat dans lequel se déroule le procès".

La Convention de La Haye de 1971 est silencieuse sur ce point. Selon le Rapporteur, c'est la *lex fori* du pays où le procès se déroule qui doit déterminer le moment de son départ, et ce pour chacun des deux procès pendants : Rapport, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire* 13 au 26 avril 1966, La Haye, Bureau Permanent de la Conférence, 1969, 40.

<sup>2745</sup> Par exemple pour l'article 21 de la Convention de Lugano, la remarque de A. MARKUS, "Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano : Zu den Hauptpunkten", *R.S.D.A.*, 1999, (205), , 215 (qui parle de « eine intensive und entsprechend zeitraubend Auseinandersetzung mit dem ausländischen Prozessrecht [...] »). V. également les observations de H. VAN HOUTTE, "Wanneer verliest de Belgische rechter rechtsmacht over de beëindiging van een concessieovereenkomst omdat de zaak bij een andere EEX-rechter aanhangig is?", note sous Comm. Bruxelles, 31 mars 1994, *R.D.C.B.*, 1995, (420), 425-426.

<sup>2746</sup> Dans l'affaire *Grupo Torras SA c. Sheik Fahad Mohammed al Sabah* [1995] ILPr 667; [1996] 1 Lloyd's Rep. 7, qui opposait les tribunaux anglais et espagnols, l'examen du droit espagnol par le juge anglais s'est étendue sur neuf audiences et 360 pages de rapport!



expressément prononcés sur la question de savoir quand un tribunal écossais est saisi aux fins de l'article 21.<sup>2747</sup>

605. L'évolution des droits nationaux – l'exemple du droit anglais –  
Lorsqu'existe une jurisprudence sur la question, elle est parfois déroutante pour le juge étranger. Il en va ainsi du droit anglais qui a connu une évolution en trois temps, au terme de laquelle les idées reçues, notamment à l'étranger, sur la date de saisine du juge anglais pour l'application de la litispendance européenne, ont été entièrement remises en question.

Lors de l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Bruxelles, le rapport Schlosser avait précisé qu'en droit anglais, les tribunaux sont saisis définitivement au sens de la Convention par l'enregistrement de la citation auprès du tribunal et non par la signification de la citation.<sup>2748</sup> Ceci se vérifia dans les premières décisions,<sup>2749</sup> du moins jusqu'à ce que la question soit soumise à la Cour d'Appel dans l'affaire *Dresser*.<sup>2750</sup> La Cour estima que la règle qui faisait de l'enregistrement de la demande le moment décisif contrevenait au souci de protection du défendeur, celui-ci n'étant à ce stade nullement informé de la procédure et n'étant donc pas en mesure d'invoquer la litispendance s'il est cité ailleurs. La Cour retenu dès lors la date de la signification pour déterminer le moment de la saisine, tout en précisant que cette règle n'était pas invariable. Dans certains cas, des exceptions pouvaient être admises, notamment lorsque la procédure au fond faisait suite à une demande interlocutoire. Ce faisant, les juges alourdirent considérablement les formalités nécessaires pour saisir un juge anglais au sens de l'article 21. Cette première évolution, dont on verra qu'elle a été largement inspirée par l'idéal d'uniformité européenne (*infra*, n° 617), rendait déjà caduque les informations fournies par le rapport Schlosser et obligeait les tribunaux des autres Etats membres à un premier effort d'adaptation.

<sup>2747</sup> P. BEAUMONT, *Anton & Beaumont's Civil Jurisdiction in Scotland. Brussels and Lugano Conventions*, Edinburgh, Green/Sweet & Maxwell, 1995, 172. V. toutefois pour le droit commun écossais le dictum de la Court of Session dans l'affaire *Argyllshire Weavers Ltd v A. Macaulay (Tweeds) Ltd*, 1962 S.C. 388 (CS 1962) (en l'espèce les tribunaux écossais et anglais avaient été saisis. La Cour se pencha sur la question de la date de saisine, pour décider que « the test of priority in time according to the authorities is admitted to be when litis contestatio takes place in each case. In Scotland, this is when defences are lodged. For then parties had entered into a quasi-contract to refer the cause to the decision of the Judge », par Lord Clyde). On peut en dire autant des tribunaux luxembourgeois, qui ne se sont pas encore prononcés à ce sujet, même pour adopter des règles purement nationales. V. J.-C. WIWINUS, « Les Conventions de Bruxelles de 1968 et de Lugano de 1988 à travers la jurisprudence luxembourgeoise », in *Mélanges dédiés à la mémoire de F. Schockewiler*, Bulletin du Cercle F. Laurent, 1998, I, 112, § 90. La situation en Espagne n'est pas très claire non plus. Selon le jugement du Tribunal Suprême de 25 février 1983, le tribunal est réputé saisi au moment de la « présentation » de l'action au tribunal. La signification a lieu ensuite. Dans l'affaire *Gruppo Torras* précitée, la Cour d'Appel anglaise a toutefois décidé, après avoir longuement entendu des avocats experts, qu'en droit espagnol le tribunal était saisi par la date de mise au rôle et de signification au défendeur (pour plus de détails, cfr. H. DUINJER TEBBENS, « Possible Revision of the Brussels and Lugano Convention in the Light of the Case law of the Court of Justice of the European Communities », in *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales. Una reflexión preliminar española*, A. BORRAS (ed.), Madrid, Marcial Pons, 1998, (50), 51-53). Un auteur a même évoqué à ce sujet une « anarquía legislativa » : E. BAZAGA, *op. cit.*, Madrid, Eurolex, 1997, 144-145.

<sup>2748</sup> Rapport Schlosser, *J.O.C.E.*, 1979 C-59/125, §§ 180 à 182.

<sup>2749</sup> Cfr. par exemple *Kloodener Co A.G. c. Gatoil Overseas Inc.* [1990] 1 Lloyd's Rep. 177, 204. Cette opinion était alors partagée par la doctrine v. Dicey & Morris, *Conflict of Laws*, L. COLLINS et al. (eds.), Stevens & Sons, Londres, 11ème éd., 1987, vol. I, 399 et Cheshire and North, *Private International Law*, Londres, Butterworths, 11ème éd., 1987, 324.

<sup>2750</sup> *Dresser (U.K.) Ltd. c. Falcongate Freight Management Ltd.* [1992] 1 Q.B. 502 (C.A.). V. les observations de P. HÜBER, « Neues aus England zu Artt. 21, 22 EuGVÜ », *IPRax*, 1993, 114-118.



Dans l'affaire *The Sargasso*, la Cour d'Appel confirma ensuite l'évolution tout en décrétant que la règle de la signification comme date de saisine ne souffrait aucune exception.<sup>2751</sup> Il a donc fallu attendre 1994 et deux décisions de la Cour d'Appel pour que la définition de la saisine en droit anglais soit fixée.<sup>2752</sup> Partant, on peut imaginer que les tribunaux d'autres Etats membres saisis concurremment à un juge anglais, se soient étonnés, sinon plus, de devoir remettre une fois de plus les pendules anglaises à l'heure pour tenir compte de la définition proposée par la Cour. Or, les choses pourraient encore changer puisque la Chambre des Lords ne s'est pas encore prononcée sur la question.<sup>2753</sup> Si d'aventure la Haute Cour devait revenir sur la décision de la Cour d'Appel, il faudrait veiller à ce que cette nouvelle évolution n'échappe pas à l'attention des tribunaux d'autres Etats membres. L'application distributive des lois nationales oblige donc à un constant effort d'adaptation.<sup>2754</sup>

**606. La difficile détermination du moment de la saisine du juge suisse -** Que dire alors de la difficulté pour le juge étranger de déterminer le moment de la saisine du juge suisse lorsque la Convention de Lugano s'applique?<sup>2755</sup> On sait qu'en droit suisse, les questions de procédure appartiennent traditionnellement à la compétence des cantons.<sup>2756</sup> En toute logique il faut donc avoir égard aux dispositions cantonales pour déterminer le moment de la saisine d'un tribunal suisse – un exercice pour le moins compliqué pour le for étranger. En droit commun, la loi fédérale sur le droit international privé a toutefois facilité la tâche des tribunaux. L'article 9(2) de cette loi prévoit en effet une règle

<sup>2751</sup> *Neste Chemicals SA c. D.K. Line SA (The Sargasso)* [1994] 3 All.E.R. 180 ; [1994] 2 Lloyd's Rep. 6 (CA) et les observations de P. HUBER, "Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit in England - Ente der Debatte", *IPRax*, 1995, 332-334.

<sup>2752</sup> Il est intéressant de noter que la Cour d'Appel a eu recours à l'argument de la sécurité juridique pour justifier l'instauration d'une règle unique en vertu de laquelle les juges anglais sont saisis par la signification de la citation. Selon la Cour, tolérer des exceptions à cette règle ne ferait que renforcer l'insécurité, spécialement à l'égard des autres Etats membres : *Neste Chemicals SA c. DK Line SA, The Sargasso* [1994] 2 Lloyd's Rep. 6, 12 ("The harmonization of national laws of procedure of Member States was not an objective of the Convention. On the other hand in *Zelger v Salimiri*, the European Court did emphasise the importance of certainty in national procedural laws. And it seems to me that a "date of service" rule will be readily comprehensible not only in England but also in other contracting States" (par Steyn L.J.)).

<sup>2753</sup> Certains ont critiqué les décisions de la Cour d'Appel et préconisé un retour à la mise au rôle initiale comme date de saisine, p.ex. P. KAYE, "The Date upon which an English Court Becomes 'Seised' of Proceedings under the Brussels Convention : Issue or Service of Process?", *Journal of Business Law*, 1995, 217-242. V. également la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Canada Trust Co. v Stolzenberg (No. 2)*, [1998] 1 WLR 547, [1998] 1 All ER 318 (CA) et les observations de A. BRIGGS, *British Yearb. Int'l. L.*, 1997, 343-348 (in casu se posait la question de savoir à quelle date il fallait examiner si le défendeur était bien domicilié en Angleterre pour les besoins de l'article 2 de la Convention, la date de signification de la citation ou de son enregistrement. La cour opta pour la seconde alternative. Comme le fait observer M. Briggs, il ne faudrait pas en déduire que la définition de la saisine pour les besoins de l'article 21 doit à nouveau être remise en question. Il note que « a provision which was intended to deal with the problems which arise when two courts are caused to proceed as if they have jurisdiction to hear a case is not obviously the counterpart of the rules which determine whether or when an individual court has jurisdiction to begin with » (346-347). Dans chaque cas, le moment de la saisine doit être déterminé selon les finalités de la disposition concernée. Comp. R. GEIMER, « English Substituted Service (Service by an Alternative Method) and the Race to the Courthouses », in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, (205), 213-214). V. aussi *Phillips et al. v Symes et al.*, Chancery Division, 9 juillet 2001, § 16 (qui confirme que « English proceedings are not definitively pending until they have been served on the relevant defendants »).

<sup>2754</sup> V. en ce sens également MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 426-429, n° 216, qui citent un arrêt de la Cour de Cassation française du 4 octobre 1994 (*J.C.P.*, 1994, IV, n° 2396), qui contredit les renseignements de droit comparé fournis à la Cour de Justice dans l'affaire *Zelger* (*infra*, n° 614) et décide qu'est déterminant en droit français non pas la signification au défendeur, mais bien la remise au greffe d'une copie de l'assignation.

<sup>2755</sup> La difficulté ne touche pas seulement les juristes étrangers ; les juristes suisses s'en plaignent également, M. Vogel évoque par exemple « die Phantasie der kantonalen Prozessrechtsgesetzgeber » à propos de la détermination du moment de la saisine (*l.c.*, *Reu suisse de Jurispr.*, 1990, (77), 78).

<sup>2756</sup> Une commission d'experts se penche toutefois sur un projet de loi fédérale sur la procédure civile. Aucun texte n'a encore été publié, v. les informations disponibles sur [[www.ofj.admin.ch/f/index.html](http://www.ofj.admin.ch/f/index.html)]

matérielle définissant pour les besoins de l'exception de litispendance le moment de la saisine du tribunal suisse.<sup>2757</sup> Selon ce texte, "la date du premier acte nécessaire pour introduire l'instance est décisive".<sup>2758</sup> Le texte ajoute encore que "la citation en conciliation suffit".<sup>2759</sup> La question s'est dès lors posée de savoir si ce texte pouvait également être invoqué pour les besoins de la litispendance européenne. Le tribunal fédéral y a répondu dans l'affaire *Polly Peck*.<sup>2760</sup>

En l'espèce, les tribunaux suisses et anglais avaient été saisis de diverses demandes résultant de la mise en liquidation d'une société anglaise. Le liquidateur avait menacé l'actionnaire principal de la société de poursuites pour récupérer certains actifs de la société, qu'il le soupçonnait d'avoir détourné à son profit. Profitant du délai qu'avait fixé l'administrateur pour qu'il s'exécute, l'actionnaire saisit les tribunaux suisses d'une demande visant à obtenir une déclaration l'exonérant de toute responsabilité. Le jour suivant, l'administrateur en appela aux tribunaux anglais. La question se posait de savoir à quel moment les tribunaux suisses avaient été saisis. Le 'writ' anglais avait été signifié au représentant du défendeur après que l'affaire fut portée à la connaissance du juge de paix de Zürich. Celui-ci n'avait toutefois pas immédiatement été saisi du fond de l'affaire, mais seulement de la demande de conciliation ('*Sühmegesuch*') imposée par le droit de la procédure Zurichois. Une fois cette formalité accomplie, le demandeur saisit les tribunaux au fond – mais à ce moment le tribunal anglais avait déjà été saisi.

On pouvait dès lors se demander si le tribunal suisse était réputé avoir été saisi au moment de la saisine en conciliation, auquel cas il aurait été premier saisi, ou de la saisine au fond. A suivre une partie de la doctrine suisse, il fallait pour résoudre cette question s'en remettre à la définition proposée par le législateur fédéral.<sup>2761</sup> Dès lors la date du

<sup>2757</sup> Sur cette disposition, V. P. VOLKEN, "Article 9", in *IPRG-Kommentar...*, A. HEINI et al. (éds.), Schulthess Polygraphischer Verlag, Bern, 1993, 76-77 et S. BERTI, "Article 9", in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL, N.P. VOGT et A.K. SCHNYDER (éds.), Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1996, 82-89.

<sup>2758</sup> On peut observer que le législateur suisse s'est expressément référé au 'premier acte' de procédure pour éviter qu'un plaideur qui commence une procédure en Suisse ne se fasse couper l'herbe sous le pied par son adversaire qui saisirait une juridiction réputée saisie par exemple par le simple enregistrement de la demande, v. M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 114-115. Ou comment les juges suisses dégagent plus vite que leurs ombres...

<sup>2759</sup> Comme le constate M. *Budber*, la définition introduite par l'article 9(2) n'est qu'à moitié fédérale, puisque le juge devra encore consulter la procédure cantonale applicable pour déterminer quel est le « premier acte nécessaire », (A. BUCHER, 1998, 106, n° 302). Une controverse agite la doctrine suisse sur le point de savoir si une procédure peut être réputée pendante par le simple engagement d'une tentative de conciliation lorsque celle-ci n'est que facultative, *comp.* A. BUCHER, 1998, 106-107, n° 302 et P. VOLKEN, « Art.9 », in *IPRG-Kommentar...*, 1993, 77, art. 9 ad n° 20.

<sup>2760</sup> TF, 26 septembre 1997, ATF 123 [1997] II 44. Sur cette affaire V. les commentaires de G. JEGHER, "Mit schweizerischer negativer Feststellungsklage ins europäische Forum Running – Gedanken anlässlich BGE 123 III 414", *Z.S.R. (Zeitschrift für Schweizerisches Recht)* 1998, 31-49; B. DUTOIT, "Comment articuler l'article 21 de la Convention de Lugano et l'article 9, al. 2 LDIP en matière de litispendance?", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Pouchet*, J. HALDY et al. (éds.), Staempfli, Bern, 1999, 19 e.s.; K. SPÜLLER, "Art.21 LugÜ : Zum Beispiel BGE 213 III 414 – und die schweizerischen Interessen", in *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz : Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, P. FORSTMOSER (éd.), Zürich, Schulthess, 1999, 850 e.s. ainsi que nos commentaires parus in *Reu Eur. Dr. Privat*, 2001, 81-92.

<sup>2761</sup> Plaidaient pour l'application du droit cantonal, G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bern, Paul Haupt, 1997, 460 (droit cantonal décide du moment de la saisine); S. BERTI, "Art. 9", in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL (éd.), 1996, art. 9 ad n° 6 (application du droit cantonal); du même dans le même sens, « Gedanken zur Klageerhebung vor Schweizerischen Gerichten nach Artikel 21-23 des Lugano-Übereinkommens », in *Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für H. V. Walder*, I. MEIER (éd.), Zürich, Schulthess, 1994, (307), 317-319; O. VOGEL, "Der Eintritt des Rechtshängigkeit nach Art. 21 und 22 des Lugano-Übereinkommens", *Reu suisse de jurispr.*, 1994, 301-309 (l'article 9 ne s'applique pas); A. MARKUS, *loc. cit.*, *R.S.D.A.*, 1999, (205), 215 (approuve la 'teilautonome' interprétation du tribunal fédéral).

Arguaient au contraire en faveur de l'application de l'article 9 de la LFDIP, Y. DONZALLAZ, *oc.*, I, Berne, 1996, 560-561, n° 1486-1495 (selon qui le moment de la saisine sera déterminé par l'article 9 de la LFDIP, celui-ci renvoyant au droit cantonal pour déterminer quel est le premier acte "nécessaire" pour introduire l'instance); B.

'premier acte nécessaire' était déterminante. Se référant à la jurisprudence de la Cour de Justice qui avait indiqué dans l'arrêt *Zelger* une préférence pour la saisine 'définitive' du tribunal (*infra*, n° 614), le Tribunal Fédéral refusa d'adopter cette interprétation, pourtant avantageuse pour la procédure suisse puisqu'en l'espèce la demande en conciliation précédait la mise en route de la procédure anglaise. Le Tribunal décida au contraire que « le moment à partir duquel la litispendance existe au sens de l'article 21 al. 1 de la Convention de Lugano doit être déterminé, non pas selon l'article 9 al. 2 LDIP, mais sur base de l'organisation de la procédure dans le droit cantonal ».<sup>2762</sup> Les juges constatèrent en effet qu'il appartenait à la procédure cantonale d'établir l'organisation concrète de la procédure interne. Or c'est à cette organisation qu'il fallait avoir égard pour déterminer si la saisine possédait le caractère *définitif* requis par la jurisprudence *Zelger*.<sup>2763</sup> Le droit cantonal s'imposait dès lors pour déterminer qui, du juge anglais ou du juge suisse, avait été saisi en premier aux fins de la litispendance européenne. Il faut avouer que cette interprétation n'est pas de nature à simplifier la tâche du tribunal étranger.<sup>2764</sup>

**607. La difficile détermination du moment de la saisine du juge étranger** - L'affaire *Polly Peck* illustre à merveille les pièges de la chronologie procédurale. On ne peut imaginer l'incertitude qui aurait régné sur la position du droit suisse si le Tribunal Fédéral n'avait pas tranché la controverse. Cette incertitude fait peser une lourde hypothèque sur le fonctionnement de la priorité chronologique. Certes les législateurs sont parfois intervenus pour réduire quelque peu l'incertitude juridique. L'article 8 de la loi italienne sur le droit international privé du 31 mai 1995 dispose par exemple que pour la détermination de la saisine du tribunal italien, le juge doit se référer à l'article 5 du Code civil. Toutefois, ajoute cette disposition, "la juridiction existe si les faits et les normes qui la déterminent, surviennent dans le cours du procès".<sup>2765</sup> Ces initiatives sont les bienvenues, même si elles ne constituent au mieux qu'une réponse partielle au problème de la détermination du droit étranger.<sup>2766</sup>

Il reste que l'application distributive des lois nationales en présence demeure un exercice de haute voltige. Dans certains cas, il sera même quasiment impossible de déterminer

---

DUTOIT, *l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, J. HALDY et al. (éds.), Staempfli, Bern, 1999, (19), 27-28 (s'élève contre l'interprétation du Tribunal Fédéral et lui préfère l'application de l'article 9(2)); M. BERNHEIM, "Rechtshängigkeit und im Zusammenhang stehenden Verfahren nach dem Lugano-Übereinkommen", *Reu suisse de jurispr.*, 1994, 136 (l'article 9(2) LFDIP consacre une règle de droit international privé matériel qui vaut aussi dans le cadre de la Convention de Lugano); K. SPÜLLER, *l.c.*, in *Festschrift Roger Zäch...*, Zürich, 1999, 850 e.s. (s'oppose à l'interprétation du Tribunal Fédéral).

<sup>2762</sup> ATF 123 III 414, 418.

<sup>2763</sup> En l'espèce, l'introduction d'une tentative de conciliation ne faisait pas peser beaucoup d'obligation sur la personne du demandeur selon le Code de Procédure civile de Zürich. Le demandeur pouvait par exemple se désister de sa demande sans autre formalité. Le tribunal fédéral en a conclu que les tribunaux suisses n'avaient été saisi que lors de l'introduction d'une demande au fond, c'est-à-dire après la saisine des tribunaux anglais.

<sup>2764</sup> Le Tribunal Fédéral en était bien conscient, qui a noté que sa décision ne servait ni la clarté, ni la sécurité juridique (ATF 123 III 414). V. les critiques sévères de B. DUTOIT, *l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, J. HALDY et al. (éds.), Staempfli, Bern, 1999, (19), 26-30, pour qui la décision du tribunal fédéral nuit gravement à la sécurité juridique et à la prévisibilité des solutions. Observons toutefois que même si le tribunal fédéral avait retenu la définition de l'article 9 al 2 LFDIP aux fins de l'article 21, il aurait encore fallu consulter le droit cantonal pertinent puisque la définition proposée par la loi fédérale n'est qu'une définition 'cadre'.

<sup>2765</sup> L'objectif n'est pas seulement de faciliter la tâche du juge, qu'il soit du for ou étranger, dans l'administration de la règle de priorité. Il s'agit également pour le législateur de conférer un avantage aux tribunaux du for en fixant le moment de la saisine le plus tôt possible.

<sup>2766</sup> On a déjà évoqué le fait que la définition proposée par le législateur suisse, se contente en fait de renvoyer au droit cantonal pour la détermination du « premier acte nécessaire ».

avec précision le moment de la saisine du for étranger.<sup>2767</sup> Il semble alors préférable que le for surseoit à statuer en attendant que le juge étranger décide lui-même du moment auquel il a été saisi<sup>2768</sup> – du moins si le litige met en jeu une règle d'abstention commune aux deux tribunaux, qui leur impose de déterminer l'ordre de priorité de saisine.<sup>2769</sup> Le danger est cependant que le for qui surseoit à statuer soit forcé d'attendre la fin d'une longue procédure pour déterminer s'il lui appartient de statuer sur l'affaire.<sup>2770</sup>

## (B) L'atteinte à l'égalité entre parties

**608. La course au for courue sur des distances différentes** - La difficulté inhérente à la détermination du contenu exact du droit étranger n'est pas le seul reproche que l'on puisse formuler à l'encontre de l'application distributive des lois nationales. Cette méthode est surtout redoutable parce qu'elle peut être source d'*inégalité* entre parties.<sup>2771</sup> On verra que le recours à la priorité chronologique n'est pas sans encourager le phénomène de la course au for entre parties (cfr. *infra*) – ce que l'on peut déjà regretter. La méthode distributive présente en outre l'inconvénient majeur de désigner pour chaque participant à cette 'course' un point d'arrivée différent, la distance à parcourir n'étant pas nécessairement la même puisqu'elle est déterminée par le droit national applicable. C'est ce que montre l'exemple suivant, tiré de la pratique de la Convention de Bruxelles.

La société A, établie en Belgique, vend des machines industrielles à la société danoise B. Le contrat ne prévoit pas de clause d'élection de for. Une fois la livraison et l'installation effectuées, B s'aperçoit que l'état de son carnet de commandes ne justifiait pas

<sup>2767</sup> Dans l'arrêt *Zelger*, la Cour de Justice avait fait allusion aux limites de la méthode distributive en notant qu'elle permettrait « avec une certitude suffisante » aux tribunaux de déterminer l'ordre de priorité des demandes (attendu 15), laissant entendre qu'on ne pouvait exclure qu'une situation se présente dans laquelle la détermination ne pourrait se faire de façon exacte.

<sup>2768</sup> On a recommandé dans ce cas de s'en remettre au mécanisme d'échange d'information sur le droit étranger mis en place par la Convention de Londres du 7 juin 1968, v. MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 428-429, n° 216. Le tribunal étranger concurrent étant par hypothèse également saisi, il semble plus simple de s'en remettre à sa décision. La Convention de 1968 s'est d'ailleurs révélée en pratique fort peu efficace.

<sup>2769</sup> C'est ce qu'a fait le tribunal anglais dans l'affaire *Polly Peck*, dans laquelle il lui était demandé de se prononcer sur le moment de la saisine du juge suisse. La Cour a décidé de surseoir à statuer en attendant que le juge suisse se prononce sur cette question : *Polly Peck International plc v Citibank NA* [1994] I.L.Pr 71 (Ch.D. High Court). La cour a fait observer que le sursis était la seule solution permettant d'éviter un conflit entre les tribunaux suisses et anglais quant à la date de saisine : « *the only way in which a possible conflict can be avoided is for the courts of this country to adjourn the application until Swiss courts have finally decided whether the District Court of Zürich became seised of the proceedings in that jurisdiction on 8 February, and if the Swiss courts decide that the District Court of Zürich was so seised, to decline jurisdiction. [...]* The courts of this country should, I think, as a matter of comity, decline to answer a question of Swiss law[...]. » ([1994] I.L.Pr 71, 80). Comme on l'a fait remarquer, l'attitude prudente des juges anglais s'explique sans doute par le statut du droit étranger devant les tribunaux anglais, qui aurait nécessité la longue et coûteuse audition d'experts (H. DUINIJER TEBBENS, « Judicial Interpretation of the 1988 Lugano Convention on Jurisdiction and Judgments in the Light of Its Brussels Matrix : The Convergence Confirmed », *Yearb. P.I.L.*, 2002, (1), 9).

On peut se demander si un tel sursis est conforme au texte de l'article 21, qui ne prévoit la possibilité pour le juge second saisi de surseoir à statuer que lorsque la compétence du tribunal étranger n'est pas encore établie. Un tel sursis, même *praeter legem*, semble toutefois préférable à l'existence de deux décisions contradictoires sur le moment de la saisine. A l'avenir la question ne se posera plus, la nouvelle règle de litispendance européenne prévoyant une définition autonome du moment de la saisine (*infra*, n° 625).

<sup>2770</sup> Dans l'affaire *Polly Peck* déjà évoquée, les tribunaux anglais ont dû attendre pas moins de 4 ans avant d'obtenir le verdict final du juge suisse sur sa date de saisine.

<sup>2771</sup> Dans une contribution antérieure, nous avons déjà soutenu que l'absence de définition autonome du moment de la saisine dans le cadre de l'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano constituait une atteinte à l'égalité des parties, au vu des conséquences importantes que peut avoir le choix du for. Même s'il faut se garder d'élever le principe d'égalité au rang d'impératif absolu, on conviendra que cette situation peut conduire à des inégalités peu satisfaisantes.

l'acquisition des machines. Des problèmes de trésorerie le forcent à retarder le paiement du solde du prix. Il reçoit après quelques semaines une lettre du conseil de A lui signifiant que, si la somme due n'est pas payée immédiatement, une action sera intentée prochainement en Belgique en recouvrement du montant – les tribunaux belges tirant leur compétence du lieu de paiement du prix (art. 5(1) Convention de Bruxelles). Craignant de devoir se défendre devant les tribunaux de son vendeur, la société B charge son conseil de commencer une action déclaratoire auprès d'un tribunal danois, en plaidant la nullité du contrat pour vice de consentement. L'affaire est mise au rôle au Danemark la veille de la signification à l'acheteur de la citation belge.

Le tribunal belge et le tribunal danois saisis concurremment devront déterminer au moyen de leurs lois nationales lequel d'entre eux a été saisi en premier. A l'arrivée, force sera de constater que la procédure belge, bien qu'engagée antérieurement à la procédure danoise, devra s'effacer devant cette dernière. Selon le droit danois en effet, un tribunal est réputé saisi au moment où le document engageant la procédure est enregistré auprès du tribunal (§ 348 code de procédure civile). Si la détermination du moment exact de la saisine aux fins de l'article 21 pose toujours problème en droit belge (*infra*, n° 607), il est clair qu'un tribunal belge ne sera saisi qu'après la signification de l'acte introductif d'instance.<sup>2772</sup> Dès lors, en vertu de l'article 21, le tribunal belge devra surseoir à statuer et se dessaisir dès que le tribunal danois a statué sur sa compétence. En l'occurrence le demandeur le plus diligent qui s'est le premier adressé aux tribunaux de son choix devra néanmoins se défendre devant les tribunaux choisis par son adversaire. On comprend que de nombreux commentateurs aient dénoncé le risque de manipulation.<sup>2773</sup>

**609. Les disparités nationales quant à la définition du moment de la saisine** - Le problème est bien connu. On ne doit plus insister sur la signification différente qui peut être donnée au concept de 'saisine' du juge. La pratique de la litispendance européenne, qui rétribue si généreusement la course au for, a contribué à révéler les différences entre les conceptions nationales sur cette question. Dans certaines juridictions, la signification de l'acte introductif d'instance est une condition de la saisine, que la signification ait lieu avant ou après que l'action ait été enregistrée auprès du tribunal, et qu'elle soit effectuée par un huissier, le greffe ou par les soins d'une partie. Or, en dépit de toutes les conventions et des accords bilatéraux en la matière, la signification internationale demeure un processus pouvant s'étaler sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois.<sup>2774</sup>

<sup>2772</sup> *Infra*, n° suivant sur la question de savoir s'il est également nécessaire que la cause ait été inscrite au rôle général une fois la citation signifiée.

<sup>2773</sup> V. en particulier L. PALSSON, 'Lis Pendens under the Brussels and Lugano Conventions', in *Festschrift till Stig Strömholm*, A. FRANDBERG et al. (éds.), Iustus Forlag, Uppsala, 1997, (709), 720 (la situation « may be exploited for purposes of manipulation and cannot be justified on objective grounds, which require the race to be run on equal terms ») et O. LANDO, « Being First. On Uses and Abuses of the Lis Pendens under the Brussels Convention », in *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives. Essays in Honour of L. Palsson*, G. MELANDER (éd.), Stockholm, Norstedts Juridisk, 1997, (105), 122. V. également H. LINKE, *l.c.*, 181; A. DI BLASÉ, *ac.*, 1993, 104; G. WALTER, *ac.*, Berne, Verlag Paul Haupt, 1997, 451; G. A. L. DROZ, "Synthèse des discussions", in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, Londres, 1993, 266; J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction...*, 34; W. HAU, 148; H. SCHACK, "Germany", in *Dedining Jurisdiction*, 198-199; Y. DONZALLAZ, *ac.*, Bern, Staempfli, 527-528, n° 1390; M. BOGDAN, "Sweden", in *Dedining Jurisdiction*, 376; H. SCHACK, 1996, 296-297.

<sup>2774</sup> Selon M. MEIJNECHT, le délai moyen de signification sous le régime de la Convention de La Haye de 1965 est de 4 mois : P. MEIJNECHT, "Naar een nieuwe Europese regeling van de betekening in het buitenland", in *Betekening in het buitenland en de Europese Titel*, Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders, Gouda Quint, Arnhem, 1995, 11. Le Règlement européen sur la signification devrait ramener la durée moyenne d'une signification intra-européenne à quelques jours. Il faudra toutefois attendre qu'il soit pleinement opérationnel et en particulier que les Etats membres aient pleinement assimilé l'idée de *décentralisation* des autorités de transmission et de réception qui fonde le Règlement.

Ces pays partiront dès lors avec un handicap certain dans la course au for, qui pourrait se révéler fatal lorsqu'ils entrent en concurrence avec une juridiction qui se contente par exemple, pour que la saisine soit définitive, de l'enregistrement de la citation auprès du tribunal. Les demandeurs désireux de gagner la course au for devront donc éviter le Royaume-Uni,<sup>2775</sup> l'Allemagne,<sup>2776</sup> l'Italie,<sup>2777</sup> l'Autriche,<sup>2778</sup> les Pays-Bas,<sup>2779</sup> la Belgique<sup>2780</sup> et la France.<sup>2781</sup>

D'autres pays n'attachent pas la même importance à la transmission de la citation. Ainsi, dans les pays scandinaves, la saisine du tribunal est réputée acquise au moment où le

<sup>2775</sup> Tout au moins pour l'Angleterre, cfr. *supra*. V. également P. HÜBER, "Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit in England - Ente der Debatte", *IPRax*, 1995, 332-334.

<sup>2776</sup> En vertu du § 261(1) du ZPO, une action est pendante ('rechtshängig') à partir de l'"Erhebung der Klage" (signification de la demande au défendeur), § 253(1) ZPO. La signification a lieu après que la demande ait été enregistrée au tribunal. Celui-ci se charge de la signification au défendeur. Cfr. P. SCHLOSSER, *EuGVÜ*, Munich, Beck, 1996, 127; R. GEIMER, 1997, 677, n° 2699; J. KROPHOLLER, 1996, 280, n° 13.

<sup>2777</sup> V. A. DI BLASE, *ac*, Padova, Cedam, 1993, 102 qui se réfère à l'article 39-3° du Codice di procedura civile, selon lequel le tribunal est saisi lorsque la citation a été dûment signifiée au défendeur. La signification précède la mise au rôle. V. p. ex. Trib. Bassano del Grappa, 13 février 1976, *R.D.I.P.P.*, 1978, 74; Milan, 26 sept. 1978, *R.D.I.P.P.*, 1978, 843 et les observations du gouvernement italien lors de l'affaire *Zelger*.

<sup>2778</sup> Le § 232(1) ZPO exige que les conclusions soient mises au rôle, et également signifiées au défendeur, pour que l'action soit "Streitabhängig". La date de signification est déterminante, cfr. M. WITTBISCHLAGER, 1994, 120-121. Pour la Suisse, il faudra se référer au droit cantonal. Paradoxalement, les plaideurs justiciables agissant en Suisse seront moins désavantagés lorsque la Convention de Lugano ne s'applique pas dès lors que dans ce cas, l'article 9 al 2 LFDIP répute le juge suisse saisi par le premier acte de procédure nécessaire, cfr. *supra* la discussion de l'arrêt du TF, 26 septembre 1997, ATF 123 [1997] II 44.

<sup>2779</sup> Le tribunal est saisi lorsque la citation - «dagvaarding» - est signifiée au défendeur. Cfr. P. VLAS, «Article 21», in *Burgerlijke rechtsvordering - Verdragen*, Kluwer, Deventer, p. A-356; J. VERHEUL, *Rechtsmacht in het Nederlandse Internationaal Privaatrecht. Het EEG Bevoegdheids- en Executievendrag*, Anvers, Maarten Kluwer, 1982, 127. P. ex. Rechtbank Amsterdam, 13 Mars 1996, *N.I.P.R.*, 1996, n° 434.

<sup>2780</sup> Une action ne peut être entendue par un tribunal qu'après sa mise au rôle, ce qui a lieu après que la citation a été signifiée au défendeur (article 718 Code judiciaire). La Cour de Cassation a fait de la signification le moment décisif pour la saisine du tribunal. L'enregistrement auprès du tribunal ne fait que confirmer la signification. Une demande est dès lors réputée pendante au moment de la signification introductive d'instance, pour autant que celle-ci ait été inscrite au rôle général la veille de l'audience. Cfr. Cass., 1 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, 102; *J.T.*, 1992, 475, obs. J.F. ROMAIN; Cass., 4 mars 1994, *R.W.*, 1994-95, 93; Cass., 9 décembre 1996, *R.W.*, 1996-97, 1296, obs. S. GEEROMS. Il reste cependant à savoir si cette opinion, adoptée dans des affaires purement internes, vaut également pour l'article 21. Avec MM. *Born, Fallon et van Boxstael* (2001, 428, n° 216), on peut douter que la seule signification suffise pour répondre à l'exigence d'une litispendance 'définitive' dégagée par la Cour de Justice dans l'affaire *Zelger*. Il s'en déduit qu'aux fins de l'application de l'article 21, l'inscription au rôle doit être retenue pour déterminer le moment de la saisine. Même si on ne partage pas cette interprétation 'européenne' du droit belge, on ne peut nier qu'il n'y a pas de saisine du juge belge, dans les affaires introduites par citation, sans signification de celle-ci. Pour l'application des autres conventions, les tribunaux semblent retenir la date de la signification, tout en ne retenant celle-ci que si la citation a été ensuite mise au rôle, v. p. ex. Civ. Liège, 3 mai 2001, *Revue en ligne du barreau de Liège*, [www.barreaudeliege.be], visité le 17 avril 2002 (instances concurrentes en divorce engagées en France et en Belgique, le tribunal décide que « pour déterminer la date de saisine du tribunal de Liège, il faut donc se référer à la date de la citation et non à celle d'inscription au rôle »). *Infra*, n° 622 sur la date de signification.

<sup>2781</sup> L'article 757(1) du Nouveau Code de procédure civile (tribunal de grande instance) et l'article 857(1) (tribunal de commerce) disposent que le tribunal est saisi par l'enregistrement au tribunal d'une copie de l'assignation signifiée («la remise au secrétariat-greffe d'une copie de l'assignation»), cfr. p.ex. Cass., 4 octobre 1994, *Bull. Civ.*, IV, no. 270; *D.*, 1994, IR,255. La signification précède donc la remise au greffe. Malgré le texte clair de la loi, il a été jugé que c'est l'assignation signifiée au demandeur et non la remise au greffe qui compte (Cass., 16 janvier 1978, *Bull. Civ.*, IV, no. 24; *R.T.D.C.*, 1978, 922, obs. Perrot; Cass., 24 avril 1981, *Bull. Civ.*, II, n° 104; *J.C.P.*, 1981, éd. G., IV, 239; *Gaz. Pal.*, 1981, 2, 601, note Viatte), la remise au greffe étant considérée comme une simple formalité d'administration intérieure du tribunal qui ne saurait avoir pour effet de déterminer la priorité de saisine des juridictions concurrentes (v. sous l'empire de l'ancienne législation, Cass., 15 juin 1967, *Gaz. Pal.*, 1967, 2, 206; *R.T.D.C.*, 1967, 877, obs. HEBRAUD). Pour plus de détails v. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, Sirey, Paris, 1991, 417; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1996, 505-506 et J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montschrestien, 1991, 281.

document instituant la procédure est enregistré auprès du tribunal.<sup>2782</sup> Les plaideurs de ces derniers pays bénéficient dès lors d'un avantage substantiel dans toute course au for. Des juristes allemands ont comparé cette situation à la fable de La Fontaine sur le lièvre et la tortue.<sup>2783</sup>

Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Même lorsque dans les deux pays concernés, la saisine est réputée effective par la signification de la citation, les aléas de la transmission internationale des documents peuvent avantager une partie au détriment de l'autre. La signification est en effet un processus qui se déroule le plus souvent en plusieurs étapes, dont chacune peut être privilégiée par un Etat ou un autre. Qui plus est, certaines législations prévoient des méthodes alternatives de signification, qui permettent d'éviter les longueurs d'une transmission internationale d'actes. On pense à la signification *au parquet*, qui a toujours cours en France.<sup>2784</sup> Comme le fait observer M. Geimer, les plaideurs désireux de soumettre leur cas aux tribunaux anglais peuvent également tirer avantage de la possibilité que leur offrent les *Civil Procedure Rules* d'effectuer la signification par une 'méthode alternative'. Ce faisant, le demandeur pourra effectuer la signification sans devoir recourir à l'aide d'une autorité étrangère et paralyser ainsi une procédure allemande en cours de saisine, dès lors que le droit allemand exige systématiquement pour la signification le recours à une procédure d'entraide judiciaire bien plus longue.<sup>2785</sup>

**610. Inégalité à raison des méthodes de signification** - Les différences entre règles et traditions juridiques ne sont pas les seules causes à l'origine d'éventuelles inégalités. La pratique même des Etats, et en particulier les aléas de la signification internationale, peuvent avoir des effets inattendus. C'est ce qu'illustre la récente affaire *Molins*.<sup>2786</sup> En l'espèce une société italienne et une société anglaise avaient conclu un accord conférant à la première une licence portant sur plusieurs brevets dont la seconde était titulaire. Suite à un désaccord entre parties quant au paiement de la rétribution convenue, le titulaire des

<sup>2782</sup> Cfr. section 1(2) du chapitre 5 du Code finlandais de procédure judiciaire, et la section 4(3) du Code suédois de procédure judiciaire, commentés par G. MÖLLER, «The Date Upon Which a Finnish and a Swedish Court Become Seised for the Purpose of the European Judgment Conventions», in *E Pluribus Unum Liber Amicorum G. Droz.*, A. BORRAS et al. (eds.), Martinus Nijhoff, La Haye, 1996, 221. Pour la Suède, cfr. le jugement du Tribunal du Travail cité par L. PALSSON, «The Lugano Convention in Sweden», *IPRax*, 1999, (52), 56. Pour plus de détails, cfr. L. PALSSON, *l.c.*, in *Festskrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG et al. (eds.) Iustus Forlag, Uppsala, 1997, (709), 718-722 ainsi que M. BOGDAN, «Sweden», in *Dedining Jurisdiction*, 376. Cfr. également le § 348 de la loi danoise *Lov om rettens pleje* et la section 63 du Code de Procédure Civile norvégien, qui disposent que le tribunal est saisi au moment où il reçoit la citation. Le tribunal se charge ensuite de la signification.

<sup>2783</sup> R. GEIMER, 1997, 677, n° 2700.

<sup>2784</sup> Pour la Belgique, on pense à la signification au domicile élu d'une personne morale étrangère en vertu de l'article 42(6) C. Jud. : selon cette disposition, qui ne peut s'appliquer qu'à défaut de convention internationale, une entreprise étrangère qui dispose en Belgique d'une filiale ou d'un siège d'opération est réputée élire domicile à ce lieu pour les besoins d'une signification internationale. Il n'est pas besoin de dire que cette disposition, qui permet d'internaliser la signification, pourrait conduire à des abus. Il importe dès lors de veiller à n'en accepter l'application que lorsqu'il est certain que la filiale ou le siège d'opération constitue le prolongement de la maison mère et est en contact direct avec celle-ci. V. les réflexions de G. DE LEVAL, «Les significations à l'étranger à la recherche d'une solution efficace et respectueuse de tous les intérêts en présence», in *Les Conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, Bruges, La Chartre, (31), 39 qui fait très justement le rapprochement avec l'arrêt *Volksvaagen AG v Schumcke*, 486 U.S. 94 (1988) de la Cour suprême américaine.

<sup>2785</sup> R. GEIMER, «English Substituted Service (Service by an Alternative Method) and the Race to the Courthouses», in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 205-219, spéc. pp. 209-212. La signification par 'méthode alternative' est laissée à l'appréciation du juge anglais, tant en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles on peut avoir recours à cette méthode qu'en ce qui concerne les modalités pratiques de la signification. Pour plus de détails, v. *Supreme Court Practice 2000* ainsi que J. JACOB (éd.), *Private International Litigation*, Longman, 1988, 418-419 et p. ex. *Re Conan Doyle's Will Trusts*, [1971] Ch. 982, [1971] 2 All ER 1377 et *Myerson v Martin* [1979] 1 WLR 1390, [1979] 3 All ER 667 (CA). La signification peut par exemple être effectuée par publication dans un journal ou un périodique.

<sup>2786</sup> *Molins plc v G. D. SpA* [2000] 2 Lloyd's Rep 234 (CA).



brevets saisit les tribunaux anglais. Le 'claim form' (nouvelle dénomination du 'writ') fut enregistré le 13 juillet 1999 et signifié au preneur de licence le 30 juillet. Entre temps, ce dernier demanda au tribunal de Bologne de déclarer nulle la licence, ainsi que de l'exonérer de toute obligation de paiement envers son adversaire. Le tribunal italien fut saisi le 19 juillet et accorda séance tenante l'autorisation de transmettre la citation au défendeur par télécopieur, ce qui fut fait le 20 juillet.

Théoriquement la question de l'égalité ne se posait pas puisque les deux législations réputaient la signification de la citation décisive pour déterminer le moment de la saisine. Le combat entre parties se déroulait donc à armes égales, n'était-ce pour le fait que la signification de la citation italienne avait emprunté une voie bien plus rapide que la traditionnelle entraide judiciaire. On voit que même lorsque les deux pays concernés s'entendent sur une définition commune du moment de la saisine, des difficultés peuvent surgir en raison des modalités différentes de la signification.<sup>2787</sup>

**611. Conclusion : rejet de la méthode distributive** - En définitive, la méthode distributive constitue bel et bien une source d'inégalités entre parties. Il n'est donc pas surprenant que les commentateurs soient unanimes à critiquer cette nouvelle manifestation d'une «Europe à deux vitesses».<sup>2788</sup> Le problème n'est pas confiné à l'espace judiciaire européen. L'inégalité peut également affecter tous les droits qui s'en remettent à la méthode distributive. On ne s'étonnera pas que les tribunaux allemands soient particulièrement sensibles au risque de distorsion auquel peut conduire l'application distributive des lois nationales. Les plaideurs qui choisissent de procéder en Allemagne sont en effet particulièrement désavantagés, puisqu'en vertu du droit allemand, la saisine n'est acquise qu'une fois effectuée la signification de la citation au défendeur effectuée.<sup>2789</sup>

Cette situation peut être exploitée à des fins de manipulation, la procédure engagée en premier lieu pouvant se trouver doublée par une procédure considérée comme étant pendante dès l'introduction de la demande. La méthode distributive ne convainc pas – du moins lorsqu'elle est appliquée dans un cadre conventionnel. Il faut dès lors envisager une autre solution.

<sup>2787</sup> En l'espèce la question se posait de savoir si la signification de la citation italienne par télécopieur était valable. Une réponse négative aurait en effet permis au juge anglais de se considérer premier saisi. Le système de la Convention aurait dû conduire le juge anglais à surseoir à statuer en attendant que son confrère italien se prononce sur la validité de sa saisine et en particulier sur celle de la signification par télécopieur. Le titulaire des brevets n'avait pas en effet manqué de contester la validité de la signification devant le tribunal italien. En première instance, le juge anglais refusa de se prononcer sur la validité de la signification, en décidant que le juge italien était mieux placé pour statuer sur la question. La Cour d'Appel réforma cette décision et se prononça *directement* sur la question, et par conséquent également sur la question de la compétence du juge italien. Sans surprise, la Cour refusa de considérer que la signification de la citation par télécopieur constituait un mode valable de transmission de la citation. Elle en conclut qu'elle était donc première saisie. On peut regretter que le juge anglais ait cru bon de se prononcer sur cette question au lieu de faire confiance au juge italien pour statuer sur sa propre saisine. Cette décision n'est conforme ni à l'esprit, ni à la lettre de la Convention.

<sup>2788</sup> H. LINKE, «Quelques questions relatives à la litispendance et à la reconnaissance des jugements», in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, Londres, 1993, 181. Cfr. également G. DROZ, «Synthèse des discussions», in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, Londres, 1993, 266; J.J. FAWCETT, «General Report», in *Dedining Jurisdiction* 34; W. HAU, 148; A. DI BLASE, *ac*, 1993, 104; H. SCHACK, 1997, 296-297.

<sup>2789</sup> *Supra*, note 607. On notera que la rigidité de la règle de litispendance allemande, qui au contraire par exemple de la règle française, ne laisse en principe aucun pouvoir d'appréciation au juge allemand second saisi pour rejeter l'exception d'abstention lorsqu'il apparaît que l'ordre de priorité de saisine n'est qu'une coïncidence due aux différences de législation, a sans aucun doute contribué à exacerber le problème. Le droit suisse, qui lui aussi fait de l'abstention une obligation pour le juge, semble avoir évité les difficultés en introduisant une définition du moment de la saisine avantageuse pour les plaideurs suisses (*supra*).



### 3. A LA RECHERCHE D'UNE RÈGLE ALTERNATIVE

612. **Généralités** - Les nombreuses difficultés que soulève la méthode distributive forcent à s'interroger sur d'éventuelles solutions alternatives. Dans le cadre de l'espace judiciaire européen, l'unanimité se faisait pour réclamer l'introduction d'une définition autonome du moment de la saisine.<sup>2790</sup> C'est chose faite depuis la révision de la Convention de Bruxelles. L'expérience européenne reste importante, en ce qu'elle montre la difficulté de s'accorder sur une définition *matérielle* du moment de la saisine, commune à plusieurs pays. Avant de commenter ces difficultés et d'examiner la nouvelle définition, il faut dire un mot des suggestions de la doctrine allemande, qui a proposé un tempérament original pour nuancer l'application distributive des lois nationales.

#### A. Modalisation de la méthode distributive : l'expérience allemande de la 'Doppelqualifikation'

613. **La suggestion de M. Linke pour améliorer la méthode distributive** - Lorsque la règle de déférence est acceptée librement par un Etat, on peut difficilement envisager de mesurer la saisine des fors concurrents à l'aune d'une règle matérielle commune aux deux Etats. Au mieux le for aura-t-il prévu, comme en Suisse ou en Italie, une règle spéciale déterminant de façon autonome à quel moment précis les tribunaux locaux sont réputés saisis - une règle qui n'hésitera pas à faire remonter le moment de la saisine au premier stade de l'engagement de la procédure comme l'a fait le législateur suisse, afin de privilégier autant que faire se peut la procédure nationale. Pour juger du moment de la saisine étrangère, force sera bien de s'en remettre à la loi étrangère. Si la méthode distributive est dès lors inévitable, il n'est pas exclu d'y apporter quelques nuances, pour en gommer les inconvénients les plus flagrants. C'est ce à quoi s'est employé la doctrine allemande.

Que les auteurs allemands se soient penchés sur la question ne doit pas étonner. On a vu en effet que les justiciables désireux de saisir les tribunaux allemands étaient sérieusement désavantagés dans la course au for, puisque celle-ci n'est réputée s'achever qu'avec la signification de la citation au défendeur. La rigidité de la règle de litispendance allemande de droit commun ajoute à la difficulté et fait naître le risque pour les justiciables qui cherchent justice auprès des tribunaux allemands de se voir pris de vitesse par un adversaire qui préfère un for dont la saisine est jugée acquise par exemple par le simple enregistrement de la demande. Le problème est réel, comme le montrent les faits qui ont donné lieu à une décision de la Cour d'Appel de Frankfurt en 1982.<sup>2791</sup> En l'espèce un couple belgo-allemand se déchirait par tribunaux interposés. L'époux, de nationalité

<sup>2790</sup> Lorsque la règle d'abstention s'intègre dans un contexte conventionnel, il est une raison supplémentaire pour les Etats de s'accorder sur un standard commun. Il faut éviter qu'un Etat puisse bouleverser l'équilibre conventionnel en déterminant de façon unilatérale à quel moment ses juridictions sont réputées saisies. Le Tribunal fédéral y a vu une raison supplémentaire d'adopter une interprétation semi-autonome du concept du moment de saisine dans l'affaire *Polly Peck*, ATF 123 III 414, 428 (le tribunal note que « la Suisse, en tant que partie contractante, ne peut pas fixer pour son droit interne, unilatéralement et sans consultation avec les autres Etats contractants, un moment pour la litispendance que les parties contractantes ont justement refusé de fixer en considération des conséquences juridiques divergentes des divers actes de procédure dans les lois nationales de procédure ») et les critiques de B. DUTOIT, *l.c.*, *Mélanges Poudret*, 26-27. *Comp.* A. R. MARKUS, "Revidierte Übereinkommen...", *R.S.D.A.*, 1999, 215.

<sup>2791</sup> OLG Frankfurt aM, 1 décembre 1982, *IPRax*, 1982, 243 et la note de H. LINKE, « Zur Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens vor deutschen Gerichten », 229-231.

allemande, avait introduit le 31 mars 1980 une demande en divorce devant le tribunal de Wiesbaden. Cette requête fut signifiée à l'épouse le 17 juin suivant. Entre temps celle-ci, de nationalité belge, avait porté sa requête à la connaissance des tribunaux de Bruxelles. La requête fut déposée le 17 avril pour être signifiée le 3 février 1981.<sup>2792</sup> L'épouse opposa à la procédure allemande l'exception de litispendance prévue par l'article 15 de la Convention belgo-allemande du 30 juin 1958. Elle alléguait que selon le droit belge, la demande en divorce était devenue pendante dès le 17 avril, avant que la saisine du juge allemand ne devienne parfaite. La Cour d'Appel reconnut que si cette allégation se vérifiait, elle aurait dû s'abstenir au profit de son collègue belge. En l'espèce toutefois elle rejeta l'exception de litispendance en s'appuyant pour ce faire sur l'incompétence du tribunal belge, dès lors que le dernier domicile commun des époux se situait en Allemagne.<sup>2793</sup>

Reprenant une suggestion de M. Riezler,<sup>2794</sup> M. Linke a proposé suite à cette décision de modifier la traditionnelle méthode distributive qui avait clairement montré ses limites, notamment du point de vue de l'égalité entre parties. Il a suggéré d'opérer une distinction entre deux questions : dans un premier temps, le juge de l'abstention devrait déterminer à quel moment précis son collègue étranger est réputé saisi. Le droit étranger s'imposerait naturellement pour répondre à cette question. Lorsqu'il s'agit de savoir quel(s) effet(s) le for est prêt à accorder à l'existence d'une procédure étrangère, la *lex fori* devrait toutefois selon M. Linke reprendre le premier rôle. Il reviendrait alors à la *lex fori* de décider si la procédure étrangère, au stade qui est le sien, est de nature à paralyser la procédure du for. Et il serait paradoxal, écrit M. Linke, que le juge allemand s'efface devant une procédure étrangère alors qu'elle n'a pas encore atteint le stade qui selon le droit allemand fait naître l'exception de litispendance.

En d'autres termes, même si la procédure étrangère est, selon la loi étrangère, réputée avoir débuté avant la procédure allemande, le for allemand lui refusera le bénéfice de la litispendance lorsqu'il apparaît que la procédure ne se trouve qu'à un stade préliminaire. Il ne s'agit pas, précise M. Linke, d'exiger que la procédure étrangère constitue l'exacte copie de la procédure allemande, ni que la citation ait déjà été signifiée. Il s'agit au contraire d'exiger « qu'au minimum on ait atteint un stade qui soit comparable à la conception allemande de la litispendance, dans son essence fondamentale ». <sup>2795</sup> M. Linke précisait encore qu'il fallait au moins exiger que le défendeur à l'étranger ait été officiellement informé de l'existence et du contenu de la demande.<sup>2796</sup>

<sup>2792</sup> La longueur de la procédure de signification ne doit pas étonner. On sait en effet que l'Allemagne adopte systématiquement une position restrictive quant aux modes de signification. Concrètement la signification doit se dérouler par voie d'entraide judiciaire, la signification par voie postale n'étant pas jugée fiable ni respectueuse des droits du défendeur, v. H. VAN HOUTTE, "Het ogenblik van de betekening bij dagvaarding in het buitenland", *R.D.C.B.*, 1996, 814-819 et en général G. GEIMER, *Neuordnung des internationalen Zustellungsrechts: Vorschläge für eine neue Zustellungskonvention*, Schriften zum Prozessrecht n° 145, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 366 p. La position a changé avec le Règlement européen sur la signification, qui ne tolère pas de réserve de la part des Etats membres à l'article 14, qui autorise la signification par voie postale. Les Etats sont seulement autorisés à préciser les modalités d'une telle signification.

<sup>2793</sup> Dans sa note M. Linke confirme, jurisprudence belge à l'appui, ce que la demanderesse alléguait, à savoir que le juge belge est réputé saisi par la simple remise de la requête. Il cite une décision de la Cour d'Appel de Bruxelles (13 janvier 1971, *Pas.*, 1971, II, 101).

<sup>2794</sup> E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 116.

<sup>2795</sup> *L.c.*, *IPRax*, 1982, 230: "daß zumindest ein Stadium erreicht ist, das unseren Verständnis von Rechtshängigkeit in seiner wesentlichen Substanz vergleichbar ist ».

<sup>2796</sup> *IPRax*, 1982, 230-231.

614. **Une amélioration de la méthode distributive ?** – La suggestion de M. Linke a connu un succès certain dans la doctrine, de nombreux auteurs lui emboîtant le pas.<sup>2797</sup> Il faut dire que s'agissant d'aménager la méthode distributive, l'amélioration est significative. En distinguant la date de saisine proprement dite du moment déterminant pour la litispendance, M. Linke offre au for le moyen de remédier aux inégalités les plus flagrantes qu'entraînent les différences nationales sur la question de l'introduction de l'action. La différenciation qu'il propose n'est d'ailleurs pas sans rappeler la distinction faite par la Cour de Justice entre litispendance 'simple' et litispendance 'définitive' (infra, n° 616). Dans les deux cas, il s'agit de reconnaître qu'à défaut de définition commune permettant de garantir l'égalité, on peut au moins tendre vers l'égalité en ne retentant qu'un type bien déterminé de litispendance.

La 'Doppelqualifikation' n'a toutefois pas pu convaincre la Cour fédérale allemande, qui par deux fois a refusé de s'engager dans la voie proposée par M. Linke pour s'en tenir à la lex fori étrangère.<sup>2798</sup> La Cour fit justement observer que la méthode distributive simple possédait l'avantage de la clarté et de la simplicité, deux vertus cardinales du droit de la procédure. Au contraire, permettre que le juge du for puisse contrôler l'état d'avancement de la procédure étrangère, constituait un facteur d'incertitude faute d'une définition incontestable de la litispendance 'définitive'.<sup>2799</sup>

La double qualification n'a donc pas intégré le droit commun allemand. La suggestion demeure toutefois intéressante, notamment pour les systèmes où le législateur national n'a pas pris la peine de définir de façon autonome le moment de la saisine des tribunaux locaux. En l'absence d'une telle définition, qui avantagerait les tribunaux nationaux par une acceptation très large de leur saisine – en réputant celle-ci acquise par exemple au premier acte utile réalisé par le demandeur –, le risque existe en effet de voir un plaideur triompher à la course au for en profitant des différences de procédure. Le Tribunal fédéral allemand n'était d'ailleurs pas insensible à ce risque, qui a indiqué que dans des circonstances exceptionnelles, le juge allemand pourrait se départir de la stricte application de la loi étrangère si celle-ci causait un « désavantage inéquitable » au demandeur en Allemagne.<sup>2800</sup> La différence avec la 'Doppelqualifikation' n'est pas très grande : dans les deux cas, la méthode distributive se voit nuancée par un correctif. C'est sans doute qu'un tel correctif est inévitable. Heureusement, lorsque la déférence fait partie d'une règle conventionnelle, il est un autre moyen d'enrayer l'inégalité. C'est ce que nous allons examiner maintenant.

<sup>2797</sup> P. ex. H. SCHACK, 1996, 297, n° 757 (qui suggère d'en revenir à la définition allemande de la saisine, c'est-à-dire de ne considérer le tribunal étranger comme saisi que si la signification de la citation a eu lieu. Selon lui l'égalité entre juridictions et la facilité d'application plaident en faveur de l'application de la lex fori allemande pour déterminer le moment de la saisine étrangère) ; R. GEIMER, 1997, 677-678, n° 2700-2701 (propose de moduler la définition de la saisine allemande en fonction de la définition qu'en donne le droit étranger. Il y aurait saisine définitive du juge allemand dès que le juge étranger est réputé saisi). V. également U. SPELLENBERG, *Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen*, Berlin, 1997, 194-195 (tout en rejetant l'expression 'Doppelqualifikation' qu'il juge trompeuse, M. Spellenberg critique la position du BGH et en appelle à une intervention du législateur qui modifierait la jurisprudence en fixant le moment de la saisine du juge allemand au stade de l'*Einreichung des Antrages*, enregistrement de la demande). *Comp. CH. DOHM, ac, 1996, 301.*

<sup>2798</sup> BGH, 18 mars 1987, *FamRZ.*, 1987, 580, note GOTTWALD ; *IPRax*, 1989, 104, note SIEHR ; *N.J.W.*, 1987, 3083, note R. GEIMER ; BGH, 12 février 1992, *IPRax*, 1994, 40, note H. LINKE ; *FamRZ.*, 1992, 1058 ; *NJW-RR*, 1992, 642.

<sup>2799</sup> Le BGH en a également appelé pour justifier sa décision à la nécessaire égalité entre tribunaux ainsi qu'à l'harmonie des solutions que viendrait perturber le contrôle selon la lex fori. V. les commentaires de H. LINKE, "Anderweitige Rechtshängigkeit im Ausland und inländischer Justizgewährungsanspruch", *IPRax*, 1994, 17-19, spéc. 18.

<sup>2800</sup> "ein unzumutbaren Nachteil". Elle renvoie à sa jurisprudence du 26 janvier 1983, cf. *infra* sur l'exception de justice.

## B. Vers une définition autonome : l'expérience de l'espace judiciaire européen

615. **Introduction** – Lorsque la règle de déférence s'insère dans un accord entre Etats, il est une autre possibilité pour déterminer le moment de la saisine des tribunaux que de s'en référer, fut-ce avec quelques nuances, aux lois nationales applicables. Rien n'empêche en effet les Etats concernés de s'accorder sur une règle *matérielle autonome* qui fixe de façon uniforme pour tous les tribunaux concernés. Cette voie, qui constitue assurément un progrès par rapport à la méthode bilatérale, est celle qu'a empruntée le législateur européen. Elle semble s'être également imposée dans les discussions en cours à La Haye. Avant d'expliquer quelles difficultés elle soulève, on va voir que le chemin vers une définition autonome a été long.

616. **A l'origine, la jurisprudence *Zelger*** – Dans sa version originale, l'article 21 de la Convention de Bruxelles, qui pose le principe de la priorité chronologique, ne contenait pas de définition du moment de la saisine. Il s'agissait là d'un choix délibéré des rédacteurs de la Convention.<sup>2801</sup> La question ne manqua pas d'être soulevée dans les premières années d'application de la Convention. Les premières décisions et commentaires penchaient pour l'application distributive des lois nationales, sans que cette méthode pu toutefois convaincre tout le monde.<sup>2802</sup>

L'incertitude poussa la Cour d'Appel de Munich à soumettre la question à la Cour dans l'affaire *Zelger*.<sup>2803</sup> En l'espèce le litige opposait un commerçant allemand, *Zelger*, à un citoyen italien, *Salinitri*, à qui il demandait le remboursement du solde d'un prêt. L'assignation avait été remise au tribunal allemand en août 1976 et signifiée en janvier 1977. Entre temps, le même demandeur avait formé une autre action en Italie, par l'assignation remise en septembre 1976 et signifiée au défendeur deux jours plus tard. Celui-ci invoqua l'exception de litispendance pour paralyser la procédure allemande. Se posait dès lors la question de savoir à quelle date celle-ci était réputée avoir été engagée. Le Landgericht accueillit l'exception et fit application du droit allemand pour déterminer le moment de la saisine. Il estima qu'en vertu de ce droit, le tribunal n'était saisi que lorsque la citation est signifiée au défendeur.<sup>2804</sup> Or la signification 'italienne' précédait la signification 'allemande'. Le demandeur contesta cette décision en arguant qu'au sens de la Convention le tribunal allemand avait été saisi au moment de la remise de l'assignation au tribunal.<sup>2805</sup>

<sup>2801</sup> Le Rapport Jenard abandonne expressément cette question au droit national, indiquant qu'il n'y avait pas lieu de préciser dans le texte le moment à partir duquel un procès doit être considéré comme pendent. (J.O., 1979, C-59/41). V. également le Rapport Schlosser (J.O.C.E., C-59-126, n° 182, qui précise que "Aux fins de l'article 21 de la Convention, c'est le moment auquel il y a litispendance selon le droit procédural national qui est déterminant).

<sup>2802</sup> P. ex. G. A. L. DROZ, 1972, 190, notes 2 et 3 (l'auteur se déclare, sans plus de précision, en faveur d'une application des normes procédurales du for). V. déjà TGI Dunkerke, 18 avril 1984, J.D.L., 1986, 966, note A. HUET (application du droit belge pour déterminer la date de saisine du juge belge).

<sup>2803</sup> C.J.C.E., 7 juin 1984, *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salinitri*, affaire 129/83, Rec., 1984, 2397.

<sup>2804</sup> Supra n° 607, §§261-1 et 254-1 ZPO.

<sup>2805</sup> Le demandeur fondait son raisonnement sur la différence entre le mot employé à l'article 21 ("anhängig") et l'expression utilisée par l'article 22 ("erhoben"); en droit judiciaire allemand, un litige est "anhängig" lorsque la citation est mise au rôle, mais il n'est "erhoben" qu'à la signification. Il opposait également l'expression "anhängig" de l'article 21 au concept allemand de "rechtsanhängig", qui suppose la notification de la demande au défendeur. Sur la valeur de cet argument, v. D. HOLLEAUX, note sous *Zelger*, R.C.D.I.P., 1985, (378), 380.

617. A l'origine, la jurisprudence *Zelger* (suite) – Au lieu de chercher à développer une interprétation communautaire, la Cour estima que le moment où le tribunal est saisi devait être déterminé conformément au droit national de chacun des tribunaux concernés. Elle ne subordonna cette référence au droit national qu'à la condition que la saisine soit 'définitive' selon les règles de ce droit.<sup>2806</sup> Selon la Cour, "doit être considérée comme première saisine la juridiction devant laquelle ont été remplies en premier lieu les conditions permettant de conclure à une litispendance définitive, ces conditions devant être appréciées selon la loi nationale de chacune des juridictions concernées".<sup>2807</sup>

On s'est ému à l'époque de la timidité de la Cour<sup>2808</sup> – en particulier au vu de son penchant 'naturel' pour l'interprétation autonome des dispositions de la Convention.<sup>2809</sup> Il faut cependant reconnaître que l'exercice auquel on lui demandait de se livrer était d'une grande difficulté – à tel point qu'on peut douter qu'il y ait eu place en l'espèce pour une règle de création jurisprudentielle. Avec l'arrêt *Zelger*, la méthode distributive s'est imposée au sein de l'espace judiciaire européen. Il n'a pas fallu longtemps aux observateurs pour souligner les nombreuses difficultés que soulève cette méthode (*supra*, n° 601) et souhaiter l'introduction d'une solution alternative. C'est dorénavant chose faite avec l'avènement du Règlement 44/2001. L'intervention du législateur européen a toutefois été précédée par un remarquable mouvement de fond qui a contribué à gommer les excès les plus néfastes de l'application distributive des lois nationales.

618. La litispendance 'définitive' – un début de définition communautaire - On se rappellera que la Cour de Justice a dans l'arrêt *Zelger* sommé les tribunaux des Etats membres de rechercher dans le droit national des deux fors concernés si étaient remplies "les conditions permettant de conclure à une litispendance *définitive* [...]".<sup>2810</sup> Cette référence à la saisine 'définitive' du tribunal pouvait sans doute s'expliquer par le contexte particulier de la demande préjudicielle, et en particulier par la distinction qu'opère le droit allemand entre les deux stades de la saisine.<sup>2811</sup> Elle n'en a pas moins servi de point de départ à une réflexion visant à inscrire les règles nationales dans un modèle européen.

<sup>2806</sup> *Infra* sur ce point, n° suivant.

<sup>2807</sup> Attendu 16 et dispositif.

<sup>2808</sup> V. p. ex. la note de A. HUET, *J.D.I.*, 1985, 165-173 (M. Huet plaide pour une définition autonome de la saisine; il proposait de retenir la concept de saisine 'effective' par opposition à celui de saisine 'virtuelle'. Selon cette conception, un tribunal ne devait être considéré comme saisi au sens de l'article 21, qu'à partir du moment où, selon la loi du for, il est inclus dans le lien d'instance, c'est-à-dire à partir de l'acte procédural qui déclenche l'activité juridictionnelle du tribunal et l'oblige à statuer sous peine de déni de justice (*J.D.I.*, 1985, spéc. 171-172). V. également H. LINKE, "Quelques observations relatives à la litispendance et à la reconnaissance des jugements", in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Londres, Butterworths, 1993, 179.

<sup>2809</sup> On sait en effet que la Cour se montre traditionnellement favorable à une interprétation autonome des dispositions de la Convention, c'est-à-dire indépendante de la signification que les concepts reçoivent en droit national. V. p. ex. A. BRIGGS et P. REES, 1997, 13-14 ainsi que en général A. NUYTS, "Questions de procédure : la difficile coexistence des règles conventionnelles et nationales", in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, (235), 235-243. Rappelons toutefois que la Cour, si elle donne l'impression d'œuvrer systématiquement pour une interprétation 'européenne', n'a jamais exclu le recours à une interprétation nationale, pas plus d'ailleurs qu'elle n'a fait de l'interprétation autonome la règle et de l'interprétation nationale l'exception. V. C.J.C.E., 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik AG c. Giulio Palumbo*, affaire 144/86, *Recueil*, 1987, 4861, point 7 ; C.J.C.E., 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde*, aff. C-440/97, *Rec.*, 1999, I-6307, point 12.

<sup>2810</sup> Attendu 16, nous soulignons.

<sup>2811</sup> *Supra* n° précédent. V. H. DUINTEJER TEBBENS, *l.c.*, in *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales. Una reflexión preliminar española*, A. BORRAS (éd.), Madrid, Marcial Pons, 1998, 50 selon qui la référence à la litispendance 'définitive' ne peut se comprendre que dans le contexte allemand. V. également les observations de HUET, note sous *Zelger*, *J.D.I.*, 1985, (165), 166-169, qui regrette l'incertitude qu'amène l'introduction de l'expression litispendance 'définitive'.

Cette réflexion s'appuie sur la constatation qu'il peut être un peu court, pour déterminer le moment de la saisine aux fins de la litispendance européenne, de s'en référer à la définition traditionnelle que donne le droit national de cet instant. On ne saurait en effet ignorer que les litiges internationaux, fussent-ils européens, suscitent des questions et des inquiétudes différentes de celles que soulèvent les litiges purement nationaux. Il faut donc, comme l'a fait remarquer un juge anglais, "se méfier de l'adoption et de l'application de règle élaborée à une fin différente et dans des circonstances différentes".<sup>2812</sup>

Ceci est d'autant plus vrai que la plupart des règles nationales relatives à la date de saisine ont été pensées pour des questions telles que la prescription de l'action ou l'introduction de voies de recours, et non pas dans le cadre particulier d'une règle de litispendance, encore moins une règle internationale. On ne peut exclure qu'un débat spécifique sur la portée de la saisine dans le contexte particulier de l'article 21 conduise au rejet de la solution nationale, jugée inadaptée. Il y a d'autant plus matière à débat que la saisine d'un tribunal se décompose en plusieurs étapes, qui n'ont pas toutes la même valeur. Certaines des formalités qui conduisent à la saisine sont ainsi réversibles, en ce sens que le demandeur peut y mettre fin sans être soumis aux règles relatives au désistement d'instance.<sup>2813</sup> On peut dès lors penser que ce n'est pas sans raison que la Cour de Justice a imposé de choisir, parmi les formalités prescrites par la loi nationale, celle qui rendait la saisine 'définitive'.<sup>2814</sup> Ces réflexions ont trouvé écho dans les jurisprudences anglaise et suisse, les seules juridictions qui à notre connaissance, aient abordés la question de la date de saisine en tenant dûment compte de la spécificité de l'article 21.<sup>2815</sup>

**619. La litispendance 'définitive' - un début de définition communautaire (suite) - les jurisprudences anglaise et suisse** - On a étudié l'importante évolution qu'a connue la jurisprudence anglaise sur la question de la définition de la date de la saisine (*supra*, n° 602). La Cour d'Appel s'est expressément référée dans l'affaire *Dresser* à la décision *Zelger*, en notant que le simple enregistrement de la demande auprès du tribunal ne suffisait pas à créer le lien d'instance nécessaire à la saisine, le demandeur étant libre de renoncer à faire signifier le *writ*. L'enregistrement ne constitue en effet qu'un acte purement technique, qui ne nécessite pas l'intervention du juge mais tombe sous la seule responsabilité d'un greffier ('court officer'). La Cour d'Appel en conclut que retenir l'enregistrement de la demande comme moment décisif serait "*artificial, far-fetched and wrong*".<sup>2816</sup>

Le Tribunal fédéral suisse a été encore plus clair. Dans l'affaire *Polly Peck* déjà évoquée, le Tribunal s'est directement inspiré de la jurisprudence *Zelger* pour en déduire que "la litispendance selon l'article 21 de la Convention de Lugano présuppose un lien minimum

<sup>2812</sup> *Dresser UK Ltd. and others c Falcongate Freight Management Ltd. and others (The Duke of Yare)* [1992] 2 All ER (450), 460 H (par Bingham LJ).

<sup>2813</sup> Il en va ainsi en droit belge d'une citation qui aurait été signifiée sans avoir fait l'objet d'un dépôt au greffe.

<sup>2814</sup> V. en ce sens l'analyse de MM. Born et Fallon, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1983-1985)", *J.T.*, 1987, (457), n° 64, qui expliquent que la Cour n'a renvoyé « aux lois nationales que pour déterminer à quel moment chaque juridiction est définitivement saisie [...] et que ce moment est seul à considérer pour l'application de l'article 21, même si une ou chacune des lois nationales consultées déduit la saisine d'une formalité qui est réversible [...] », opinion reprise par ces mêmes auteurs dans leur étude parue en 2001, Larquier, Bruxelles, 425-426, n° 216.

<sup>2815</sup> Cfr. *Dresser UK Ltd. and others c Falcongate Freight Management Ltd. and others (The Duke of Yare)* [1992] 2 All ER 450 et en Suisse, BGer., 26 septembre 1997, ATF 123 [1997] II 44 et l'affaire jumelle devant les tribunaux anglais : *Polly Peck International plc c Citibank NA* [1994] I.L.Pr. 71.

<sup>2816</sup> *Dresser (U.K.) Ltd. v. Falcongate Freight Management Ltd.*, [1992] 2 All ER 450 at 467 (Binham LJ).

du demandeur avec le procès (“*minimale Bindung des Klägers an der Prozess*”), qui ne peut être établi que sur la base de l’organisation concrète de la procédure interne [...]”<sup>2817</sup> Le Tribunal en a conclu qu’il fallait examiner dans chaque cas d’espèce si l’acte procédural invoqué faisait naître le lien minimal nécessaire pour qu’on puisse parler de litispendance définitive.<sup>2818</sup>

**620. La litispendance ‘définitive’ – un début de définition communautaire (suite et fin)** - En somme la position des tribunaux anglais et suisses aboutit à créer une définition *semi-autonome* du moment de la saisine. En principe, il appartient au droit national de préciser quelle étape est jugée décisive, mais cette détermination est ensuite soumise à l’épreuve du droit européen, qui conserve le dernier mot.<sup>2819</sup> Les développements suisses et anglais sont d’autant plus remarquables qu’ils aboutissent à faire basculer ces deux pays dans le camp des ‘lièvres’, qui se feront dépasser par les pays ‘tortues’. On ne peut donc reprocher à cette jurisprudence d’agir pour le seul intérêt des tribunaux nationaux. Au contraire, ces derniers en sont désavantagés dans la course au for.<sup>2820</sup>

Le désavantage n’aura toutefois lieu d’être que si la réflexion s’arrêtait là et le mouvement ne touchait pas les autres juridictions. Or on constate que la remise en question des principes traditionnels a reçu l’appui de la doctrine. M. Möller en particulier s’est inspiré de l’exemple anglais pour appeler à une révision de la position des pays Scandinaves.<sup>2821</sup> Il explique que les règles finlandaises et suédoises, selon lesquelles une action est réputée pendante dès que la citation a été enregistrée auprès du tribunal, ne sont pas de nature à créer la litispendance ‘définitive’ qu’exige la Cour.<sup>2822</sup>

On ne peut que se féliciter de cette réflexion de fond, qui a contribué à rapprocher les pratiques des Etats.<sup>2823</sup> Il reste que cette forme d’harmonisation ‘douce’ et ‘spontanée’, si elle peut contribuer à réduire les inégalités, ne permettra pas de mettre fin à tous les abus. Les modalités de la signification au défendeur, par exemple, pourront toujours varier d’un pays à l’autre et être source d’inégalités. Une réflexion spécifique sur le concept de saisine, si elle est bienvenue, ne pourra donc pas faire un sort à tous les problèmes. On

<sup>2817</sup> ATF 123 III 414, 427.

<sup>2818</sup> En l’espèce le tribunal fédéral a constaté que la citation en conciliation ne liait pas outre mesure le demandeur puisque celui-ci est libre de poursuivre ou non la procédure après en avoir obtenu l’autorisation du juge qui constate qu’il n’y a pas de possibilité de conciliation.

<sup>2819</sup> *Comp.* avec la situation suisse où la définition de l’article 9(2) de la LFDIP n’est que semi-fédérale, ici aussi le droit cantonal doit être appliqué en tenant compte du critère fédéral qui impose de tenir compte du « premier acte procédural nécessaire ».

<sup>2820</sup> On ajoutera que la jurisprudence suisse, rendue sous l’égide de la Convention de Lugano, contribue à assurer l’uniformité d’interprétation des Conventions puisque le Tribunal Fédéral s’est directement inspiré de la jurisprudence de la Cour de Justice, v. sur ce point, H. DUINJER TEBBENS, *l.c.*, *Yearb. P.I.L.*, 2001, (1), 7-8.

<sup>2821</sup> G. MÖLLER, “The Date Upon Which a Finnish and a Swedish Court Become Seised for the Purpose of the European Judgment Conventions”, in *E Phoribus Urum Liber Amicorum G.A.L. Draz*, A. BORRAS et al. (éds.), Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, 219-233.

<sup>2822</sup> *Spéc.* pp. 230-233. On peut faire observer que cette semi-communautarisation de la date de la saisine avait déjà été préconisée par l’Avocat Général Mancini dans ses conclusions précédant l’arrêt Zelger. A ses yeux, la définition nationale de la saisine ne pouvait être retenue que si la saisine ainsi définie suivait la signification de la citation au défendeur. Il justifiait cette approche conditionnelle par la nécessité de protéger le défendeur, *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salintri*, affaire 129/83, *Rec.*, 1984, 2414-2415, § 5.

<sup>2823</sup> V. cependant les critiques de B. DUTOIT, *l.c.*, *Mélanges Pouchet.*, qui reproche en particulier au Tribunal Fédéral d’avoir déduit de l’arrêt Zelger ce que la Cour n’a pas dit. Selon M. Dutoit, la Cour a entendu laisser « toute latitude » (p. 26) aux droits nationaux et il serait erroné de vouloir lire dans l’arrêt Zelger une quelconque référence à une litispendance « définitive ».

doit donc se réjouir que le législateur européen ait pris l'initiative d'intervenir lors de la récente révision de la Convention de Bruxelles.

**621. Une définition autonome du moment de la saisine – le modèle européen** – Après de longues négociations – selon un observateur, ce point a été parmi les plus difficiles du processus de révision – les pays membres de l'espace judiciaire européen sont parvenus à s'accorder sur une définition *matérielle* du moment de la saisine. Entre temps cette définition a également été adoptée dans le cadre du règlement européen dit de Bruxelles II.<sup>2824</sup> Avec l'entrée en vigueur du Règlement 44/2001, c'est en donc fini de l'application bilatérale des lois nationales. Une ère nouvelle s'ouvre, qui verra les plaideurs européens jugés selon les mêmes critères, et la course au for se dérouler de façon plus équitable. Avant d'examiner la solution retenue au niveau européen, et de la comparer avec celle qui figure dans le projet de Convention de La Haye, il nous paraît utile de revenir sur l'*enjeu* de la discussion.

**622. Les difficultés d'une règle autonome – la notion de saisine** – S'agissant de construire une règle matérielle portant définition uniforme du moment de la saisine, plusieurs options s'offraient au législateur européen. Pour mesurer la portée de la solution retenue, il n'est pas inutile de passer en revue les avantages et les inconvénients des alternatives qui ont été écartées. Ces solutions ne peuvent se comprendre sans une réflexion préalable sur le concept de saisine.

La saisine du tribunal implique que le demandeur fasse connaître son intention d'introduire une action aux deux autres acteurs du procès, d'une part la partie adverse et d'autre part le tribunal. Le processus d'information du tribunal et du défendeur donne lieu en règle générale à deux actes de nature différente, d'une part la mise au rôle ou enregistrement de la requête et d'autre part la signification ou notification d'un acte au défendeur. On observe à cet égard une grande diversité selon les pays, non seulement en ce qui concerne les formes et les dénominations (la requête peut par exemple être véritablement enregistrée ou mise au rôle après un certain contrôle par le tribunal, ou simplement 'visée' sans aucune approbation ou examen), mais aussi le rôle de chaque partie (p.ex. signification opérée par le tribunal comme en Allemagne ou à l'initiative du demandeur), les conséquences de chacun des deux actes (p.ex. interruption de la prescription, possibilité de se désister, etc.) ainsi que l'ordre chronologique dans lequel les deux formalités s'accomplissent.<sup>2825</sup> Cette diversité empêche de raisonner à partir d'un seul système pour l'extrapoler à tous les autres.<sup>2826</sup> Pour construire une règle autonome, il faut véritablement faire abstraction des conceptions nationales.

Le lien d'instance au sens propre de ce terme, ne sera 'parfait' qu'une fois les deux formalités remplies. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que la saisine ne peut être acquise aux fins de la règle de déférence que moyennant cette double formalité. Encore faut-il tenir compte du but assigné à cette règle, qui ne requiert pas nécessairement que le

<sup>2824</sup> Article 11. Observons que la Convention dont ce règlement s'inspire, ne prévoyait pas de règle autonome sur le moment de la saisine (article 11, texte paru au *J.O.C.E.*, 16 juillet 1998, C-221/4). Le Rapport Borrás contenait de nombreuses observations sur cette disposition (*J.O.C.E.*, C-221/45 à 47) mais ne mentionnait même pas la question de la définition du moment de la saisine. Les observateurs avaient critiqué la Convention sous cet aspect, p. ex. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "Marriage Dissolution in an Integrated Europe...", *Yearbook PIL*, 1999, (1), 18-19.

<sup>2825</sup> En Allemagne par exemple la remise au greffe précède la notification de la demande au défendeur, tandis qu'en France elle la suit.

<sup>2826</sup> *Comp.* A. HUET, note sous Zelger, *J.D.I.*, 1985, spéc. 171-172, qui semble prendre comme point de départ la conception française.



lien d'instance soit parfait. Comme on l'a fait remarquer, il peut paraître souhaitable que le tribunal soit réputé saisi *le plus tôt possible*, pour que la règle d'abstention puisse dès le début jouer pleinement son rôle et prévenir la duplication du travail judiciaire.<sup>2827</sup> D'autre part il faut éviter qu'une détermination trop hâtive ne se heurte à une déclaration future d'incompétence.

Ceci étant acquis, plusieurs alternatives sont possibles. La première consiste à retenir comme point de départ la formalité du dépôt au greffe.

**623. Mise au rôle ou dépôt au greffe comme moment déterminant** - Une définition matérielle peut prendre modèle sur les pays scandinaves et réputer la saisine acquise au jour de la remise ou de l'enregistrement de la citation au tribunal. Une telle règle présenterait l'avantage de la simplicité et de la certitude puisqu'il suffirait de contrôler les registres des greffes respectifs. Toutefois, la date d'enregistrement de la citation ne saurait être retenue comme norme sans sacrifier les intérêts de pays comme la Belgique ou la France, où la citation est enregistrée auprès du tribunal après avoir été signifiée au défendeur. Retenir cette date aboutirait en effet à désavantager les demandeurs désireux de saisir un tribunal de ces pays, puisqu'ils devraient attendre que la signification soit effectuée pour demander la mise au rôle et ainsi créer l'état de litispendance. On hésitera en outre à conférer un quelconque rôle à ce qui ne représente qu'une démarche préliminaire.

L'enregistrement ou la délivrance de la citation n'est en effet qu'une formalité purement administrative dans certains pays comme l'Angleterre, où elle consiste à présenter au greffe du tribunal approprié un document qui, après paiement de la redevance, est muni du sceau officiel du tribunal portant la date de délivrance. Pour les affaires relevant de la Convention, la délivrance d'une citation ne nécessite aucun contrôle substantiel de la part du tribunal. Une fois le 'writ' émis, le juge n'a plus le contrôle sur la suite de la procédure menant à la saisine, puisque la signification est du ressort du demandeur. Celui-ci peut renoncer à faire signifier le *writ* sans que ce désistement soit soumis à un contrôle du juge. Ce caractère hautement précaire de l'enregistrement explique pourquoi les juridictions anglaises répugnent à retenir cette date pour les besoins de la litispendance européenne (*supra*).

En elle-même, la mise au rôle ne convient donc pas. On a dès lors proposé de ne retenir cette date que si la signification a lieu dans les 6 mois qui suivent (condition résolutoire). Cette solution, qui n'accorde un effet déterminant à la mise au rôle ou à l'enregistrement que de façon rétroactive, ne paraît pas non plus être de nature à résoudre les difficultés. Outre que le délai de 6 mois (ou tout autre délai) est arbitraire, l'effet rétroactif peut porter atteinte à la sécurité juridique. De plus, les pays dans lesquels la mise au rôle précède la signification conservent leur avantage décisif. Les possibilités d'abus ne disparaissent pas.

**624. La signification de la citation introductive d'instance comme moment déterminant** - Si la date de dépôt au greffe n'est pas satisfaisante, la date de signification de l'acte introductif d'instance ne présente pas moins de difficultés. L'inconvénient majeur de cette solution est qu'elle impose de s'accorder sur une définition uniforme du moment où la signification est réputée avoir lieu. Rien ne sert en effet d'élever la signification au rang de date charnière si les Etats s'opposent quant à la définition du

<sup>2827</sup> A. HÜET, note sous Zelger, *J.D.I.*, 1985, 171-172.

moment de cette étape. Or l'uniformité est en cette matière loin d'avoir été réalisée. La signification internationale s'opère par la transmission de l'acte, de façon plus ou moins directe, par le biais d'une série d'intermédiaires, de l'auteur de la requête au destinataire. Tout le problème consiste à déterminer à quel moment précis la signification est réputée avoir eu lieu, c'est-à-dire à sélectionner et à définir de façon précise une des étapes de la chaîne de transmission.

On connaît les difficultés qu'a suscité cette question sous l'empire de la Convention de La Haye de 1965, qui ne se prononce pas sur la date à laquelle la signification est réputée avoir eu lieu. La Cour de Cassation belge a ainsi décidé que lorsque la signification s'opère sous la forme d'une demande adressée sous pli recommandé par l'huissier de justice du pays requérant à l'autorité centrale du pays requis (article 3 de la Convention de La Haye), la signification « est accomplie par la remise de l'acte aux services de la poste contre le récépissé de l'envoi recommandé ». <sup>2828</sup> C'est donc la théorie de l'*expédition* qui s'applique. Rien ne garantit toutefois que les tribunaux des autres Etats contractants s'inclineront devant cette interprétation, d'autant plus que celle-ci n'est pas sans poser un sérieux problème de respect des droits de la défense.

Les difficiles relations belgo-allemandes illustrent bien les dérives auxquelles peut mener l'absence de définition uniforme. La Belgique et l'Allemagne ont conclu en 1959 un accord bilatéral visant à faciliter la transmission des actes, rendue plus difficile par le refus de l'Allemagne de reconnaître la transmission par voie postale. L'accord ne contient aucune précision sur la date de signification. La Cour de cassation est dès lors intervenue, qui a adopté une variante de la théorie de l'*expédition*, en décidant que la signification produit ses effets « au moment où le président du Landgericht ou de l'Amtsgericht dans le ressort duquel se trouve le destinataire, reçoit l'acte à remettre à celui-ci ». <sup>2829</sup> Le problème est que cette jurisprudence va à l'encontre de ce que décident les tribunaux allemands. <sup>2830</sup> Les jurisprudences divergentes, outre qu'elles mettent en péril les intérêts des justiciables qui risquent de voir les décisions qu'ils obtiennent dans un pays privée d'effet dans l'autre, <sup>2831</sup> jettent un doute sur l'adéquation de la signification comme date charnière.

<sup>2828</sup> Cass., 20 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, 841.

<sup>2829</sup> Cass., 8 juin 1988, *J.T.*, 1988, 842 ; Cass., 9 décembre 1996, *J.T.*, 1997, 710 et déjà Cass., 4 mars 1954, *Pas.*, 1954, I, 577. Les tribunaux du fond ne sont pas toujours en harmonie avec cette jurisprudence, v. Anvers, 16 mars 1998, *R.D.C.B.*, 1998, 340 (résumé par H. VAN HOUTTE); *R.W.*, 1999-00, 643, note J. LAENENS (selon la Cour, le moment de la signification d'une décision belge en Allemagne - comme point de départ du délai pour interjeter appel, est la date où le jugement a été mis entre les mains de la partie au procès par l'Amtsgericht et non le moment où celui-ci reçoit la demande de signification). La solution est différente lorsque la citation est transmise par le biais de l'article IV du Protocole à la Convention de Bruxelles, qui organise une transmission directe d'huissier à huissier. Dans ce cas, la Cour de cassation a décidé que la signification avait lieu au jour de la remise de la copie de l'exploit à son destinataire par l'officier ministériel étranger (Cass., 19 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 331). V. à ce propos, Civ. Liège, 3 mai 2001, *Revue en ligne du barreau de Liège*, [www.barreaudeliège.be], visité le 17 avril 2002 (instances concurrentes en divorce engagée en France et en Belgique, le tribunal décide que la date de signification est décisive pour déterminer la date de la saisine du juge belge. La citation avait été transmise par le biais de l'article IV du Protocole, le tribunal retient donc la date de remise par l'officier ministériel français, soit après la date de saisine du juge français. Celui-ci bénéficiait donc de la primauté de saisine).

<sup>2830</sup> V. H. BORN, « Les significations transfrontalières : analyse critique des thèses en présence à partir des difficultés liées à l'application de l'accord belgo-allemand du 25 avril 1959 et de l'article 15 de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 », in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al (éds.), Bruxelles, Bruylant, 325-347 ainsi que G. DE LEVAL, « Significations en Allemagne et droits de la défense », note sous Liège, 26 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1994, 920 et du même, note sous Liège, 18 janvier 1996, *R.J.D.P.*, 1996, 134-135. *Adde* H. VAN HOUTTE, *l.c.*, *R.D.C.B.*, 1996, 818 e.s.

<sup>2831</sup> Puisqu'en règle générale, la régularité de la signification de la citation constitue un des éléments du contrôle de la décision étrangère par le juge requis, v. par exemple art. 34-2° du Règlement 44/2001.

Les espoirs qui ont pu naître dans le contexte européen des travaux ayant mené à la Convention<sup>2832</sup> et au règlement sur la signification<sup>2833</sup> ont été déçus. Non seulement le règlement laisse-t-il subsister de façon concurrente plusieurs modes de signification, mais de plus l'article 9 du règlement se contente de renvoyer au droit national de l'Etat dans lequel la signification a eu lieu pour la détermination de la date de signification. Cette même disposition ouvre d'ailleurs la possibilité de retenir une autre date pour la signification lorsque les intérêts du demandeur sont en jeu. Dans ce cas ce n'est pas le droit de l'Etat requis, mais bien celui de l'Etat d'origine qui déterminera la date de la signification.<sup>2834</sup> Même si la référence aux intérêts de l'une ou l'autre partie est ambiguë, la détermination de la date de signification d'un acte introductif d'instance concerne au premier chef le défendeur, et en particulier la possibilité qui lui est donnée de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense. C'est donc en principe le droit de l'Etat où a lieu la signification qui s'applique.<sup>2835</sup> L'introduction d'une règle uniforme de conflit constitue en soi déjà une avancée remarquable,<sup>2836</sup> même si les Etats membres ont par le jeu des réserves limité la portée de cette disposition.<sup>2837</sup> Dans le cas de procédures concurrentes, l'article 9 n'empêchera pas deux droits nationaux de s'appliquer pour déterminer le moment de la saisine des deux juges. Or, comme on l'a expliqué,

- 
- <sup>2832</sup> Convention sur la signification, entre Etats Membres de l'Union européenne, de documents judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale du 26 mai 1997, *J.O.C.E.*, 1997, C-261/1.
- <sup>2833</sup> Règlement n° 1348/2000 du Conseil du 29 juin 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, 30 juin 2000, L-160/37 e.s.
- <sup>2834</sup> Le Règlement introduit ainsi le système de la double date pour déterminer la date de signification. Le droit de l'Etat d'origine sera décisif chaque fois que les intérêts du requérant sont en jeu, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer si une demande ou une voie de recours a été introduite dans les délais impartis. D'autre part, la règle générale qui impose l'application du droit de l'Etat requis permet de prendre en compte les intérêts du défendeur, en ne faisant courir la signification qu'au moment où il aura été à même de prendre effectivement connaissance de l'acte, ou à tout autre moment que le droit de l'Etat de destination juge bon d'imposer. Sur le système de la double date, v. avant tout G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », in *Droit du contentieux. Travaux de la CUP*, vol. X, septembre 1995, spéc. pp. 17-20, nos. 3-5 ainsi que J. LAENENS, « De kennisgeving van een beslissing als vertrekpunt van een vervaltermijn », note sous Cass., 9 décembre 1996, *R.W.*, 1997-98, 82 ainsi que J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La notification en droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de la réception et de l'expédition », note sous Cass., 20 février 1998, *R.C.J.B.*, 1999, 193-238, spéc. 235-237.
- <sup>2835</sup> L'exception prévue au second paragraphe de l'article 9 vise principalement l'hypothèse dans laquelle la date de signification se révèle importante pour le calcul d'un délai de prescription, par exemple du droit d'action ou encore pour déterminer si le délai prescrit pour l'introduction d'un recours a été respecté. V. à ce propos le Rapport explicatif relatif à la Convention, *J.O.C.E.*, C-261/26, 27 août 1997, ad art. 9. Les Etats membres ont toutefois largement modifié ce schéma de base par les nombreuses déclarations qu'ils ont faites au titre de l'article 9, al 3, conférant une portée tantôt étendue, tantôt plus étroite au premier et au second paragraphe.
- <sup>2836</sup> *Comp.* avec les réflexions de Mme. M. DOUCHY, « Du conflit de conventions au conflit de sources (droit international privé / droit communautaire) », *L'Institier de justice*, 2001, (1), 8-14 pour qui l'incertitude que laisse subsister l'article 9 ruine l'entreprise européenne et lui enlève toute valeur, au point qu'elle se demande si « ce règlement tout juste entré en vigueur [...] n'est pas en définitive mort-né » (p. 11). Cette évaluation nous semble excessive. Autant il est vrai que le Règlement européen sur la signification est un véritable 'gruyère', laissant subsister de nombreuses incertitudes, autant il met en place une formule de transmission des actes qui pourrait se révéler très efficace, dès lors que les Etats adhèrent pleinement à l'idée d'une transmission directe entre entités décentralisées. Il faudra sans doute attendre qu'un nouveau Règlement répare les erreurs et comble les lacunes du premier pour que ce mécanisme puisse porter tous ses fruits.
- <sup>2837</sup> Le Règlement autorise en effet les Etats à formuler des réserves à l'égard de l'article 9, possibilité qui était déjà prévue par la Convention. Une dérogation éventuelle ne sera toutefois valable que pour une période de 5 ans, et à condition que l'Etat puisse invoquer des « motifs valables ». Les Etats membres étaient invités à faire connaître leurs éventuelles dérogations avant le 31 mai 2001. Comme l'indiquent G. de Leval et M. Lebois, « [c]ette faculté de dérogation risque [...] de compromettre l'application uniforme du Règlement » : G. DE LEVAL et M. DUBOIS, « Betekening in de Europese Unie op grond van Verordening 1348/2000 van 29 mei 2000 », in *Het nieuwe Europees ipr : van verdrag naar verordening*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (eds.), Antwerp, Intersentia, 2001, (169), 192.

« l'événement dont la date est prise en compte [pour déterminer le moment de la signification] varie d'un Etat membre à l'autre ».<sup>2838</sup>

De plus l'article 9 n'a pas vocation à s'appliquer aux significations réalisées par les modes subsidiaires de transmission, qui sont tolérés par le Règlement, comme la signification par voie postale (art. 14). Or il n'est pas exclu qu'une transmission par cette voie soit plus rapide que la signification par le biais des entités d'origine et requise. On doit donc s'attendre à ce qu'en pratique les justiciables aient fréquemment recours à ces modes subsidiaires. La logique veut alors que l'on retienne la date de la première transmission utile, pour laquelle il faudra faire appel au droit national sans que l'article 9 impose le choix de l'un ou l'autre droit. Ici encore, des difficultés pourraient naître du choix par les Etats membres d'instantants différents pour réputer définitive la signification. On est donc loin de l'uniformité espérée ! Heureusement, la définition autonome retenue par le législateur européen rendra inutile le recours à l'article 9, du moins au sein de l'espace judiciaire européen (*infra*, n° 625).

Retenir la date de la signification ne fait donc que déplacer le problème, puisque l'on remplace un concept à contenu variable par un autre. Cette absence de définition uniforme n'est d'ailleurs pas le seul problème posé par la signification.

**625. La signification de la citation introductive d'instance comme moment déterminant (suite)** – Retenir la date de la signification pour déterminer l'ordre de saisine a également comme inconvénient d'enlever tout contrôle au demandeur sur celui-ci. La signification échappe en effet complètement à l'emprise du *dominus litis*. Une fois la citation remise à l'instance chargée de la notification, le demandeur n'exerce plus aucun contrôle sur les étapes suivantes. Or, comme l'écrit M. Palsson, « il semble injuste que le demandeur doive supporter le risque de retards possibles dans la procédure de signification, puisque cette procédure échappe à son contrôle ».<sup>2839</sup>

Si la signification échappe au demandeur, le défendeur lui peut exercer dans une certaine mesure une influence sur la date à laquelle un acte lui est signifié. Une partie peut en effet délibérément chercher à éviter la signification et profiter du retard ainsi créé pour intenter une action dans une autre juridiction. Enfin, la date de la signification est également source de difficultés lorsque le demandeur affronte plusieurs défendeurs. Dans ce cas, la citation peut être signifiée à chacun d'eux à des jours différents, ce qui rend plus difficile la détermination de l'instance première saisie.

Au vu de ces nombreuses difficultés, il semble difficile de greffer une définition matérielle du moment de la saisine sur la seule date de la signification. On s'oriente dès lors inévitablement vers une règle mixte.

**626. La nécessité d'une règle mixte – les travaux pionniers de la Commission Storme** – Les observations qui précèdent ont montré qu'il était difficile de choisir exclusivement l'une ou l'autre des étapes menant vers la saisine du tribunal pour construire une définition matérielle acceptable par toutes les juridictions et respectueuses de l'égalité entre parties. A vrai dire, à moins d'unifier les démarches nécessaires pour la saisine d'un tribunal, il est utopique de penser atteindre l'égalité absolue entre parties. Ce

<sup>2838</sup> Rapport sur la Convention signification, ad art. 9.

<sup>2839</sup> L. PALSSON, *loc. cit.*, in *Festkrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG et al. (éds.), Iustus Forlag, Uppsala, 1997, (709), 721. Cfr. également W. HAU, 150-151.

constat avait incité la Commission *Storme* à retenir, dans son travail d'ensemble sur le rapprochement des droits judiciaires européens,<sup>2840</sup> une double règle selon que la première étape menant à la saisine est la mise au rôle ou au contraire la signification de la citation.<sup>2841</sup> Dans le premier cas, le tribunal aurait selon la Commission été saisi à la date de mise au rôle de la citation, à condition que celle-ci soit signifiée dans les trois mois suivants. Lorsque la signification précède la mise au rôle, la procédure était au contraire réputée pendante à la date de signification, mais cette date n'aurait été décisive que si la citation est enregistrée par le tribunal «dans le délai prévu par la loi».<sup>2842</sup>

Cette première suggestion avait le mérite de reconnaître qu'une définition matérielle du moment de la saisine devait composer avec la diversité des modes de saisine. Pour savoir quand celle-ci intervient, la Commission proposait en effet de retenir non pas un seul critère, mais bien des règles différentes selon la configuration de la procédure. Cette dualité des critères doit être considérée non comme un aveu d'impuissance, mais bien comme la reconnaissance du caractère irréductible de certaines questions de procédure. La détermination du moment de la saisine n'est pas en effet une question neutre, de pure technique juridique. Elle dépend dans une large mesure de la manière dont la procédure est organisée dans chaque pays.<sup>2843</sup>

On sait par exemple qu'en Allemagne, c'est le greffe du tribunal qui se charge de la notification de la demande au défendeur. Il est donc logique qu'en droit allemand la remise au greffe *précède* la notification, alors qu'en Belgique et en France, elle la suit. On ne saurait neutraliser ces différences sans toucher à l'organisation judiciaire même, ce qui à son tour ne manquerait pas d'avoir d'importantes répercussions sur de nombreuses autres questions.<sup>2844</sup> Le prix à payer pour aboutir à une définition matérielle du moment

<sup>2840</sup> Les travaux ont été publiés : in M. STORME et al., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, 225 p. V. sur ces propositions : H. ROTH, «Die Vorschläge der Kommission für ein Europäisches Zivilprozessgesetzbuch», *Z.Z.P.*, 1996, 271-313 et la réplique de E. SCHILKEN, *Z.Z.P.*, 1996, 315 e.s. et le compte-rendu de la discussion par E. LEMKEN, *Z.Z.P.*, 1996, 337-371; G. ROUHETIE, «Sur l'harmonisation du droit du procès civil au sein de l'Union européenne», *Justices*, 1995, 365-373; F. K. JUENGER, «Some Comments on European Procedural Harmonization», *Am J. Comp. L.*, 1997, 931 e.s.; K. KERAMEUS, «Political Integration and Procedural Convergence in the European Union», *Am J. Comp. L.*, 1997, 919 e.s.; J. NORMAND, «Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne», *Revue européenne de droit privé*, 1998, 383-399 A. STADLER, «Rechtsvereinheitlichung in Europa. Ein Plädoyer für ein einheitliches europäisches Prozessrecht», *RechtsZ.*, 1992, 290 e.s. et plus récemment F. J. A. VAN DER VELDEN, «Europees procesrecht en het verdrag van Amsterdam», in *Van Nederlands naar Europees procesrecht? Liber amicorum P. Meijnecht*, Kluwer, Deventer, 2000, 81 e.s. ainsi que B. HEB, «Aktuelle Perspektiven der europäischen Prozessrechtsangleichung», *J.Z.*, 2001, 573-683.

<sup>2841</sup> Principes 2.2.2.1 et 2.2.2.2., in *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, M. STORME et A. HUSS (éds.), Nijhoff, Dordrecht, 1994, 193. Ces principes avaient valeur générale et ne visaient pas seulement à faciliter l'application de la règle de litispendance.

<sup>2842</sup> Principes 2.2.2.1 et 2.2.2.2., in M. STORME et A. HUSS (éds.), *op. cit.*, Nijhoff, Dordrecht, 1994, 193.

<sup>2843</sup> La Cour de Justice a d'ailleurs observé dans l'arrêt *Zelger* que les formalités à accomplir pour saisir une juridiction sont «étroitement liées à l'organisation de la procédure judiciaire dans les différents Etats» (attendu 15).

<sup>2844</sup> La Commission Storme s'est bien gardée de toucher à l'organisation judiciaire. Comme le note M. Kerameus, «the organizational features of the administration of justice depend so heavily on the overall structure of the respective state as to make harmonization extremely difficult, unless one think in terms of global unification of whole legal systems» (K. KERAMEUS, «Political Integration and Procedural Convergence in the European Union», *Am J. Comp. L.*, 1997, (919), 926). M. Storme lui-même notait dans son «Rapport général introductif», (p. 23) que le Groupe de travail n'a pas touché aux règles relatives à l'organisation judiciaire et à la compétence parce que «[c]e sont en effet des domaines qui relèvent par excellence de la souveraineté de l'Etat». Sur cette question, v. également S. GOLDSTEIN, «On Comparing and Unifying Civil Procedural Systems», in *Process and Substance. Lectures on Comparative Law*, Butterworths Lectures 1994, Butterworths, Londres, 1995, (107 p.), 1-43.

Sur bien des points d'ailleurs, on a pu dire que les propositions du Groupe Storme étaient timides. D'autres diraient réalistes. L'harmonisation proposée ne concerne qu'un nombre limité de sujets. Le projet Storme se garde bien par exemple de toucher au déroulement même du procès. Sur cette limitation de l'ambition v. les commentaires

de la saisine valable universellement, ou même seulement en Europe, est sans doute trop important.<sup>2845</sup> Il faut dès lors se résoudre à une solution d'expédients, qui laisse subsister certaines inégalités.

Si la proposition du Groupe *Storme* avait le mérite de reconnaître le caractère inévitable d'une règle mixte, elle n'entamait cependant pas l'avantage que possède les pays appartenant à la première catégorie, la mise au rôle étant une question d'heures ou tout au plus de jours, alors que la signification peut d'étendre sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois. En outre, lorsque les deux tribunaux concernés appartiennent à la seconde catégorie, le problème lancinant de la date de signification restait entier.

**627. Poursuite de l'expérience d'une règle complexe - le Règlement 44/2001 -** La suggestion du groupe *Storme* était loin d'être parfaite. Elle jetait néanmoins les fondements d'une réflexion qui a été poursuivie au sein de l'Union européenne lors de la révision de la Convention de Bruxelles.<sup>2846</sup> L'idée d'une règle complexe s'est facilement imposée. La définition de ses modalités a toutefois nécessité de longues négociations. La solution finalement retenue est non seulement originale ; elle est également source de progrès.

La définition adoptée dans le règlement de Bruxelles (art. 30 du règlement) - qui a également servi de base pour le règlement de Bruxelles II (art. 11 (4) du Règlement)<sup>2847</sup> -

---

de F. K. JUENGER, "Some Comments on European Procedural Harmonization", *Am J. Comp. L.*, 1997, (931), 932-933 (qui semble regretter cette évolution du projet). V. également l'observation de J. NORMAND, dans la préface de l'ouvrage, qui regrette d'avoir "manqué d'audace" (p. xii). Les propositions de la Commission *Storme* ne se contentent d'ailleurs pas de ne retenir qu'un certain nombre de questions susceptibles d'harmonisation. La flexibilité qui caractérise les règles proposées témoigne aussi de la difficulté de l'ouvrage entrepris. De nombreuses règles laissent une certaine marge de manœuvre aux Etats, que celle-ci soit accompagnée de directives (p. ex. art. 1.1 (« Chaque Etat membre doit prévoir [...] ») ; art. 2.1.1.2 (« Les procédures civiles des Etats membres devront s'orienter vers ... ») ou non (p. ex. art. 1.3 (« Il appartient aux Etats membres de déterminer éventuellement... ») ; art. 2.1.2.4 ; art. 2.1.3.1 ; art. 2.1.3.5. (il appartient à chaque législateur national d'apprécier l'opportunité d'imposer ou de recommander l'élection d'un domicile commun en cas de pluralité de parties) ; art. 3.3 (« Il appartient à chaque Etat membre de fixer le moment de la procédure... » à partir duquel les parties ne peuvent plus modifier leurs prétentions) ; art. 4.1.3 ; art. 4.1.1. (communication des documents n'est exigée que lorsque le droit national l'impose) ; art. 5 ; art. 14.3.1.1. et 14.3.1.2). Au-delà de cette flexibilité ponctuelle c'est le principe même proposé par la Commission d'adopter les règles qu'elle suggère sous forme de directive, qui traduit le souci de ne pas bouleverser les droits nationaux. V. également l'observation de G. ROUHETTE, *l.c.*, *Justicia*, 1995, 372 qui note que bien souvent, au lieu d'imposer la solution qui lui paraissait préférable, la Commission « s'est efforcée de trouver les biais techniques permettant d'atteindre un résultat jugé souhaitable, plutôt que de contraindre certains Etats à bouleverser leurs règles de fond ».

<sup>2845</sup> M. Kolber note que lors de la révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano, les Etats membres n'ont jamais envisagé de procéder à une harmonisation « der nationalem Vorschriften über die Voraussetzungen der Rechtshängigkeit » : CH. KOHLER, "Die Revision des Brüsseler und des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtliche Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen - Generalia und Gerichtsstandsproblematik", in *Revision des EuGVÜ - Neues Schiedsverfahrensrecht*, P. GOTTWALD (éd.), Bielefeld, Giesecking Verlag, 1999, (1), 25.

<sup>2846</sup> On doit se réjouir que les Etats de l'Union n'aient pas donné suite à la suggestion faite par la Commission dans la note dite 'Gradin'. La Commission suggérait dans cette note de cumuler les deux dates de l'enregistrement et de la signification, Proposition d'Acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les Etats membres de l'Union européenne des décisions en matière civile et commerciale, présentée par la Commission le 22 décembre 1997, *J.O.C.E.*, 1998, C-33/25 : « [...] lorsque la demande a été introduite auprès de ce tribunal et que l'acte introductif d'instance, ou un acte équivalent, a été signifié ou notifié au défendeur [...] ». Ce système laissait persister le doute sur la date de signification. Il a néanmoins reçu l'appui de OTTE, H. PRÜTTING et H. DEDEK, "The GROTIUS Program: Proposals for Amending Article 21 and 22 of the Brussels Convention", *Em. Rev Private L.*, 2000, (257), 276. Le système du cumul des dates de signification et de dépôt auprès du greffe avait également été suggéré à un stade préliminaire lors de négociations de La Haye, v. Doc. De Travail n° 60 du 6 mars 1998, rédigé par le délégation Suisse. Il a toutefois vite été écarté.

<sup>2847</sup> Pour une première application de cette disposition, v. Trib. Maastricht, 11 avril 2002, *N.I.P.R.*, 2002, 187, n° 100.

distingue selon que l'acte introductif d'instance doit être notifié avant d'être déposé auprès de la juridiction. Dans le premier cas, la règle s'attache non pas à la date de la signification mais bien à celle à laquelle l'autorité chargée de la notification ou de la signification a reçu l'acte. L'étape sélectionnée n'est pas, et c'est là un choix délibéré, la dernière et la plus éloignée dans le temps. Il fallait en effet éviter de reporter le moment de la saisine au dernier stade de la signification, ce qui aurait eu pour effet de désavantager les pays dans lequel l'acte doit être signifié avant d'être déposé au greffe.

Le grand avantage de cette règle est de vider de leur objet les discussions sur la date à laquelle a eu lieu la signification, question à laquelle on a vu que même les Etats membres n'avaient pu formuler une réponse uniforme. Cette question n'est plus pertinente pour la détermination du moment de la saisine.<sup>2848</sup> Encore faut-il savoir ce qu'on entend par 'autorité chargée de la notification'.<sup>2849</sup> Lorsque la signification a lieu par le biais des entités mises en place par le Règlement européen, cette expression pourrait aussi bien viser l'autorité ou l'huissier de l'Etat d'origine que l'autorité – huissier ou instance assimilée – de l'Etat requis, chargée de procéder à la transmission effective de l'acte à son destinataire.

**628. Poursuite de l'expérience d'une règle complexe – le Règlement 44/2001 (suite)** - Cette question doit être résolue à partir de l'économie des nouvelles règles européennes en matière de transmission d'actes. Le Règlement européen distingue entre la 'transmission' d'une part et la 'notification' ou 'signification' d'autre part. L'autorité chargée de cette dernière est l'autorité de l'Etat requis. La transmission désigne uniquement la communication d'une autorité à l'autre, c'est-à-dire l'opération *matérielle* qui consiste pour une autorité à envoyer une information à une autre autorité ; la signification vise l'opération *juridique* par laquelle le destinataire est officiellement informé du contenu d'un acte de procédure.<sup>2850</sup> Elle n'intervient qu'à la dernière étape, par la remise de l'acte au destinataire. Cette distinction s'explique parce que le Règlement n'a pas pour objet de substituer des règles européennes aux règles nationales portant sur la signification. Il se contente de faciliter la transmission des informations entre Etats.

Il semble dès lors qu'au fin de l'application du nouvel article 30(2), l'autorité chargée de la signification ne puisse désigner que l'autorité requise dans l'Etat où doit avoir lieu la signification.<sup>2851 2852</sup> Le juge de l'Etat d'origine sera dès lors réputé saisi lorsque l'entité

<sup>2848</sup> Au passage on remarquera qu'est consacré au niveau européen l'idée d'une date 'plurielle' pour la signification, celle-ci pouvant être réputée avoir eu lieu à des moments différents selon le contexte.

<sup>2849</sup> Il faudra également s'interroger sur la question de savoir quelle date retenir lorsque plusieurs modes de signification ont été utilisés, une pratique courante qui vise à multiplier les chances d'obtenir au plus vite une signification régulière – v. P. YERNAUX, « Le moment de la signification et le cumul des modes de signification - Utilisation de plusieurs modes de signification », in *Les Conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, Bruges, La Charte, (25), 26. Le Règlement européen ne fera sans doute pas immédiatement disparaître cette pratique, la transmission 'direct' qu'il prévoit entre autorités décentralisées devant encore faire ses preuves.

<sup>2850</sup> Pour plus de détails, v. G. DE LEVAL et M. LÉBOIS, *loc. cit.*, in *Het nieuwe Europees ipr...*, 179-184.

<sup>2851</sup> On est donc loin de la saisine 'définitive' au sens où l'entendait la Cour de Justice dans l'arrêt Zelger, *supra*, n° 616.

<sup>2852</sup> Il en ira toutefois autrement lorsqu'un acte introductif d'instance est transmis non pas par le système des entités mis en place par le Règlement, mais par un des modes subsidiaires que celui-ci tolère, sans en organiser les modalités. Parmi ces modes, la transmission par voie postale continuera sans doute à recueillir les suffrages des praticiens, qui ont l'expérience de sa fiabilité et de sa rapidité. Or, quand une citation est signifiée par voie postale, l'autorité « chargée de la signification » au sens de l'article 30(1) ne peut être que l'huissier de justice de l'Etat d'origine, qui remettra l'acte aux services postaux de sa juridiction. On peut en effet difficilement considérer que l'employé des postes qui se charge de la transmission effective de l'acte dans l'Etat de destination, procède à une signification. Partant, la date à retenir pour l'article 30 se situera en amont, à un stade fort



requis, par exemple un huissier, reçoit la demande de signification qui lui est adressée par l'entité d'origine.<sup>2853 2854</sup> Le législateur européen aurait pu retenir une étape antérieure et réputer la saisine acquise dès le moment où l'entité d'origine reçoit la demande de transmission. Cette solution, qui ne peut être retenue si l'on s'en tient au système mis en place par le Règlement sur la signification, aurait eu l'avantage de ne pas priver le demandeur du contrôle sur le moment où s'effectue la saisine, puisque c'est par ses soins que la demande de transmission est remise à l'entité d'origine. De plus on aurait ainsi garanti une plus grande égalité entre les Etats membres, puisque dans les Etats où le dépôt au greffe précède la signification, il suffit en effet au demandeur d'effectuer cette première démarche, sans qu'il soit nécessaire d'attendre une quelconque transmission.

Le demandeur qui saisit les tribunaux d'un tel Etat conserve dès lors entière maîtrise sur le moment de la saisine, au contraire du justiciable qui doit d'abord faire signifier sa requête. De plus, l'on conviendra que les deux démarches ne mettent pas les parties sur un strict pied d'égalité, la remise au greffe pouvant en règle générale être plus facilement acquise que la réception par l'entité requise de la demande de signification. Si cette option n'a toutefois pas été retenue, c'est sans doute en raison du caractère doublement précaire de la date de réception de la demande de signification par l'entité d'origine. Cette date est tout d'abord précaire parce qu'aucun texte n'impose à cette entité de la constater officiellement, ce qui ouvre la porte à toutes les dérives. Elle est également précaire parce que le demandeur peut à ce stade encore renoncer à la transmission ; il lui suffira pour cela de révoquer le mandat confié à cette fin à l'entité d'origine. On comprend dès lors pourquoi le législateur européen ne s'est pas engagé dans cette voie.

**629. Poursuite de l'expérience d'une règle complexe - le Règlement 44/2001 (suite)** - L'article 30 prévoit une autre alternative qui vise la situation dans laquelle la remise au greffe précède la signification. On a déjà expliqué que dans ce cas, le simple dépôt au greffe suffit pour saisir le tribunal aux fins de la litispendance européenne. La double règle prévue par cette disposition permet de tenir compte de la diversité des situations au sein d'un même ordre juridique. Ainsi en droit belge, lorsqu'une demande est introduite par voie de requête, celle-ci est d'abord déposée au greffe avant que le défendeur ne soit averti. Inversement une demande introduite par citation devra d'abord faire l'objet d'une signification, ou à tout le moins d'une demande à cet effet, pour pouvoir être considérée comme introduite. Les deux alternatives pourront donc être invoquées, selon le mode d'introduction retenu.

Ces deux alternatives font enfin l'objet d'une condition (résolutoire)<sup>2855</sup> commune qui vise à garantir que le demandeur ne mettra pas prématurément fin à la procédure qu'il a

---

comparable à celui retenu lorsque la signification fait suite au dépôt de la citation au greffe. Cette interprétation soulève toutefois une question, qui est celle de savoir comment sera rapportée la preuve de la date de réception du projet de citation par l'huissier. Celui-ci n'est en effet pas dans l'obligation de constater celle-ci. On retiendra dès lors plutôt la date à laquelle l'huissier remet la citation à l'administration postale, qui a l'avantage de la certitude.

<sup>2853</sup> Les commentateurs qui se sont penché sur la question sont partagé. M. Vlas (P. VLAS, "Herziening EEX : van verdrag naar verordening", *W.P.N.R.*, 2000, n° 6421, (745), 752) souscrit à l'analyse proposée ici. M. Schmidt par contre penche plutôt pour la date à laquelle l'entité d'origine reçoit la demande de signification (G. E. SCHMIDT, "De EEX-Verordening: de volgende stap in het Europese procesrecht", *N.I.P.R.* 2001, (150), 156).

<sup>2854</sup> La date de réception de la demande pourra facilement être établie. L'article 6(1) du Règlement 1348/2000 impose en effet à l'entité requise d'adresser à l'entité d'origine un accusé de réception, dont le modèle figure en annexe au Règlement. La date de réception de la demande figure en bonne place parmi les mentions obligatoires que doit compter l'accusé.

<sup>2855</sup> Il s'agit bel et bien d'une condition résolutoire. On pourrait toutefois écrire, comme le fait Ch. Kohler, que l'existence de cette condition conduit à faire dépendre le moment de la saisine du cumul des dates de la



initée. Il fallait éviter qu'un demandeur se contente de mettre en branle la mécanique de saisine sans la mener à son terme, tout en invoquant les démarches déjà accomplies pour revendiquer le bénéfice de la première saisine. C'est pourquoi la saisine n'est réputée décisive pour l'exception de litispendance, qu'à la condition que le demandeur « n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre » pour que l'acte soit notifié au demandeur ou déposé auprès de la juridiction.<sup>2856</sup> Cette condition résolutoire n'est pas affectée d'un délai précis.<sup>2857</sup> Le manque de diligence du défendeur rendra la saisine du juge caduque – du moins pour la règle de litispendance.

Le nouveau texte ne se prononce pas sur la *sanction* du manque de diligence du demandeur. Qu'arrivera-t-il si celui-ci, après avoir déposé l'acte introductif d'instance auprès de la juridiction, néglige de « prendre les mesures nécessaires » pour que cet acte soit notifié ? Dans une version antérieure, le texte indiquait qu'il fallait alors reporter le moment de la saisine au jour où le demandeur avait effectivement accompli ce que l'on attendait de lui.<sup>2858</sup> Lorsque la signification précède l'enregistrement, il s'en serait suivi que la saisine aurait été réputée acquise non pas au moment de la transmission de l'acte à l'autorité chargée de la signification, mais bien au moment où le demandeur s'est finalement résolu à prendre les mesures nécessaires pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction. Cette précision a disparu du texte définitif de l'article 30, ce qui laisse peser un doute sur la sanction éventuelle du demandeur négligent. Tout au plus peut-on déduire de l'article 30 que lorsque le demandeur néglige d'entreprendre les démarches nécessaires, il ne pourra revendiquer le bénéfice de la première étape aux fins de la litispendance européenne. Le reste est du ressort du droit national. On le voit, l'absence de sanction européenne risque de compliquer l'application de cette disposition.<sup>2859</sup>

**630. Définition autonome de la saisine en dehors du cadre européen – l'article 21(5) du projet de Convention de La Haye** - Le projet de Convention de La Haye suit largement la même voie - sans qu'il soit possible de dire exactement quel texte a inspiré l'autre <sup>2860</sup> - tout en préférant une formule plus simple. Comme pour la litispendance européenne, l'article 21 (5) du projet opère pour la règle de litispendance 'mondiale' une

---

signification et de la mise au rôle en faisant rétroagir la date de la saisine au moment de la première de ces deux étapes (*l.c.*, in *Revisión des EuGVU...*, P. GOTTWALD (éd.), (1), 25).

<sup>2856</sup> On se demandera quelles mesures le demandeur peut être tenu de prendre après qu'il ait déposé l'acte auprès du tribunal lorsque le dépôt au greffe suffit pour la saisine. Le processus de notification échappe alors à sa responsabilité, la condition ne sera dès lors pas souvent appelée à jouer – sauf à penser que le demandeur 'oublie' de communiquer les coordonnées du défendeur.

<sup>2857</sup> Dans une version antérieure citée par M. KOHLER, *l.c.*, *Revisión des EuGVU...*, P. GOTTWALD (ed.), (1), 25-26, les Etats membres avaient prévu un délai maximum de 6 ou 7 mois. La disposition envisagée précisait que "[...] à la condition que la signification au défendeur soit réalisée *dans les 6 mois qui suivent*" (nous soulignons) pour le premier cas, et pour le second cas que "l'acte d'assignation soit remis au tribunal *dans les 6 mois*" (nous soulignons). Comme le fait remarquer M. Kohler, le délai de 6 mois semble bien court puisqu'en cas de défaut du demandeur, la Convention de La Haye de 1965 ainsi que le Règlement européen sur la signification prévoient que les Etats membres peuvent autoriser leurs juridictions à statuer nonobstant le défaut du défendeur si au moins 6 mois se sont écoulés depuis la date de l'envoi de l'acte (art. 19(2)(b) du Règlement 44/2001) (*l.c.*, *Revisión des EuGVU...*, P. GOTTWALD (éd.), (1), 25, note 102).

<sup>2858</sup> Texte cité par CH. KOHLER, *l.c.*, *Revisión des EuGVU...*, P. GOTTWALD (ed.), (1), 25, note 102. Le texte précisait que "Si la signification n'est pas réalisée dans les 6 mois, le tribunal est réputé saisi lorsque la signification a lieu" et pour la seconde hypothèse, que "Si l'assignation n'est pas remise au tribunal dans les 6 mois, le tribunal est réputé saisi lorsque l'assignation est remise au tribunal".

<sup>2859</sup> Des difficultés pourraient ainsi surgir en cas de nullité de la citation signifiée, par exemple pour défaut de traduction. Sur cette hypothèse, v. Trib. Maastricht, 11 avril 2002, *N.I.P.R.*, 2002, n° 100.

<sup>2860</sup> On notera que le texte de l'article 21(5) remonte à une proposition de la délégation française (Doc. de travail n° 141 du 19 novembre 1998). Cette proposition figurait dans le projet rendu public en novembre 1998 (art. 23 du Doc. de travail n° 144).

distinction entre deux situations, selon que l'acte introductif d'instance doit être notifié ou non avant d'être déposé au tribunal.<sup>2861</sup> Les négociateurs de La Haye ont eu aussi pris soin d'isoler pour chaque alternative un moment défini de façon précise, et qui se situe à un stade préliminaire de l'engagement de la procédure. Les termes utilisés sont quasi-identiques à ceux de l'article 30 du Règlement européen, puisqu'est retenu dans un cas le dépôt de l'acte introductif d'instance au tribunal et dans l'autre la transmission de l'acte à l'autorité chargée de la signification.<sup>2862</sup> A la différence du texte européen, l'article 21(5) ne fait pas de la diligence du demandeur dans la poursuite de la saisine une condition de celle-ci. Il se peut dès lors qu'une partie entame la procédure visant à obtenir la saisine afin de garantir la priorité du for qui a sa préférence, sans avoir l'intention de poursuivre la procédure au fond. On pense par exemple au droit anglais, qui laisse entière liberté au demandeur, une fois le 'writ' enregistré, de (faire) procéder à la signification. Qu'il tarde à ordonner la signification n'empêchera pas le juge anglais d'être le premier saisi. Il aurait été à notre sens préférable de prévoir une obligation pour les demandeurs de mener à leur terme les démarches qui concrétisent la saisine.<sup>2863</sup>

L'article 21 se distingue également de la formule européenne parce qu'il laisse le choix, lorsque la signification précède l'enregistrement, entre la date de remise de l'acte à l'autorité chargée de la signification et la date de signification. Il est difficile d'apercevoir dans quelles circonstances cette dernière formalité précédera la remise à l'autorité. Enfin, l'article 21(5) impose de tenir compte, le cas échéant, du temps universel.

**631. Conclusion sur le moment de la saisine** – Des premières expériences – difficiles – avec l'application bilatérale des lois nationales des fors concurrents à l'introduction de règles matérielles autonomes garantissant l'égalité entre parties tout en respectant la diversité des procédures nationales, les progrès sont considérables. L'existence de standards uniformes ne facilite pas seulement l'application pratique de la règle de litispendance – en évitant au juge la difficile recherche du droit étranger de la procédure. Elle devrait rendre la course au for au sein de l'espace judiciaire européen et celui mis en place par la future Convention de La Haye moins inégale.<sup>2864</sup>

<sup>2861</sup> Une proposition déposée par la Suisse avait la même portée, mais traduisait l'idée de façon plus synthétique. Elle disposait que « le moment déterminant la saisie est le moment auquel l'acte introductif d'instance [...] est déposé auprès du tribunal ou, s'il est antérieur, le moment auquel un tel acte est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification » (Doc. Trav. N° 192, du 10 juin 1999).

<sup>2862</sup> La question se pose dès lors de savoir ce qu'il faut entendre par autorité chargée de la signification. Sous l'empire de la Convention de La Haye de 1965, ce serait paradoxalement l'Etat d'origine, puisque la transmission entre autorités centrales vaut dans le système de La Haye déjà signification de l'acte, du moins aux yeux de cet Etat (*supra*, sur la détermination du moment de la signification). La transmission par les autorités de l'Etat requis au destinataire n'est alors qu'une nouvelle signification. On voit que dans ce cas de figure, l'égalité entre les deux alternatives est mieux garantie puisque le moment retenu lorsque la signification précède l'enrôlement se situe moins en aval du processus d'engagement de la saisine que sous l'empire du Règlement européen.

<sup>2863</sup> Dans une rédaction antérieure, l'article 21(5) prévoyait une condition résolutoire visant à garantir que le demandeur poursuive la mise en branle de la machine judiciaire. Le Rapport de MM. *Pocar* et *Nygh* n'explique pas pourquoi cette formule a été abandonnée. Le texte proposé exigeait même que les démarches ultérieures aient lieu dans les 15 jours qui suivent le dépôt ou la remise à l'autorité chargée de la signification. La même proposition prévoyait une sanction en cas de négligence du demandeur. A défaut de poursuivre les démarches nécessaires, la saisine du tribunal était reportée à la date de la démarche non-entreprises (Doc. Travail n° 141 du 19 novembre 1998).

<sup>2864</sup> Même s'il faut avouer que le nouvel article 30 du Règlement 44/2001 peut dérouter par son apparente complexité. V. en ce sens G. A. L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *R.C.D.I.P.*, 2001, (601), 643, qui expliquent que la règle « reste finalement trop compliquée ».

Il faut se réjouir que les débats aient permis d'imposer une solution plurielle, respectueuse de la diversité des modes d'introduction des procédures. Toute autre solution méconnaîtrait la réalité de l'enracinement profond des modes d'introduction de l'instance dans le patrimoine procédural national. Certes les solutions complexes retenues ne parviendront pas à garantir l'égalité absolue entre parties. Les étapes du processus d'introduction de l'instance désignées comme étant décisives se situent toutes au début du processus qui mène à la saisine, sans toutefois nécessairement coïncider.<sup>2865</sup> En outre les règles retenues peuvent avoir comme effet qu'un tribunal soit réputé saisi avant que le défendeur ne soit informé de la mise en route de la procédure. Enfin, ni les règles européennes, ni le projet de La Haye ne mettent fin aux difficultés découlant de l'existence d'une pluralité de défendeurs,<sup>2866</sup> ni ne permettent d'ailleurs de trouver une solution à l'épineux problème que soulève l'instance en conciliation. Lorsque la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation, que celle-ci soit facultative ou obligatoire, faut-il assimiler le recours à la conciliation à l'introduction d'une procédure au fond ?<sup>2867</sup>

Il reste que ces difficultés ne doivent pas faire oublier qu'il est préférable de disposer d'une règle commune liant les Etats soumis à la même exception de litispendance, même si elle est à certains égards insatisfaisante, plutôt que de devoir recourir à l'application distributive des lois nationales. La recherche d'une solution idéale ne devrait pas empêcher les Etats parties à une convention d'atteindre ce qui doit être leur objectif premier, à savoir s'accorder sur une solution uniforme, même si elle est imparfaite.

**632. Conclusion sur le moment de la saisine (suite)** - Lorsque l'exception de déférence est le résultat de l'effort unilatéral d'un Etat, il est plus difficile d'envisager une règle matérielle qui assure l'égalité. Le souci de maintenir l'égalité n'est toutefois plus dans cette hypothèse primordial. La préoccupation première dans ce cas doit être de faciliter la tâche du juge de l'exception. Pour ce faire, les législateurs suisse et italien ont judicieusement prévu une règle permettant de déterminer sans difficulté le moment de la saisine du juge local. Cette approche est préférable aux aménagements proposés par la doctrine allemande. Le législateur peut en effet couper court à toute tentative de manœuvre des parties en réputant les tribunaux locaux saisis dès l'accomplissement de la première démarche utile pour ce faire (*supra*). Ce faisant, il ne faudrait plus craindre qu'une procédure locale se fasse 'dépasser' en cours de route par une instance étrangère pour la saisine de laquelle seule une simple formalité suffit.

Au vrai, les difficultés proviennent en grande partie d'une *méprise* qui a vu les tribunaux, en particulier les tribunaux allemands, s'inspirer, pour la définition du moment de la saisine, des conceptions qui ont cours dans la procédure interne. Or quand il s'agit de

<sup>2865</sup> On ne peut exclure qu'une partie, lorsqu'elle a le choix, opte pour l'introduction d'une demande par requête et non par citation.

<sup>2866</sup> Une version antérieure de l'article 30 du Règlement de Bruxelles, prévoyait un troisième alinéa visant spécifiquement le problème des défendeurs multiples. Ce texte prévoyait que « Im Falle mehrerer Beklagten gilt das Gericht im Hinblick auf alle Beklagten als angerufen, wenn die vorgenannten Bedingungen in bezug auf einen der Beklagten erfüllt worden sind ». Le texte prévoyait qu'un tribunal est réputé saisi à l'égard de tous les défendeurs lorsqu'il est saisi à l'égard de l'un d'entre eux, texte cité par Ch. KOHLER, *l.c.*, in *Revision des EUGVÜ...*, P. GOTTWALD (éd.), (1), 25, note 102.

<sup>2867</sup> Une version antérieure de l'article 30 du Règlement prévoyait des règles particulières pour la conciliation préalable. Le texte ne visait que « der obligatorischen Sühneverfahren », qui était assimilé à une procédure ordinaire, V. le texte cité par Ch. KOHLER, *l.c.*, in *Revision des EUGVÜ...*, P. GOTTWALD (éd.), (1), 25, note 102. M. *Markus* précise que la disparition de la référence expresse à la tentative de conciliation ne signifie pas qu'on ne doit pas tenir compte de cette procédure qui doit être assimilée à une procédure au fond (*l.c.*, R.S.D.A., 1999, 216).

litispendance internationale, les intérêts en jeu sont spécifiques. En particulier, on ne voit pas pourquoi il serait nécessaire d'insister sur une litispendance 'définitive'. Au contraire, rien n'empêche un Etat de réputer ses tribunaux saisis à un stade antérieur – au besoin en obligeant le plaideur à faire diligence pour accomplir les démarches ultérieures sous peine de perdre le bénéfice de la saisine. Il faut en conclusion regretter que le législateur belge n'ait pas jugé utile de s'inspirer de l'expérience suisse. A défaut de définition particulière dans le cadre de la nouvelle exception de litispendance, la tentation sera grande d'avoir recours aux conceptions du droit interne. Or celles-ci sont particulièrement inadaptées pour le contentieux international, puisqu'elles font dépendre la saisine de la signification de la citation. La jurisprudence belge, si elle ne veut pas être confrontée aux mêmes difficultés que la jurisprudence allemande, aura à l'avenir fort à faire pour rétablir l'équilibre entre parties que ne manquera pas de rompre une confiance trop grande dans les conceptions internes.

\* \*  
\*

## B. La chronologie procédurale : Questions de principes

**633. Deux objections de principe** – La difficile détermination du juge premier saisi, et surtout les conséquences de cette détermination sur l'égalité entre parties, hypothèquent déjà lourdement la validité de la règle de la priorité temporelle. Ce n'est pas la seule critique que l'on peut faire à la règle de primauté de la première saisine. Dans son cours sur le principe de proximité, M. Lagarde fustigeait déjà la « détermination quasi-mécanique de la priorité de saisine », dont il expliquait qu'elle pouvait aboutir à désigner une des deux instances « sans rapport véritable avec l'intérêt bien compris des parties ».<sup>2868</sup>

**634. La litispendance européenne comme vecteur de toutes les critiques** – Il n'est pas toujours facile de distinguer les critiques portant sur le mécanisme même de la priorité temporelle – critiques qui peuvent se faire virulentes<sup>2869</sup> – des analyses dénonçant les conséquences néfastes de cette règle du fait de l'ampleur qui lui est donnée. La confusion est la plus nette dans les nombreuses études qui dénoncent les effets pervers de la litispendance européenne.<sup>2870</sup>

On a déjà évoqué le caractère simpliste de la litispendance européenne : celle-ci ne fait confiance qu'à la seule priorité temporelle pour départager les fors concurrents, sans se soucier de la reconnaissance éventuelle de la décision du for premier saisi ou accorder un quelconque pouvoir d'appréciation au juge second saisi. Cette simplicité n'est pas sans exacerber les inconvénients de la priorité temporelle. Le juge second saisi n'aura en effet aucun recours pour échapper à l'obligation qui lui est faite de se dessaisir.

L'automatisme de l'obligation pesant sur le juge second saisi s'est vu considérablement amplifié par la jurisprudence pour le moins extensive de la Cour de Justice. La Cour n'a jamais caché son intention de faire de la litispendance européenne un véritable barrage aux procédures concurrentes (*supra*, n° 9). Pour ce faire, elle a développé une interprétation extrêmement large de cet instrument. Ceci est déjà apparu lorsque l'on a évoqué la conception européenne de l'*identité objective* des litiges, qui ne s'est jamais embarrassée de l'appréciation formelle caractérisant certaines jurisprudences nationales. La volonté d'étendre l'effet utile de la litispendance a également été confirmée dans l'arrêt *Owseas*, qui a vu la Cour obliger les tribunaux nationaux à donner effet à l'exception de litispendance même lorsque le défendeur est domicilié en dehors de l'Union – critère qui est pourtant généralement retenu pour déterminer le champ d'application des règles européennes de compétence. Partant, la litispendance trouvait un nouveau domaine d'application dans les procédures mues sur base des règles nationales de compétence.

<sup>2868</sup> P. LAGARDE, *oc.*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 155, n° 157. *Infra*, n° 650 sur le tempérament qu'il suggérait d'apporter à l'exception de litispendance.

<sup>2869</sup> Examinant le projet de convention qui a depuis lors été remplacé par le Règlement dit de Bruxelles II, des experts entendus par la Chambre des Lords firent observer que la règle de litispendance prévue par le projet se caractérisait par une "rigidité", certaine qui la rendait rien moins que "rétrograde" : *Fifth Report of the House of Lords Select Committee on the European Communities*, 22 juillet 1997, n° 21 à 27.

<sup>2870</sup> On ne compte plus les travaux consacrés à l'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Parmi les études les plus importantes, on consultera, outre l'étude de W. J. HAU déjà fréquemment citée, les travaux de A. DI BLASE, *Commissione e litispendenze nella Convenzione di Bruxelles*, Studi e pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e procesuale vol. 39, Padova, Cedam, 1993, 249 p.; C. DOHM, *Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit in deutschen internationalen Zivilprozessrecht*, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft vol. 98, Berlin, Ducker & Humblot, 1996, 328 p.; S. ISENBURG-EPPLE, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968*, Frankfurt a.M., 1992, 284 p.; E.C. BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, Colección Estudios Internacionales XXIII, Madrid, Eurolex, 1996, 288 p.

635. La litispendance européenne comme vecteur de toutes les critiques (suite) – S'ils dénoncent le plus souvent le caractère arbitraire de la règle ou encore les difficultés liées à la détermination du juge premier saisi, la plupart des commentateurs réservent leurs critiques les plus sévères pour l'interprétation extensive de la Cour. La récente critique de Mlle. Chalas est parfaitement représentative de cette approche. L'auteur a entrepris de passer en revue les reproches formulés à l'encontre de la règle de litispendance, pour suggérer divers aménagements possibles.<sup>2871</sup> Mlle. Chalas constate tout d'abord que la détermination de la juridiction première saisie constitue le critère unique du règlement de l'exception de litispendance européenne.<sup>2872</sup> Elle souligne fort justement que cette règle récompense le plaideur qui agit le plus rapidement.

Si cette règle mérite selon elle d'être reconsidérée, c'est parce qu'elle est susceptible d'être détournée par les plaideurs, qui mettent à profit l'interprétation extensive des conditions d'existence et du domaine d'application de la litispendance européenne. Mlle. Chalas évoque bien évidemment le cas des actions dénégatoires (*supra*, n° 478, ainsi que l'extension de la litispendance aux procédures engagées dans un for exorbitant. En définitive, la difficulté résulte selon elle de « la somme des interprétations que la Cour de Justice a consacré à cette disposition ».<sup>2873</sup> La priorité du juge premier saisi n'est pas l'objet premier de ses critiques – elle explique d'ailleurs que l'on « ne saurait [...] reprocher au plaideur auquel il est offert plusieurs fors compétents de garantir son intérêt en opérant un choix 'intelligent' du tribunal devant lequel porter son litige ».<sup>2874</sup>

Cet exemple montre qu'il est difficile de faire la part entre les critiques adressées au mécanisme de la priorité de saisine et celles qui visent les conditions et, plus encore, la portée accordée à la règle. Pour la clarté de l'exposé, il nous semble plus judicieux d'aborder dans un premier temps la seule priorité de saisine. S'appuyant sur l'expérience acquise avec la version européenne de l'exception de litispendance, on peut distinguer deux grandes objections de principe à l'utilisation de la chronologie de procédure comme moteur de la règle de déférence. Nous examinerons successivement ces deux objections, en nous attachant à les nuancer.

## 1. UNE RÈGLE QUI ENCOURAGE LA COURSE AU FOR

636. Un « avantage indu »<sup>2875</sup> au plaideur diligent ? – La règle de litispendance internationale accorde un avantage certain au plaideur qui a pris l'initiative le plus rapidement. Il se voit récompensé par l'exclusion de toute autre procédure ; son adversaire sera contraint de se défendre devant le for qu'il a lui-même sélectionné. On a vu que la dimension internationale des litiges exacerbe encore cet avantage, le for exerçant une certaine influence sur la résolution du litige. Faut-il pour autant parler d'avantage « indu » ? Il nous semble que c'est porter le débat sur le plan de la morale, dont on sait qu'elle ne fait pas toujours bon ménage avec le droit.

<sup>2871</sup> CH. CHALAS, 480-509.

<sup>2872</sup> 481, n° 538.

<sup>2873</sup> 481, n° 538. Et l'auteur d'expliquer également que ce qui choque ce sont les « conditions dans lesquelles l'exception de litispendance peut être soulevée dans le système conventionnel [qui] permettent d'y recourir de façon abusive » (491, n° 549).

<sup>2874</sup> 481, n° 538. L'auteur consacre toutefois quelques développements au caractère quasi-mécanique de la priorité de saisine. Elle dénonce ainsi « le carcan très rigide qu'impose le principe de la primauté de saisine », qui manque parfois de justifications (491, n° 549).

<sup>2875</sup> Selon l'expression de CH. CHALAS, 480, n° 536.

Plutôt que de raisonner sur base de l'avantage conféré à l'une ou l'autre partie, on peut constater plus simplement que la priorité de saisine incite les plaideurs à ne pas retarder inutilement l'introduction d'une procédure. En d'autres termes, la règle encourage une *course au for*. C'est d'ailleurs le reproche le plus fréquemment formulé à l'encontre de la priorité de saisine. Commentant la règle de litispendance européenne, on a ainsi pu écrire qu'elle "accorde une prime automatique et sans réserve à la partie qui agit le plus vite et s'assure en premier de la compétence du juge".<sup>2876</sup> En élevant la date de saisine au rang de fondement de la déférence, on encourage les parties à saisir le plus rapidement possible le for qu'elles jugent le plus avantageux.<sup>2877</sup>

**637. Les inconvénients de la course au for** - Une telle précipitation n'est certainement pas compatible avec l'idéal de sérénité qui doit caractériser l'administration de la justice. On peut également craindre qu'incitées à se transporter le plus vite dans les prétoires, les parties ne délaissent d'éventuelles tentatives de conciliation. La règle de la priorité temporelle n'empêche certes pas les parties de tenter de résoudre le litige à l'amiable ; en les incitant cependant à saisir au plus vite un juge, elle ne contribue pas à créer un climat propice à la négociation et à l'apaisement. L'encouragement à la course au for est d'autant plus regrettable dans le contentieux familial où les législateurs nationaux tentent depuis quelques années de privilégier le recours à la conciliation et à la médiation.<sup>2878</sup>

La course au for est d'autant plus malsaine lorsque son déroulement porte atteinte à l'égalité entre parties. On a vu qu'au sein de l'espace judiciaire européen, il en a longtemps été ainsi faute de définition autonome du moment de la saisine (*supra*, n° 606). A l'absence d'égalité entre justiciables s'ajoutait le danger de manipulation par les parties, qui pouvaient profiter de la définition plus souple du moment de la saisine retenue dans certains pays pour 'dépasser' une procédure en cours d'introduction dans un autre. Bien que des progrès considérables aient été récemment accomplis dans la conception d'une définition autonome du moment de la saisine (*supra*, n° 625), il est illusoire de prétendre garantir une

<sup>2876</sup> C. KESSEDIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, 7. Dans la préface de l'étude que M. Droz a consacré à la Convention de Bruxelles, M. Batiffol observait que « la compétence du juge saisi le premier, alors qu'un autre était également compétent, et la reconnaissance quasi-obligatoire dans toute la Communauté de la décision qu'il rendra sont des facteurs de nature à encourager la partie la plus 'diligente' à prendre l'initiative du contentieux, et ce d'autant plus [...] que le choix du juge, en dehors des commodités et des facilités ordinaires, emporte celui du système de conflit de lois [...] » (préface, p. xi in G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun...*, Paris, Dalloz, 1972). V. aussi M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 79 (« En privilégiant la procédure initiée la première, on donne en effet une prime à la partie la plus diligente, on encourage donc la saisine la plus rapide du for susceptible de prononcer le jugement le plus favorable, notamment en raison des règles de fond qu'il appliquera au litige ») ; W. HAU, 229 (« Wettlauf um die frühere Klageerhebung ») et G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, (589), 610-611 ("[...] the criticism most often leveled at the prior filing rule - that it encourages the proverbial race to the courthouse - seems decidedly more troubling when the race is run across international jurisdictional lines"). V. déjà les réflexions de M. Vincent lors de la discussion du projet de réforme du Code civil français. Commentant la règle de litispendance, M. Vincent déclarait que « Des deux plaideurs, c'est celui qui saisit le plus vite un tribunal qui impose à l'autre la compétence des tribunaux d'un pays » (*Travaux comité français D.I.P.*, 1956, 253).

<sup>2877</sup> Comme on l'a fait remarquer, l'importance accordée au sein de l'espace judiciaire européen à la priorité de saisine imposera aux conseils de renoncer à la fameuse 'warning letter', qui prévient l'adversaire de l'imminence d'une action judiciaire, dans l'espoir de le ramener à de meilleurs sentiments. Celui-ci ne sera en effet que trop heureux de couper l'herbe sous le pied de son prévenant contradictoire, en s'empressant de saisir le juge de son choix. V. pour l'Angleterre, A. BRIGGS et P. REES, 1997, 20 : "It may be especially unwise to send the usual letter before action, for to do so may give the game away".

<sup>2878</sup> Observation faite lors de l'examen de la Convention de Bruxelles II par la Chambre des Lords, *Fifth Report of the House of Lords Select Committee on the European Communities* du 22 juillet 1997, intitulé « Brussels II : The Draft Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters », n° 23.

égalité absolue entre parties. La course au for ne se fera que rarement sur des distances égales. Au mieux pourra-t-on éliminer les abus les plus manifestes, sans pouvoir exclure toutes les manoeuvres entre parties et autres calculs qui sont bien loin de l'idéal d'une justice neutre.

**638. La course au for, un mal à nuancer** - Il ne faut toutefois pas exagérer les inconvénients de la course au for. Comme on l'a souligné, la course au for n'est pas nécessairement synonyme de fraude au jugement : si la règle de priorité encourage les parties à se précipiter vers les tribunaux, il n'en reste pas moins que les règles normales de compétence trouveront application. Les parties devront donc convaincre le juge d'accepter de se saisir de la cause, et démontrer que les conditions de recevabilité de la demande sont bien remplies.<sup>2879</sup> La suspicion qui pèse sur la règle de priorité temporelle ne doit pas conduire à présumer une tentative de fraude à chaque fois qu'une partie s'empresse de saisir un juge.

De plus, la précipitation peut se retourner contre le plaideur, lorsque le tribunal estime que sa saisine trahit une manœuvre purement tactique. Encore faut-il pour cela que la règle d'abstention confère au juge second saisi un pouvoir d'appréciation. On observe sur cette question une nette division entre les juridictions. Dans un premier camp, les juges français, québécois, néerlandais et bientôt belges ne sont pas liés par une règle strictement impérative. Au contraire, les droits allemand, suisse et italien font de l'exception de dessaisissement une véritable obligation.<sup>2880</sup> Il n'est pas toujours facile de distinguer les raisons qui justifient l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.<sup>2881</sup> On peut toutefois penser que les tribunaux ne seront pas insensibles à la manière dont les procédures concurrentes ont été engagées, et en particulier à l'empressement avec lequel un plaideur a soumis sa requête à la justice.

Suffirait-il pour autant de dénier à la litispendance tout caractère impératif pour pallier les inconvénients de la priorité temporelle ? Ce serait aller un peu vite en besogne. Dans certains contextes, l'impérativité du dessaisissement se justifie en effet pleinement. Il en est ainsi au sein de l'espace judiciaire européen, particulièrement au regard de l'objectif de libre circulation des décisions. On a déjà constaté que la déférence ne venait pas naturellement aux tribunaux (*supra*, n° 434). Leur concéder un pouvoir d'appréciation risque dès lors de conduire à la poursuite de procédures concurrentes. Or celles-ci contredisent manifestement l'objectif assigné aux règles européennes, qui ne sauraient s'accommoder d'un conflit de décisions. La nécessité d'éviter à tout prix la naissance de décisions

<sup>2879</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 80.

<sup>2880</sup> L'obligation pour le juge de donner suite à l'exception de litispendance se déduit des termes utilisés par les législateurs suisse et italien. Selon l'article 7 de la loi italienne, le juge "suspendo" la cause; l'article 9 LFDIP indique que le tribunal "suspend" la cause. On a pu expliquer que l'article 7 de la loi italienne s'inspirait de la théorie du *forum non conveniens*, mais ceci ne transparait pas des termes utilisés (P. PICONE, "La riforma italiana del diritto internazionale privato", *Revista Española de Derecho Internacional*, 15 (qui évoque une règle "largamento discrezionali") et C. CONSOLO, "Profili della litispendenza internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1997, (5), 42-43).

<sup>2881</sup> Un des facteurs qui semble influencer les tribunaux français est la nationalité des parties : un tribunal se dessaisira d'autant plus facilement que le litige concerne deux ressortissants étrangers, possédant la nationalité du tribunal concurrent (v. p. ex. Paris, 24 mai 1983, *J.D.I.*, 1983, 827, note A. HUET (litige entre deux algériens); TGI Paris, 12 février 1980, *J.D.I.*, 1980, 653, note A. HUET (litige entre deux portugais); TGI Paris, 23 nov. 1983, *R.C.D.I.P.*, 1983, 510, note H. GAUDEMET-TALLON (litige entre deux américains). Sur cet aspect, v. E. PATAUT, *ac.*, Paris, LGDJ, 1999, 121-122. Ce critère n'est toutefois pas à lui seul déterminant. On connaît en effet des affaires entre ressortissants français dans lesquelles le tribunal français a accueilli l'exception de litispendance. Par ex. : Paris, 16 nov. 1989, *J.D.I.*, 1990, 127, note A. HUET (litige entre un français et une japonaise). Au Québec, les tribunaux ont importé dans l'appréciation de l'exception de litispendance l'idée du *forum non conveniens* telle qu'on la retrouve dans le Code civil.



contradictoires explique que les Etats membres se sont montrés prêts à accepter une règle impérative, avec l'écueil de la course au for à laquelle elle invite, un prix qui semblait raisonnable au regard de la garantie offerte d'éviter les conflits de procédures.<sup>2882</sup>

Les commentateurs hésitent d'ailleurs à remettre en question le caractère impératif de la litispendance européenne, préférant suggérer des aménagements relatifs à la *portée* de cette règle.<sup>2883</sup> Le caractère obligatoire ou facultatif de la litispendance n'est en effet pas le seul aménagement possible de la règle. S'agissant de limiter les inconvénients de la course au for, le projet de Convention de La Haye a opté, outre pour une judicieuse définition autonome du moment de la saisine (*supra*, n° 628), pour d'autres tempéraments de la règle qui ont permis de conserver le caractère impératif de celle-ci.<sup>2884</sup> Ainsi l'article 21 du projet subordonne-t-il le dessaisissement du juge second saisi à l'examen d'un pronostic de reconnaissance (*infra*, n° 716). En outre, l'article 21 innove en conférant au juge premier saisi la possibilité de s'en remettre au tribunal second saisi qu'il estime plus approprié (*infra*, n° 649).

**639. Vertus préventives de la chronologie procédurale** - La priorité de saisine incite indéniablement à la course au for. Tout en encourageant les plaideurs à agir de façon diligente, la règle de priorité chronologique possède toutefois d'importantes *vertus préventives*. L'existence d'une règle de priorité fondée sur la chronologie de procédures contribue en effet à prévenir l'apparition de procédures concurrentes. Lorsqu'un ordre juridique signale qu'il donnera la priorité à une procédure étrangère initiée antérieurement, il indique par là même aux plaideurs qu'il est inutile de saisir ses tribunaux d'une nouvelle action.<sup>2885</sup> L'effet préventif ne se réalise évidemment pleinement que lorsque les tribunaux concurrents partagent la même inclination à accorder la priorité aux procédures étrangères antérieures. Même lorsqu'elle n'est le fait que d'un seul Etat, la règle de priorité temporelle contribue toutefois à décourager les saisines multiples. Une juridiction qui affiche une politique constante de déférence à l'égard d'une procédure étrangère engagée antérieurement, peut espérer être moins souvent le théâtre d'une répétition inutile d'une procédure étrangère.

<sup>2882</sup> Dans d'autres contextes, l'impératif de libre circulation ne suffira pas à justifier une règle de litispendance aussi énergique que la règle européenne. Il en va par exemple ainsi de la Convention de La Haye de 1971, dont l'article 20 évoque une simple 'faculté' pour le juge de donner suite à l'exception de litispendance. Sans doute l'objectif de libre circulation n'était-il pas aussi prononcé dans cette Convention, qui autorise la juge requis à procéder à un contrôle de la compétence indirecte du juge d'origine (art. 4(1) et 10). On notera que l'avant-projet de Convention partait au contraire de l'idée qu'il y avait *obligation* pour le juge de se dessaisir ou de surseoir à statuer (V. le rapport de M. Fragistas, Rapport de la Commission Spéciale, *Actes et Documents*, 40). L'obligation s'est transformée en simple faculté dans le texte final. Dans son Rapport final, M. Fragistas se contentait de mentionner que l'obligation est devenue une faculté, sans expliquer les raisons de ce changement, ni avancer les éléments qui pourraient être utilisés pour juger de l'opportunité d'un dessaisissement (Rapport Explicatif, Session Extraordinaire, *Actes et Documents*, 387). On doit sans doute y voir une concession de la part des Etats contractants qui a permis aux pays dont le droit commun ne connaissait pas à l'époque la litispendance internationale, d'accepter l'introduction de cette règle dans la Convention (v. les propos de Ch. Fragistas qui se réjouit que l'Italie ait dans le cadre conventionnel accepté d'abandonner son refus atavique de la litispendance internationale).

<sup>2883</sup> CH. CHALAS, 492, n° 551, explique ainsi qu'il ne « serait pas souhaitable, dans le cadre conventionnel, de reconnaître de façon générale au juge second saisi le pouvoir discrétionnaire de ne pas se dessaisir une fois la compétence de la première juridiction établie ». Elle poursuit en notant que l'impérativité de la litispendance européenne s'accorde bien avec l'objectif de libre circulation et qu'il satisfait en outre les exigences de certitude et d'efficacité que requiert le respect des finalités poursuivies par la Convention.

<sup>2884</sup> Selon le premier paragraphe de l'article 21, « le tribunal saisi en second lieu suspend la procédure [...] » lorsque les conditions de la litispendance sont réunies. V. également le principe n° 4.1. des Principes de l'ILA de Leuven Londres, qui opte également pour une obligation dans le chef du juge second saisi.

<sup>2885</sup> Mme Niboyet-Hoegy évoque à cet égard le principe d'efficacité, la règle de priorité de saisine assurerait l'efficacité de la procédure déjà commencée en décourageant les parties de prendre des initiatives procédurales à l'étranger (l.c., *Travaux comités français D.I.P.*, 95-96, 79). V. les critiques de CH. CHALAS, 489-490, n° 547.

640. **Vertus préventives de la chronologie procédurale (suite)** - Les vertus préventives de la règle de priorité temporelle s'éclairent lorsque l'on considère la situation dans laquelle la priorité de saisine est dénuée de toute signification : rien n'empêche dans ce cas les parties de multiplier les procédures, dans l'espoir d'obtenir que le for espéré tranche le litige, puisque celui-ci ne se préoccupera pas de l'existence d'une saisine antérieure. L'indifférence de l'élément chronologique constitue ainsi une manière de prime aux parties à ouvrir un second front.<sup>2886</sup>

C'est ce qu'un juge québécois a très justement observé : une partie invoquait l'exception de litispendance prévue par l'article 3137 C. civ., au profit d'une procédure étrangère alors que le juge québécois avait été saisi en premier. Cette partie arguait que la disposition légale n'exigeait pas expressément pour le jeu de la litispendance que le juge étranger ait été premier saisi. Le juge rejeta cet argument en notant qu'il « ouvrait la porte grande au *forum shopping*. Il suffirait à une partie déjà poursuivie au Québec d'intenter ailleurs une action identique répondant aux conditions de la litispendance pour obtenir le sursis des procédures prises au Québec ».<sup>2887</sup>

La prévention des procédures concurrentes ne se vérifie pas lorsque la déférence est fondée sur la proximité entre le for et le litige. Si la priorité est accordée au for présentant le lien le plus substantiel avec le litige, rien n'empêche en effet le plaideur qui a déjà été assigné devant un tribunal, d'engager une nouvelle procédure, dans l'espoir que le tribunal qui a sa préférence refusera de considérer le juge premier saisi comme étant plus approprié.

En pratique, il est toutefois difficile de mesurer de façon exacte l'effet préventif qui émane de la priorité chronologique. Il en est d'autant plus ainsi que la règle de litispendance temporelle n'est pas acceptée partout. Les plaideurs conservent dès lors la liberté de passer outre une première saisine pour engager une deuxième procédure. Même au sein de l'espace judiciaire européen, le respect absolu accordé à la priorité de saisine n'a pas découragé l'introduction de procédures concurrentes. On doit sans doute y voir la conséquence des incertitudes qui subsistaient jusqu'il y a peu sur la définition du moment de la saisine, ainsi que sur la portée de la condition d'identité de litige. Les limites de la litispendance européenne ne sont apparues que progressivement, au fil des tentatives des plaideurs d'échapper à la loi d'airain du juge premier saisi. Cette période de transition maintenant achevée, on peut penser que la litispendance européenne révélera la pleine mesure de son pouvoir de prévention.

En définitive, la course au for ne peut être isolée des effets bénéfiques de la priorité chronologique, et en particulier de la dimension *préventive* de la règle et de la sécurité juridique que procure une règle d'application mécanique. Cette dernière caractéristique a son revers, qu'il faut maintenant examiner.

<sup>2886</sup> A la course au for se substituera alors une course au jugement, dont on a déjà dénoncé les méfaits (*supra*, n° 347).

<sup>2887</sup> Cour supérieure de Montréal, 30 mai 1997, *Lac d'Amiante du Québec liée n° 2858-0702 Québec, Inc., J.E.*, 97-1167. En l'espèce l'exception de litispendance était de toute façon vouée à l'échec puisque la procédure étrangère s'avérait être une procédure arbitrale, v. les commentaires de E. GROFFIER et GOLDSTEIN, *ac*, Cowansville, Blais, 1998, 324-325 et *supra* sur les conflits impliquant une convention de juridiction. *Adde* les observations de M. Mezger lors de la discussion de l'avant-projet de réforme du Code civil français. M. Mezger notait que « si l'on n'admet pas la litispendance, il est à craindre que dès qu'un défendeur a un procès en Suisse, il intente un procès en France pour échapper aux conséquences du jugement suisse. On voit ça tous les jours » (*Travaux comité français D.I.P.*, 1956, 254).

## 2. LE CARACTÈRE ARBITRAIRE DE LA CHRONOLOGIE PROCÉDURALE

641. Une règle arbitraire – Au-delà du danger indéniable que représente la course au for, la priorité de saisine souffre d'une carence proprement qualitative : elle aboutit en effet à privilégier une procédure au détriment de l'autre sans tenir aucunement compte du contexte, de la force des rattachements entre le litige et les fors respectifs ou des circonstances de la cause. Seule entre ligne de compte la chronologie procédurale. Pour reprendre la distinction suggérée par M. Kegel, la règle de priorité temporelle correspond à une justice de droit international privé, mais néglige complètement la justice de droit matériel. On comprend qu'on ait pu s'indigner du caractère abstrait et arbitraire de la règle.<sup>2888</sup>

A la limite on pourrait même dire que départager les fors concurrents sur base de la seule chronologie procédurale est aussi absurde que d'utiliser une méthode fondée sur l'ordre alphabétique, selon laquelle le juge de Bruxelles devrait s'effacer devant le juge d'Angers et celui-ci devant le juge d'Aarhus...<sup>2889</sup> La chronologie procédurale s'apparenterait ainsi à la règle de la priorité de droite ou celle de la circulation à droite, dont on ne peut trouver d'autre justification que celle d'avoir tranché la question.

642. La simplicité et la neutralité d'une règle arbitraire - On ne peut nier que la règle de priorité de saisine n'est pas en phase avec les développements récents du droit international privé, qui font une plus large place aux valeurs matérielles et à une certaine flexibilité des solutions. Retenir la seule priorité de saisine a au contraire tout d'un raisonnement primitif, qui fait fi de la complexité du contentieux international.<sup>2890</sup>

Si la priorité de saisine détonne par son caractère mécanique, elle peut toutefois en appeler aux vertus de la simplicité. Quoi de plus simple en effet pour départager deux tribunaux

<sup>2888</sup> Lord Goff of Chieveley in *de Darnpierre v de Darnpierre* (HLL.(E.)) [1988] 1 A.C. 92, 107, reprochait à la règle son caractère 'arbitraire'. *Adde* P. BEAUMONT, in *Dedining Jurisdiction*, 574 ("arbitrary first come first served rule"); Dicey et Morris, éd. 1993, 413 ("a somewhat crude solution"). La critique n'est certainement pas l'apanage des seuls juristes anglais. M. Lagarde reprochait ainsi à l'exception de litispendance de ne jouer qu'à « sens unique, toujours en faveur du tribunal premier saisi » ("Perpetuatio fori et litispendance en matière internationale", in *Mélange Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, 244-245, n° 11°). Passant en revue les arguments de commentateurs qui s'opposaient à la reconnaissance d'une exception de litispendance internationale, *Amirjon* expliquait qu'ils se demandaient comment la compétence du juge du for pouvait dépendre "du hasard ou du calcul, grâce auquel ce procès a été engagé en premier lieu devant l'une des juridictions" (P. ARMINJON, *Répertoire de Droit International*, v° Litispendance et connexité, 1931, n° 9).

<sup>2889</sup> On notera que cette méthode avait apparemment séduit les négociateurs de la défunte Convention européenne sur la faillite. Le projet tel qu'il avait été arrêté en 1980 prévoyait une règle de litispendance en faveur du juge premier saisi ; cette règle connaissait un pendant au stade de la reconnaissance, qui prétendait départager les tribunaux sur base de l'ordre alphabétique, v. les art. 52(2) du projet de 1970 et l'article 58(2) du projet de 1980 et les commentaires de V. STARACE, "Sur la réglementation des concours de chefs de compétence judiciaires", in *Les problèmes internationaux de la faillite et le marché commun. Actes du colloque international sur l'avant-projet de la convention CEE en matière de faillite, concordats et procédures analogues*, Studie e Pubblicazione della Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale n° 8, Padova, CEDAM, 1971, 126-131. V. les critiques de I. F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford, Clarendon Press, 1999, 201-210, qui y voyait à juste titre "surely the height of absurdity as a proposed rule for adoption by a sophisticated Community of States". On peut rapprocher cette solution de la suggestion, en forme de clin d'œil, faite par M. Currie (« The Verdict of Quiescent Years », reproduit in *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963, 609), selon laquelle "In all solemnity, I suggest that a nearly ideal choice-of-law rule for such cases would be that the governing law shall be that of the state first in alphabetical order. [...] This rule might impose undue hardship on the courts of states low in the alphabet [...] This difficulty could be met by applying the rule of inverse alphabetical order for transactions occurring in odd-numbered years".

<sup>2890</sup> Comme l'expliquait G. BERMANN (*l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, (589), 610-611), "[...] it is difficult as a policy matter to conclude that priority in timing should count as anything more than one among many different factors to be considered [...]. A basically mechanical rule of that sort takes too little account of the conflicting interests and policies likely to be at issue in the international level".

concurrents que de s'en remettre à la date de saisine, sans s'embarrasser d'une appréciation qualitative des titres respectifs des tribunaux à connaître de la cause ? On peut évoquer une (certaine) facilité d'application dans l'application de la chronologie procédurale pour trancher la concurrence de saisine.<sup>2891</sup> A cette simplicité – dont on a vu qu'elle pouvait n'être qu'apparente (*supra*, n° 597) – s'ajoute une garantie de *neutralité*. L'Etat qui impose à ses tribunaux de s'effacer devant une juridiction étrangère parce que celle-ci a été antérieurement saisie, ne peut être accusé de favoriser ses propres juridictions.<sup>2892</sup> Le caractère neutre de la règle s'accorde d'ailleurs bien avec l'héritage savignien, et en particulier avec le paradigme de la règle de conflit bilatérale neutre.<sup>2893</sup> On appréciera tout particulièrement cette neutralité dans un conflit de juridictions où la nationalité des parties conserve encore une emprise trop grande – et partant est source de discriminations – que ce soit dans la question de l'établissement de la compétence<sup>2894</sup> ou encore lorsqu'il s'agit pour un tribunal de renoncer à statuer.<sup>2895</sup>

Cette neutralité se double d'un respect pour l'*égalité des parties* : la priorité de saisine ne favorise aucun des adversaires, chacun d'eux a la possibilité de s'adresser en premier au tribunal de son choix et d'ainsi déterminer le terrain de leur affrontement.<sup>2896</sup> En définitive, la priorité de saisine a les qualités de ses défauts et inversement : la simplicité et la neutralité sont autant d'indices du caractère arbitraire de la règle. Il faudra déterminer, selon les contextes, si les défauts avérés de la chronologie procédurale constituent un prix raisonnable à payer pour obtenir le bénéfice de ses avantages. Le législateur aura soin de tenir compte dans sa réflexion de l'ensemble des éléments, et en particulier des affinités entre la priorité temporelle et la chronologie procédurale.

**643. Priorité temporelle et économie de procédures** – Derrière une apparence d'arbitraire, la priorité chronologique peut en effet se revendiquer d'une certaine logique. Si l'on pousse la réflexion plus loin, on s'aperçoit que cette règle peut se recommander du principe de l'*économie de procédures*. Loin d'être arbitraire, la priorité accordée au juge premier saisi se comprend dans la mesure où celui-ci aura en règle générale déjà pris connaissance de l'affaire, et où les parties se seront déjà engagées en consacrant du temps et de l'argent au traitement judiciaire de leur litige. En imposant au juge second saisi de déférer à la saisine antérieure de son collègue, on prévient ainsi une répétition inutile d'efforts et un gaspillage néfaste de ressources. Si donc l'existence de la priorité temporelle ne suffit pas toujours à décourager la multiplication des procédures, au moins la règle de litispendance permettra-t-elle de faire triompher la procédure la plus avancée. C'est ce qu'un tribunal américain a reconnu en notant que la priorité du juge premier saisi constituait « un appel à l'efficacité judiciaire – dont on peut présumer qu'il s'appuie sur le fait que le juge premier saisi aura déjà consacré certains efforts à l'affaire ».<sup>2897</sup>

<sup>2891</sup> M. HAU évoque à cet égard l'argument de la 'sécurité juridique' (228).

<sup>2892</sup> M. HAU évoque à cet égard la "Gleichwertigkeit in- und ausländischer Rechtspflege" (228).

<sup>2893</sup> Notons cependant que la neutralité de la règle de priorité temporelle peut n'être qu'apparente dès lors qu'un for peut avantager directement ses tribunaux par une définition appropriée du moment de la saisine, v. par exemple l'article 9(1) de la LFDIP suisse, qui vise à garantir que les tribunaux suisses seront réputés les premiers saisis.

<sup>2894</sup> On pense bien sûr aux archaïques privilèges de juridiction du droit français, v. toutefois E. PATAUT, *op. cit.*, Paris, LGDJ, 1999, spéc. n° 644.

<sup>2895</sup> *Supra*, n° 554 à propos de la funeste jurisprudence américaine relative au *forum non conveniens*, qui accorde un plus grand respect à l'élection de for du régnicole.

<sup>2896</sup> M. HAU parle à cet égard de « Gleichberechtigung der Parteien », 229.

<sup>2897</sup> *American Cyanamid Company et al. v. Picaso-Artalt et al.*, 741 F. Supp. 1150, 1159 (DNJ 1990) : "a call for judicial efficiency – presumably on the ground that the court first obtaining jurisdiction will have already expanded some resources on the case".

Il en sera d'autant plus ainsi que l'exception d'abstention sera en règle générale invoquée *in limine litis* devant le second juge, avant qu'il n'ait eut l'occasion de se pencher sur l'affaire. Il n'est pas besoin de souligner que privilégier systématiquement le for second saisi reviendrait à tirer un trait sur les efforts déployés et les ressources englouties par la procédure engagée en premier.

**644. Priorité temporelle et économie de procédures (suite)** – L'économie de procédures ne bénéficiera toutefois de la priorité du juge premier saisi que pour autant qu'une certaine distance sépare les deux procédures. Il en allait par exemple ainsi dans l'affaire *Martinez*, dans laquelle les tribunaux espagnols ont été saisis plus de trois ans après l'introduction d'une procédure aux Etats-Unis, procédure qui était sur le point de déboucher sur un 'trial'.<sup>2898</sup> Il n'est pas besoin de démontrer que dans cette hypothèse, la priorité du juge premier saisi servira l'impératif de conservation des ressources judiciaires. La priorité de saisine ne sera pas l'adjuvant de l'économie de procédures lorsque les deux procédures ont été initiées dans un intervalle fort rapproché, voire le même jour. De même l'antériorité de la saisine ne garantit pas que le juge premier saisi aura déjà 'plongé les mains dans le cambouis' et que ses efforts méritent d'être respectés. La priorité de saisine n'est somme toute qu'un *indicateur* du développement potentiel de la procédure.

Pourrait-on dès lors envisager de qualifier le critère de la priorité temporelle, en imposant au juge second saisi d'apprécier l'état d'avancement de la procédure concurrente ? On a vu que les tribunaux anglais et américains avaient fait leur cette approche dans le cadre de l'exception de *forum non conveniens* (*supra*, n° 538). L'économie de procédures semble en effet mieux servie par une appréciation *concrète* des efforts déjà déployés par les deux tribunaux que par une référence à la date de saisine, qui n'a qu'une simple valeur indicative.<sup>2899</sup>

**645. Priorité temporelle et économie de procédures (suite et fin)** – Le facteur temps prendrait alors une autre signification : il ne s'agirait plus de s'en remettre de manière quasi-fétichiste à la simple date de saisine des deux tribunaux, mais bien de privilégier la procédure la plus avancée. Si les deux éléments coïncideront le plus souvent, la date de saisine ne constituerait toutefois qu'un instrument permettant de jauger l'évolution respective des procédures.

La référence à l'état d'avancement des procédures n'a toutefois pas la simplicité et la clarté du critère de la date de saisine. Il ne sera pas toujours facile de déterminer à quel stade se situe exactement la procédure étrangère. On ne peut exclure les appréciations approximatives ; le juge devra consulter le dossier de procédure, examiner les conclusions déposées par les parties, déterminer à quoi correspondent exactement les différents stades de la procédure étrangère – on pense par exemple à la sacro-sainte distinction en droit anglais entre la phase préparatoire (*pre-trial*) et le procès proprement dit (*trial*), qu'il ne sera pas toujours facile de ramener à des concepts connus du for. Au bout du compte, il lui appartiendra de déterminer si la procédure étrangère est plus 'avancée', sans qu'il soit possible de fournir des critères précis lui permettant de trancher dans un sens ou l'autre.

<sup>2898</sup> *Advantage International Management, Inc. v Conchita Martinez*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12535, 1994 WL 482114 (S.D.N.Y. Sept. 7, 1994).

<sup>2899</sup> C'est ce qu'a observé un tribunal américain dans l'affaire *Ludgate*, en notant que "priority should not be measured exclusively by which complaint was filed first, but rather in terms of how much progress has been made in the two actions" : *Ludgate Insurance Co. Ltd. v B. Frederik et al.*, 906 F. Supp. 1233, 1242 (D.C. N. D. Ill. 1995).

Une telle règle pourrait en outre conduire à une appréciation teintée de subjectivité. Il n'est pas exclu qu'un juge prenne prétexte des maigres résultats engrangés dans la procédure étrangère pour refuser de faire droit à une exception de déférence. De plus, le danger d'une manipulation n'est pas à exclure. Les parties décident souverainement du moment qui leur paraît approprié pour engager une procédure. Elles conservent également une certaine emprise sur le déroulement de la procédure une fois celle-ci initiée. Permettre au juge de tenir compte de l'état d'avancement des deux procédures pourrait inciter les parties à essayer de retarder la progression de la procédure qu'elles veulent voir s'achever.<sup>2900</sup> Dans le même sens, l'état d'avancement des procédures n'est pas un critère *statique*, au contraire de celui de la date de saisine. Entre le moment où les parties plaident sur l'exception de déférence, et le moment où le juge rend sa décision, il se peut que la procédure étrangère ait évolué au point de justifier une toute autre décision. Au demeurant, le critère de l'état d'avancement des procédures souffre, tout comme celui du for approprié, d'un manque de pouvoir discriminant : il n'est pas susceptible de départager deux fors lorsque les procédures en sont à peu près au même stade, par exemple parce qu'aucune étape décisive n'a encore été franchie.

En définitive, la référence à l'état d'avancement des procédures peut s'avérer un élément d'appréciation judiciaire qui vient renforcer une règle de déférence qui accorde au juge un pouvoir d'appréciation ; on hésitera toutefois à l'élever au rang de critère décisif d'une exception de déférence.<sup>2901</sup>

**646. Priorité temporelle et fors également appropriés** – Pour apprécier la légitimité de la priorité temporelle, il est un autre élément dont il faut tenir compte, à savoir le *contexte* dans lequel la règle est invoquée. Une chose est en effet de se fier à la seule chronologie procédurale quel que soit le for concurrent et plus particulièrement la légitimité de la compétence qu'il revendique, autre chose est de faire de la priorité temporelle le critère de partage entre deux tribunaux présumés équivalents et qui partagent les mêmes règles de compétence. La nature proprement arbitraire de la règle prend en effet un autre relief selon qu'elle est invoquée au sein de l'espace judiciaire européen ou au contraire à l'appui d'une règle de droit commun opposable sans discrimination à toutes les juridictions étrangères.

Dans le premier cas, les Etats sont liés par un pacte spécial, tout entier fondé sur la confiance réciproque et l'équivalence mutuelle de leurs juridictions. Ce pacte prévoit des règles de compétence communes, dont les tribunaux nationaux ne peuvent dévier, pas plus

<sup>2900</sup> Cette accusation a été lancée dans l'affaire *Brinco Mining*, alors que la Cour s'apprêtait à examiner où en était exactement la procédure canadienne concurrente. La Cour a constaté que le dossier ne contenait pas d'indices de manipulation dans un sens ou dans l'autre. Au contraire, selon la Cour, « If there has been any delay in the Canadian proceedings, the Court is inclined to attribute it to normal maneuvering between adverse parties », 552 F. Supp. 1233, 1241. V. également *The Conal Isis* [1986] 1 Lloyd's Rep. 413 (les avocats du défendeur, qui demandaient le dessaisissement au profit du juge néerlandais, firent remarquer que si la procédure néerlandaise la première engagée, n'a pas progressé de façon significative, ceci est dû à l'attitude des adversaires qui font de l'obstruction).

<sup>2901</sup> On remarquera que ce critère s'en tient au passé procédural de chaque litige. Il paraît beaucoup plus difficile de se baser sur l'état d'avancement des procédures pour tenter de prédire laquelle aboutira la première, comme le font certaines juridictions américaines. Dans ce cas, l'économie de procédure est comprise non pas comme visant à prévenir le gaspillage de ressources, mais bien comme visant à assurer que le litige connaisse une issue rapide. Comme l'a souligné le juge Staughton dans l'affaire *Volux Hollandia*, il sera parfois difficile de prédire quand une procédure prendra fin. En l'espèce le défendeur alléguait que la procédure néerlandaise, première engagée, était déjà bien plus avancée et arriverait plus rapidement à conclusion que la procédure anglaise. Le juge refusa de tenir compte de cette alléguation en notant que « It is almost always difficult to make an accurate forecast of the time that proceedings will take, either here or abroad ; and I cannot do so in this case », [1987] 2 Lloyd's Rep 520 (1<sup>ère</sup> instance).

qu'ils ne peuvent échapper aux précisions fournies par la Cour de Justice. Les règles de compétence européennes sont certes loin d'être parfaites, on en conviendra (*supra*, n° 91). Elles font toutefois largement honneur à l'idée de bonne administration de la justice, dans toutes ses variantes. Si des dérapages ne sont pas à exclure, on peut présumer qu'un juge compétent selon les règles européennes, répondra à une exigence minimale de proximité avec le litige. Le caractère mécanique de la règle de priorité temporelle prend alors une autre dimension, la nature arbitraire de la règle perdant à notre sens de sa nocivité au regard de l'égalité des titres de compétence des fors concurrents. Le recours à la priorité temporelle dans le projet de Convention de La Haye s'explique de la même manière, du moins dans la mesure où la règle de litispendance est appelée à fonctionner entre deux fors 'blancs'.<sup>2902</sup>

Le règlement des conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire américain confirme le lien entre qualité des règles de compétence et caractère abstrait, voire arbitraire de l'exception. La législation uniforme applicable aux enlèvements d'enfants constitue un exemple unique d'harmonisation des règles de compétence des Etats américains : les 50 Etats ont adopté les règles de compétence proposées en 1968 par l'Association nationale des commissaires aux lois uniformes. Le *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* avait pour but premier d'éviter les nombreux conflits de compétence auxquels donnait lieu le contentieux particulier des rapt d'enfants.<sup>2903</sup> A cette fin, la loi modèle introduit des règles de compétence fondées principalement sur la résidence de l'enfant au moment de l'introduction de l'instance.

A ces règles de compétence uniformes, l'Act ajoute une règle de priorité fondée sur l'antériorité de saisine. Selon la section 6, « un tribunal refusera d'exercer la compétence dont l'Act l'investit, si au moment où la procédure est engagée, une instance concernant la garde de l'enfant est pendante devant le tribunal d'un autre Etat, dont la compétence est essentiellement conforme aux dispositions de l'Act [...] ».<sup>2904</sup> Cette disposition, dont on verra qu'elle se combine judicieusement à une exception de for inapproprié (*infra*, n° 657), est sans doute unique en droit américain.<sup>2905</sup> Elle se comprend à la lumière des règles de compétence introduites par la même législation : la concurrence de procédures opposera deux tribunaux unis par la *Full Faith and Credit Clause*, et qui fondent leur compétence sur des règles communes. Trancher la concurrence sur base de la priorité temporelle est alors plus facilement acceptable – même pour des juristes américains si réticents à l'automatisme de la priorité temporelle –, l'indifférence de la règle de la priorité pour les qualités

<sup>2902</sup> La portée exacte de la règle est toujours en discussion. Il semble que l'on s'achemine vers une obligation pour le juge second saisi d'en déférer à la procédure engagée antérieurement, même lorsqu'il fonde sa compétence sur une règle de droit national, *supra*, n° 104.

<sup>2903</sup> V. la section 1 intitulée 'Purpose of the Act', qui explique que "The general purposes of this Act are : (a) avoid jurisdictional competition and conflict with courts of other states in matters of child custody which have in the past resulted in the shifting of children from state to state with harmful effects on their well-being".

<sup>2904</sup> "(a) A Court of this State shall not exercise its jurisdiction under this Act if at the time of filing the petition a proceeding concerning the custody of the child was pending in a court of another State exercising jurisdiction substantially in conformity with this Act [...]". Le commentaire ne laisse planer aucun doute : "When the courts of more than one state have jurisdiction [...] priority in time determines which court will proceed with the action [...]", p. 13.

<sup>2905</sup> Le *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* de 1997 qui vise à remplacer cette législation contient une disposition similaire, la section 206 selon laquelle "[...] a court of this State may not exercise its jurisdiction under this Article if, at the time of the commencement of the proceeding, a proceeding concerning the custody of the child has been commenced in a court of another State having jurisdiction substantially in conformity with this Act [...]". Le commentaire précise que la disposition n'a plus l'importance qu'elle avait en 1968 en raison de la hiérarchisation des règles de compétence. Sur cette législation, v. R. G. SPECTOR, "The New Uniform Law with Regard to Jurisdiction Rules in Child Custody Cases in the United States", *Yearb. Private Int'l. L.*, 2000, 75 e.s.



respectives des fors concurrents prêtant moins à controverse au vu des garanties offertes par les règles de compétence.<sup>2906</sup>

Les conflits de procédures de divorce font l'objet d'un traitement similaire au Royaume-Uni – ainsi qu'au Canada.<sup>2907</sup> Le *Matrimonial Proceedings Act* de 1973 fait également confiance à la priorité temporelle pour trancher la concurrence, confiance que ne trahira aucun des deux fors puisqu'ils sont liés par les mêmes règles de compétence.<sup>2908</sup>

647. **Priorité temporelle et fors également appropriés (suite)** – Il nous semble possible de déduire de ces exemples que le caractère arbitraire de la priorité temporelle constitue un fondement acceptable pour la déférence internationale lorsque les fors concurrents peuvent chacun légitimement revendiquer compétence. On pourrait même dire qu'un critère mécanique s'impose alors pour les départager, faute de pouvoir en appeler à une comparaison, difficile, entre la qualité des titres des tribunaux.

Inversement, la froideur de la litispendance choquera d'autant plus en cas de faiblesse de la compétence de l'un des tribunaux. L'hypothèse du droit commun vient immédiatement à l'esprit, dans laquelle l'exception de déférence peut être appelée à jouer au profit de n'importe quel tribunal étranger. Rien ne garantit alors que ce tribunal dispose de règles de compétence raisonnables – ou d'une exception de for inapproprié qui lui permette de trier le bon grain de l'ivraie. La priorité de saisine apparaît en effet un bien maigre fondement à la déférence lorsque le juge étranger fonde sa saisine sur la nationalité du seul demandeur ou la présence furtive du défendeur.

A l'arbitraire de la chronologie procédurale s'ajoutera alors l'injustice d'une saisine abusive. Au sein même de l'espace judiciaire européen, le risque n'est pas exclu puisque la Cour de Justice a jugé bon d'étendre la litispendance européenne aux situations dans lesquelles le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat membre. Dès lors il n'est pas exclu que le juge premier saisi fonde sa compétence sur un des chefs exorbitants exclus par l'article 3. On

<sup>2906</sup> On notera que les dispositions de la loi modèle peuvent, selon la section 23, également trouver application dans les espèces internationales. Le commentaire explique ainsi que si "Not all the provisions of the Act lend themselves to direct application in international custody disputes [...] the basic policies of avoiding jurisdictional conflict and multiple litigation are as strong if not stronger when children are moved back and forth from one country to another by feuding relatives". Dans ce cas cependant, il n'est plus question de tribunaux exerçant des compétences équivalentes. On comprend dès lors que la section 23 limite l'application de la loi modèle aux "custody decrees and decrees involving legal institutions similar in nature to custody institutions rendered by appropriate authorities of other nations if reasonable notice and opportunity to be heard were given to all affected persons". Pour une application à des espèces internationales, v. *Dixon v Cantrell*, 564 So.2d 1138, (Fla.App. 1<sup>st</sup> Dist. 1990); *Commonwealth v Zaubi*, 492 Pa. 183, 423 A.2d 333 (1980 (procédure au Danemark)); *Miller v Superior Court*, 22 Cal. 2d 923, 151 Cal.Rptr. 6, 587 P.2d 23 (1978) (procédure en Australie); *Izmary v Izmary*, 559 So.2d 1211 (Fla.App. 3<sup>rd</sup> Dist., 1990) (procédure à Haïti).

<sup>2907</sup> V. le *Divorce Act* de 1986 déjà cité, dont la section 3(2) contient une 'first out of the starting gates rule'. Selon cette disposition, "Where divorce proceedings between the same spouses are pending in two courts that would otherwise have jurisdiction under subsection (1) and were commenced on different days and the proceeding that was commenced first is not discontinued within thirty days after it was commenced, the court in which a divorce proceeding was commenced first has exclusive jurisdiction to hear and determine any divorce proceeding then pending between the spouses and the second divorce proceeding shall be deemed to be discontinued".

<sup>2908</sup> V. les observations du Dr. Clive, lors de l'examen par la Chambre des Lords de la Convention de Bruxelles II. Il expliquait que « provided the grounds of jurisdiction were reasonable and all the countries involved conducted the proceedings in accordance with accepted principles of natural justice, a simple rule for the resolution of such conflicts was better than the less predictable exercise of discretion » : *Fifth Report of the House of Lords Select Committee on the European Communities* du 22 juillet 1997, intitulé « Brussels II: The Draft Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters », n° 25.



serait alors en droit de reprocher à la litispendance d'être aveuglée par la priorité temporelle au point de privilégier un for qui peut être injuste.<sup>2909</sup>

**648. Conclusion : une priorité temporelle nuancée** - Au terme de cet examen, il faut bien constater que la règle de la priorité temporelle n'est pas la panacée pour résoudre les conflits de procédures. Certes, des progrès ont été réalisés qui devraient faciliter l'application de cette règle, notamment en ce qui concerne la définition du juge premier saisi. Certes encore, il ne faut pas réduire la priorité temporelle à un choix arbitraire pour le juge premier saisi, sans aucune autre valeur que celle de trancher le conflit. Cette règle participe au contraire d'un effort de prévention des procédures concurrentes, ainsi que d'un souci d'économie de procédures.<sup>2910</sup> Il reste qu'au delà de l'autorité d'une formule latine - le fameux adage '*prior tempore, potior iure*' - la chronologie procédurale souffre d'inconvénients non négligeables, au premier rang desquels figure l'incitation à la course au for. Ces inconvénients sont d'autant plus visibles lorsque la règle de litispendance est 'nue', c'est-à-dire qu'elle ne fait confiance qu'à la seule chronologie procédurale comme c'est le cas au sein de l'espace judiciaire européen.

Il nous semble qu'en définitive, les avantages de la priorité temporelle l'emportent sur les inconvénients.<sup>2911</sup> La *simplicité* d'application et la *neutralité* de la règle de priorité temporelle

<sup>2909</sup> On peut donc émettre de sérieuses réserves à l'encontre de la jurisprudence *Overseas* de la Cour de Justice (*supra*, n° 183). Il ne nous paraît pas que l'objectif de libre circulation des décisions justifiait que l'on étende la litispendance aux fors exorbitants. La Cour aurait dû plutôt s'inspirer de l'objectif de protection des justiciables qui fonde l'exclusion des règles exorbitantes. V. aussi les critiques de CH. CHALAS, 497, n° 544.

<sup>2910</sup> On a pu appeler la théorie des *droits acquis* au secours de la priorité accordée au juge premier saisi. Cette justification nous paraît pour le moins artificielle. On connaît les difficultés qu'a entraîné la volonté de fonder la réglementation des situations internationales privées sur ce que M. Mayer qualifie de « principe général de droit international privé » (1998, 283, n° 483). Même sous une forme atténuée, qui entend protéger les « attentes légitimes des plaideurs », ce principe n'est pas d'une grande utilité pour l'hypothèse qui nous occupe, à défaut de droits acquis ! V. cependant M.-L. NIBOYET-HOEGY, *l.c.*, *Travaux corré français D.I.P.*, 1995-96, 79-80, qui en appelle au respect des attentes légitimes des plaideurs pour fonder le principe *prior tempore potior ius*. Il est en effet difficile de parler de droits acquis alors que les deux procédures sont encore en gestation, à moins de fonder ces droits sur le simple fait de la saisine du juge - v. en ce sens P. MAYER, 1998, 295, n° 443, qui note qu'il n'y a pas encore de droits acquis au stade des conflits de procédures. Mme. Niboyet-Hoegy note que « tant qu'un jugement n'a pas été prononcé [...] il n'y a pas de droit acquis » (*l.c.*, 78), mais élargit la justification en y incluant les « attentes légitimes des parties ». V. aussi les critiques de CH. CHALAS, 488-489, n° 546.

<sup>2911</sup> C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle aboutit un auteur comme M. S. BURBANK, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 229-230 : après avoir analysé les règles qui régissent les procédures concurrentes au sein de l'espace judiciaire européen, M. Burbank constate leurs nombreux défauts et se demande s'il ne faudrait pas s'inspirer des règles européennes, dont il observe qu'elles ont influencé la litispendance prévue dans le projet de La Haye : « I am inclined to believe, in other words, that, having inspired those who negotiated the Brussels Convention to emulate our full faith and credit approach to the recognition of judgments, we can benefit by seeking to emulate, if not precisely to replicate, that Convention's approach to the problem of equilibration when there is parallel litigation, as refined and improved in the proposed Hague Convention. It is time to implement the Full Faith and Credit Clause, the grants of judicial power in Article III, and federal statutes conferring subject matter jurisdiction, with legislation that provides federal lis pendens standards, binding in state and federal courts alike, whose decisions interpreting and applying those standards can be reviewed by the Supreme Court. The standards should not usually permit parallel litigation, and they should make it impossible ever again to suggest that normative thinking about American law supports such litigation generally. At the same time [...] the standards should not implement any general preference for federal or state courts, or usher in a multi-factored case-by-case form of systemic and/or litigant interest analysis as opposed to a *defensible preference for the court in which litigation seeking a coercive (that is, not declaratory) remedy was first filed* » (nous soulignons). En somme, M. Burbank propose une règle de litispendance pour les relations entre tribunaux américains, sur le modèle de la règle de La Haye. La priorité sera accordée au juge premier saisi, sauf lorsque la procédure engagée en premier vise à obtenir une simple déclaration. *Comp.* avec les suggestions de M. *Radish*, qui propose lui aussi d'en finir radicalement avec les procédures concurrentes au sein des Etats-Unis, la fameuse 'tolérance zéro', mais n'indique pas à qui irait la priorité, question qu'il laisse de côté pour de futures recherches ! (« Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem », *Notre Dame L. Rev.*, 2000, 1347 e.s.) Et M. Burbank de justifier le besoin impératif d'une telle règle en rappelant d'une part l'absence de limites strictes à la revendication de compétence par les Etats (parce que limites constitutionnelles sont vagues) et d'autre part le devoir constitutionnel de reconnaissance des jugements ! Enfermé entre ces deux, il plaide pour

s'accordent bien avec l'objectif de prévention des conflits de procédures. Ces avantages compensent à notre sens le risque du *forum running*, dont on a vu qu'il pouvait être tempéré par la reconnaissance d'une marge d'appréciation au for de la litispendance. On peut ajouter que la priorité temporelle se prête bien à une bilatéralisation.<sup>2912</sup> La règle de déférence n'est jamais aussi forte que lorsqu'elle est partagée par plusieurs Etats. Or, le critère chronologique s'accorde parfaitement avec une règle conventionnelle, ou simplement commune à plusieurs Etats. Cette solution mécanique ne laisse en effet pas de place à l'ambiguïté, ni aux erreurs d'appréciation. Elle élimine les contestations possibles entre les tribunaux – ce qui n'est pas le cas du concept de for approprié, qui souffre d'un déficit important de pouvoir discriminant. On comprend dès lors pourquoi la priorité temporelle domine haut la main le droit conventionnel.

La valeur et la légitimité de cette règle dépendent toutefois du contexte et des conditions auxquelles elle est subordonnée. Un important travail de nuances reste dès lors à réaliser, qui s'attachera à modaliser la portée de la règle selon les circonstances. On pourra ainsi modifier la préférence pour la priorité chronologique selon le domaine assigné à la règle, dont on a vu qu'il pouvait être large ou étroit selon l'ambition (*supra*, n° 458). La préférence accordée en principe à la priorité temporelle n'empêchera pas non plus de s'interroger sur la possibilité d'apporter des aménagements à cette règle, afin d'en limiter les effets pervers. C'est ce que nous allons examiner dans la dernière partie de ce chapitre.

\* \*  
\*

---

une litispendance comme une "safety valve [...] that permits the equilibration of competing jurisdictional claims".

<sup>2912</sup> Comme le fait observer W. HAU, 228. Cet auteur évoque à propos de la règle son caractère « internationalisierungsfähig », p. 230.



### SECTION 3 : LA CHRONOLOGIE PROCEDURALE NUANCEE

649. **Introduction** - La préférence exprimée dans la section précédente pour la chronologie procédurale ne constitue pas un chèque en blanc pour cette méthode. L'examen a révélé les nombreux défauts qui affectent la priorité temporelle. Il importe dès lors d'examiner quels *aménagement*s peuvent être apportés à la règle pour en prévenir les conséquences les plus fâcheuses. La chronologie procédurale peut en effet être soumise à un ensemble de conditions et de limitations, qui en précisent la portée et permettent d'atténuer les effets les plus regrettables du mécanisme brut de la priorité temporelle. On peut distinguer deux types d'aménagements. Les premiers ont trait au *fondement* même de la règle et plus précisément au pouvoir de décider quelle procédure doit s'effacer devant l'autre (§ 1). Les seconds sont autant de *conditions périphériques* qui permettent de prolonger la réflexion et de tenir compte de situations particulières (§ 2). L'examen de ces limites et conditions révélera que le visage de la priorité temporelle est nécessairement pluriel.

#### § 1. Les aménagements qui tiennent au fondement de la règle

650. **Généralités** - Il n'est plus besoin de rappeler les défauts de la priorité temporelle. La préférence exprimée pour une règle fondée sur la chronologie procédurale ne doit dès lors pas empêcher de s'interroger sur la possibilité de remédier à ses défauts les plus manifestes. Pour ce faire, nous distinguerons deux aménagements possibles de la règle, qui touchent à son fondement même. Le premier, qui a déjà trouvé une concrétisation dans certains textes, tente de procéder à une synthèse entre la règle de la priorité temporelle et le concept de for approprié (A). Le second, qui n'en est encore qu'au stade de projet, prolonge la réflexion sur le pouvoir de décision en proposant une évolution d'une décision unilatérale vers une décision concertée (B).

#### A. Le mariage de la priorité temporelle et du for approprié

651. **Introduction** - On a expliqué pourquoi le concept de for approprié ne pouvait prétendre constituer le fondement de la règle de déférence internationale. Ce rejet ne porte pas condamnation pleine et entière de l'exception de *forum non conveniens*, qui garde toutes ses promesses lorsqu'il s'agit de corriger les effets les plus néfastes de certaines règles de compétence. Loin d'être confinée aux juridictions anglaises et américaines, l'idée d'une certaine modestie face aux règles de compétence gagne également les systèmes de droit civil. C'est principalement par le biais des conventions de La Haye que ceux-ci se sont ouverts à cette possibilité. Il suffit de penser aux dispositions des conventions jumelles de 1996 et 1999 sur la protection des enfants et des adultes. Ces conventions prévoient une clause d'exception qui permet à un tribunal compétent selon les règles conventionnelles, de surseoir à statuer s'il considère que « l'autorité d'un autre Etat

contractant serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant ». <sup>2913</sup>

Le projet de Convention de La Haye continue sur cette lancée, en introduisant une clause d'exception inspirée de la doctrine du *forum non conveniens*.<sup>2914</sup> La réflexion sur l'assouplissement des règles de compétence a également de longue date inspiré les commentateurs qui se sont penché sur la litispendance internationale. Comme on l'a remarqué, la priorité temporelle joue toujours « à sens unique », au profit du juge premier saisi.<sup>2915</sup> On a vu qu'il y a de bonnes raisons à cela, et notamment l'affinité entre priorité temporelle et économie de procédures. Il n'en demeure pas moins que dans certaines situations, la priorité accordée au juge premier saisi peut se révéler inopportune, voire malheureuse. C'est ici que l'on a suggéré un rapprochement avec l'idée du for approprié, comme tempérament non plus à la revendication de compétence mais bien au caractère mécanique de la règle du juge premier saisi.

**652. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – les travaux de M. Lagarde** – Dans son cours sur le principe de proximité, M. Lagarde a été un des premiers commentateurs à proposer une analyse critique de la rigidité des règles de compétence juridictionnelle en vigueur sur le vieux continent. S'inspirant de l'expérience anglaise de la doctrine du *forum non conveniens*, sur laquelle il pose d'ailleurs un regard critique, M. Lagarde proposait de réfléchir à la possibilité d'introduire une clause d'exception permettant au juge de décliner sa compétence s'il estime que l'espèce ne présente pas avec lui de liens suffisants.<sup>2916</sup> Tout en reconnaissant que la réflexion n'en était qu'à ses « premiers balbutiements » <sup>2917</sup> il notait qu'une évolution ne pouvait être exclue. Parmi les domaines d'application potentiels de cette clause, l'auteur accordait une certaine importance à la litispendance internationale dont il expliquait qu'elle était trop souvent soumise à un « carcan rigide ». <sup>2918</sup>

Constatant que l'exception de litispendance, dans sa configuration ordinaire, ne peut jouer qu'au profit du tribunal premier saisi, M. Lagarde plaidait pour l'admission d'une clause d'exception inspirée du principe de proximité, qui permettrait d'apporter au problème de la litispendance des solutions plus souples et plus adaptées. Concrètement, il suggérerait de conférer au tribunal premier saisi la possibilité de surseoir à statuer au profit du tribunal second saisi « si ce dernier est manifestement plus proche du litige que le premier ». <sup>2919</sup> Cette « souplesse de fonctionnement » permettrait des résultats concrets

<sup>2913</sup> Art. 8, al. 1 de la Convention de 1996. V. également l'article 8 de la Convention de 2000 sur la protection des adultes. Sur cette disposition, v. le rapport explicatif de P. LAGARDE, ainsi que A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *Recueil des cours*, 2000, (9), n° 101.

<sup>2914</sup> Art. 22. V. sur cette disposition, M. STUCKELBERG, « Lis Pendens and Forum Non Conveniens at the Hague Conference : the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters », *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, 949-981; D. MCCLEAN, « De Conflictu Legum. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century. General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, 2000, (41), 191-193 et en général F. MARONGIU BUONAIUTI, « Forum non conveniens facing the prospective Hague Convention and EC Regulation on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters », *Rivista di Diritto Europeo*, 1999, 3-47 et l'analyse exhaustive de A. NUYTS, 427, n° 396 e.s. *Adde* R. A. Brand, « Comparative Forum Non Conveniens and the Hague Convention on Jurisdiction and Judgments », *Texas Int'l L.J.*, 2002, 467-495, spéc. 490-494.

<sup>2915</sup> CH. CHALAS, 498, n° 557.

<sup>2916</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, (9), 142 e.s.

<sup>2917</sup> *Idem*, 150, n° 152.

<sup>2918</sup> *Idem*, 155, n° 157.

<sup>2919</sup> *Idem*, 155, n° 157.

« plus satisfaisants » et en particulier « le regroupement de litiges complexes autour du tribunal répondant le mieux au principe de proximité ».<sup>2920</sup>

Le moins que l'on puisse dire c'est que l'idée ne manque pas d'audace. Ecartant la traditionnelle frilosité des juridictions de droit civil pour les règles flexibles, M. Lagarde proposait tout simplement un mariage harmonieux de la litispendance et du *forum non conveniens*, le dernier servant de clause d'exception au premier.<sup>2921</sup> En pratique, la priorité du juge premier saisi conserverait son rôle de règle principale. Le juge premier saisi aurait toutefois la possibilité de s'écarter de cette règle lorsqu'il estime que la cause dépasse sa sphère naturelle de compétence. On aperçoit immédiatement les avantages de cette suggestion, en particulier en comparaison avec cet autre aménagement déjà évoqué de la règle de priorité de saisine, la reconnaissance au juge second saisi d'un pouvoir d'appréciation (*supra*, n° 636). Cette dernière suggestion permet certes au juge second saisi, lorsqu'il l'estime nécessaire, de faire barrage à un abus de la priorité temporelle. Il faut toutefois craindre que la possibilité pour le juge second saisi d'évaluer l'opportunité de s'en tenir à la priorité temporelle ne laisse subsister des procédures concurrentes.

Au contraire, lorsque le pouvoir d'appréciation appartient au juge premier saisi, l'appréciation pourra prévenir les abus auxquels pourrait conduire une règle rigide sans porter atteinte à l'objectif de coordination des procédures concurrentes : lorsque le juge premier saisi estime que la règle de priorité temporelle est défailante, il pourra ignorer l'impératif de la chronologie procédurale sans mettre à mal celui de coordination des procédures concurrentes puisqu'en se dessaisissant il ouvre la voie au juge second saisi qui ne sera plus embarrassé par la saisine antérieure d'un juge étranger.

**653. Les vertus du *forum non conveniens* comme exception et non comme fondement de la règle de déférence** - On peut se demander si l'introduction d'une dose de *forum non conveniens* dans une règle de déférence fondée sur la priorité chronologique ne se heurte pas au manque de pouvoir discriminant du for approprié, évoqué antérieurement. S'il n'en est rien, c'est que la configuration de la règle a changé : le for approprié n'est plus le moteur de la déférence, mais constitue une simple exception au mécanisme de la priorité temporelle, exception qui viendra corriger le caractère trop arbitraire de celle-ci. Dans cette hypothèse, il ne s'agit plus de départager deux fors sur la seule base de la qualité de leurs titres, mais bien de corriger une règle en cas de déséquilibre flagrant. C'est là que le *forum non conveniens* révèle toute sa force. On peut imaginer que le juge premier saisi se révèle ne posséder d'autre lien avec la cause que la nationalité du demandeur, alors que le juge second saisi est le véritable centre de gravité de l'affaire ; dans ce cas l'exception de for inapproprié s'imposera pour nuancer la priorité temporelle.

En d'autres termes, la vocation subsidiaire assignée au *forum non conveniens* comme tempérament à la priorité chronologique fait disparaître le défaut de pouvoir discriminant. Il ne sera pas demandé au *forum non conveniens* de départager systématiquement deux fors concurrents, ce qu'il ne saurait faire avec autant de précision et de neutralité que la priorité chronologique. Il lui est seulement demandé de corriger, dans des situations exceptionnelles, les résultats parfois déplorables et arbitraires de la priorité chronologique.

<sup>2920</sup> Id.

<sup>2921</sup> V. à sa suite les réflexions de CH. CHALAS, 498-505, qui propose également de reconnaître au juge premier saisi « la possibilité de renoncer à l'exercice de sa compétence lorsque le tribunal saisi en second lieu est manifestement plus approprié pour trancher le litige », 501, n° 560.

654. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – les modalités concrètes de l’exception à la priorité chronologique – La suggestion de M. Lagarde, qui consiste à permettre le renversement de la priorité chronologique lorsque celle-ci énerve trop l’objectif de proximité, est judicieuse. Encore faut-il s’interroger sur les modalités concrètes selon lesquelles le juge premier saisi exercera son appréciation. M. Lagarde n’avait pas fourni de nombreux détails sur ce point, se contentant de préciser que la clause d’exception serait avant tout appelée à jouer lorsque « le laps de temps séparant l’introduction des deux demandes est bref ». <sup>2922</sup> On pouvait y voir un appel à relativiser l’importance de la priorité chronologique lorsque les deux procédures sont quasi concomitantes. <sup>2923</sup> Pour le reste, M. Lagarde semblait faire confiance à l’exception de for inapproprié telle qu’il l’avait formulée. <sup>2924</sup>

Mlle. Chalas a été sensiblement plus explicite, traçant les contours d’une exception à la priorité temporelle dans le cadre de son étude d’ensemble sur l’exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé. <sup>2925</sup> Elle explique qu’il est sans doute impossible de dresser une liste exhaustive des situations dans lesquelles le tribunal second saisi possèdera un titre supérieur à trancher le litige. Partant, le tempérament à la priorité de saisine doit s’envisager comme une clause générale largement inspirée de la pratique du *forum non conveniens*. L’appréciation sera donc nécessairement casuistique, ce qui ne choque pas étant donné qu’il s’agit d’une exception et non du fondement même de la règle. Mlle. Chalas évoque ainsi la situation dans laquelle la compétence du juge premier saisi sera elle-même « clairement inappropriée », par exemple parce qu’elle fait apparaître « une manœuvre de la part du demandeur cherchant à échapper à la compétence des tribunaux étrangers mieux placés pour assurer l’exécution de la décision qu’ils rendraient éventuellement à son encontre ». <sup>2926</sup> De façon classique, le juge premier saisi devra également avoir égard à la « légitimité du rattachement sur lequel [il] se fonde » et en particulier sur la « nature exorbitante de la compétence de la juridiction première saisie ». <sup>2927</sup> Tout comme le proposait M. Lagarde, l’exception qu’envisage Mlle. Chalas serait limitée dans le temps : la priorité temporelle n’est jamais plus fragile que lorsque les deux procédures se suivent de près. Lorsqu’au contraire la seconde procédure est beaucoup plus tardive, Mlle. Chalas n’envisage pas de permettre au juge premier saisi d’en déférer à son concurrent. Comme elle l’explique, « il ne convient pas [...] de récompenser le choix tardif d’un tribunal, même s’il est meilleur ». <sup>2928</sup> Enfin, elle propose – tout comme le faisait déjà M. Lagarde <sup>2929</sup> – de tenir compte de la position procédurale des

<sup>2922</sup> 155, n° 157.

<sup>2923</sup> V. aussi sur cette question la proposition formulée par le Royaume-Uni lors des négociations de La Haye, qui visait à permettre au tribunal second saisi à écarter l’application de la règle de litispendance lorsqu’il était saisi moins de 60 jours après l’introduction de la première demande, à condition qu’il estime être également le tribunal le plus approprié pour connaître de la cause : Document de travail n° 329 du 29 octobre 1999. Cette proposition fut rejetée, la majorité des délégations préférant réserver au tribunal premier saisi la possibilité d’écarter le jeu de la priorité temporelle, v. le rapport de séance n° 86 du 30 octobre 1999, p. 2-3.

<sup>2924</sup> Ses propositions sont synthétisées p. 150, n° 151, lorsqu’il écrit qu’un « tribunal compétent pourrait exceptionnellement se déclarer incompétent s’il était établi, d’une part, que ce tribunal était peu approprié pour connaître du litige en raison de l’éloignement du défendeur et de la difficulté pour ce tribunal d’accéder aux preuves et aux éléments du cas, d’autre part qu’un autre tribunal plus approprié et plus rapproché, offrant au demandeur des garanties équivalentes quant à son impartialité et à la justice procédurale, pouvait être saisi par le demandeur et se reconnaître compétent ».

<sup>2925</sup> V. surtout 501-505.

<sup>2926</sup> 501, n° 560.

<sup>2927</sup> 502, n° 560.

<sup>2928</sup> 502, n° 561.

<sup>2929</sup> 155, n° 157.

parties, l'exception pouvant être plus facilement accueillie au détriment de la partie deux fois demanderesse.<sup>2930</sup>

**655. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une union judiciaire en droit conventionnel ?** – Le mariage de la litispendance et du *forum non conveniens* peut se révéler fructueux. Les suggestions de la doctrine ont d'ailleurs déjà trouvé une première concrétisation dans le projet de Convention de La Haye, qui fait le lien entre la litispendance et l'exception de for inapproprié. Selon le dernier alinéa de l'article 21, le juge premier saisi peut, à la demande d'une partie, estimer que le tribunal saisi en second lieu est clairement plus approprié pour statuer sur le litige, selon l'acception que revêt ce concept dans la Convention. Dans ce cas, la Convention indique que la règle de litispendance ne s'applique pas. Concrètement, cela signifie que le juge second saisi ne sera pas dans l'obligation de surseoir à statuer. Dans le même temps, le tribunal premier saisi donnera suite à l'exception de for inapproprié prévue à l'article 22. La concurrence de procédures sera alors résolue selon une toute autre modalité que la simple chronologie procédurale puisque c'est le for second saisi qui l'emportera au nom du principe de proximité.

Cette suggestion est le fruit de longues réflexions et ne s'est imposée qu'au terme d'une véritable bataille sur la solution des conflits de procédures. Au départ, les représentants des pays de droit civil n'imaginaient pas d'accepter une clause de *forum non conveniens* dans le projet ; au contraire, les représentants des pays de *common law*, échaudés sans doute par l'expérience européenne, ne pouvaient penser une convention sans prévoir une clause d'exception inspirée de la doctrine du for inapproprié.<sup>2931</sup> Les esprits se sont petit à petit rencontrés. Déjà lors de la Commission spéciale de mars 1998, le co-rapporteur proposait, après avoir constaté le contraste entre la règle de la stricte priorité temporelle et celle du *forum non conveniens*, comme solution de compromis une règle selon laquelle « la litispendance a un rôle important mais [comporte] une certaine souplesse dans la mesure où le tribunal premier saisi pourrait décliner sa compétence en faveur d'un tribunal plus approprié ».<sup>2932</sup>

**656. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une union judiciaire en droit conventionnel ? (suite)** – Cette suggestion a reçu une première concrétisation dans un document de travail soumis par la délégation suisse, qui permettait au tribunal saisi en premier lieu, de surseoir à statuer et « d'inviter la partie intéressée à demander au tribunal saisi en second lieu s'il accepte d'exercer sa compétence en lieu et

<sup>2930</sup> 502, n° 561. CH. CHALAS s'empresse toutefois de nuancer l'importance de cet élément, en expliquant que la distinction entre procédures ne doit pas revêtir une valeur absolue, le renouvellement de la procédure par le même demandeur pouvant s'avérer légitime, cf. *supra*, n° 510.

<sup>2931</sup> Les conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements, Document préliminaire n° 19 de novembre 1992, établi par le Bureau Permanent à l'attention de la Dix-septième session, se contentaient de mentionner de façon très diplomatique que des études complémentaires étaient nécessaires sur les questions de litispendance et du *forum non conveniens* (p. 12). Les réticences des pays de droit civil à l'égard de la doctrine du *forum non conveniens* sont synthétisées dans les conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, parue in *Actes et documents de la 18<sup>ème</sup> session, Matières diverses*, SDU, La Haye, (62), § 32. V. aussi sur cette question, C. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, 39-43.

<sup>2932</sup> Rapport de séance n° 24 du 5 mars 1998, commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 4. Cette proposition a ensuite été reprise dans le Document de synthèse n° 9 de juillet 1998, 41, n° 100, Mme. Kessedjian expliquait que l'on pourrait allier la règle prior tempore et une règle plus flexible en décidant que « si le tribunal saisi en premier considère que celui saisi en second est manifestement plus approprié pour résoudre le litige, il peut, après s'être assuré que le tribunal saisi en second accepte d'exercer sa compétence, surseoir à statuer et renvoyer les parties devant ce tribunal ».



place du tribunal premier saisi » lorsqu'il estime que « le tribunal saisi en second lieu [est] manifestement mieux à même de résoudre le litige ». <sup>2933</sup> Les auteurs du document expliquaient que cette possibilité ne constituait pas « une exception, mais une nuance à la règle de priorité » qui visait à « adoucir le syndrome du 'rush to the court' » et limiter le respect accordé au choix par le demandeur du forum initial. <sup>2934</sup> Les premières réactions à cette proposition avaient été plus que mitigées. <sup>2935</sup> Cette proposition a toutefois été reprise dans la première ébauche de texte soumise aux délégués. <sup>2936</sup>

Un consensus semble s'être dessiné lors de la Commission spéciale de novembre 1998, les experts réunis exprimant le désir d'adopter une règle de litispendance flexible, qui diminuerait le besoin pour les parties de saisir le plus rapidement possible un tribunal. <sup>2937</sup> Certains estimaient certes qu'une trop grande flexibilité pourrait être source de litige et de coûts additionnels pour les parties. <sup>2938</sup> D'autres encore expliquaient qu'il serait difficile d'établir une hiérarchie entre deux tribunaux compétents selon les règles de la Convention sur base de l'idée d'un lien de proximité suffisant. La proposition fut toutefois incluse dans le projet de texte. <sup>2939</sup> Il fallut attendre la Commission spéciale de juin 1999 pour que l'idée s'impose définitivement. Au cours de cette Commission spéciale, un groupe de travail *ad hoc* fut constitué qui était chargé de dénouer le nœud de la litispendance et du *forum non conveniens*. <sup>2940</sup>

**657. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une union judiciaire en droit conventionnel? (suite) – les rapports entre la règle et l'exception –** On a alors suggéré d'étendre le pouvoir d'appréciation au deux juges, et non plus seulement au juge premier saisi. <sup>2941</sup> De nombreux experts se sont toutefois opposés à cette dilution de la règle, en expliquant qu'elle « conduirait à évincer la règle de litispendance tout en nuisant à l'objectif de sécurité juridique et faisant naître le risque de décisions contradictoires ». <sup>2942</sup> A cette crainte, un observateur a répondu en soulignant la nature exceptionnelle du dessaisissement en vertu du *forum non conveniens* et en expliquant que « le risque de décisions contradictoires n'augmentera que de façon marginale [...] ». Il concluait que « cette augmentation est somme toute un prix raisonnable à payer pour

<sup>2933</sup> Document de Travail n° 60 du 6 mars 1998, proposition de la délégation suisse.

<sup>2934</sup> V. le rapport de séance n° 29 du 9 mars 1998, commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3.

<sup>2935</sup> V. le rapport de séance n° 29 du 9 mars 1998, commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3. Certains experts expliquaient que l'appréciation fondée sur la caractère approprié des fors en présence pourrait conduire à une « insécurité juridique ».

<sup>2936</sup> Esquisse de texte pour aider à la préparation d'une convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Document d'information n° 2, septembre 1998, préparé par le Bureau Permanent, p. 25.

<sup>2937</sup> V. le rapport de séance n° 52 du 19 novembre 1998, Commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 1.

<sup>2938</sup> Idem, p. 3.

<sup>2939</sup> Art. 23, variante II, Document de Travail n° 144 de novembre 1998.

<sup>2940</sup> V. la synthèse des questions posées à la Commission spéciale, Document de discussion des questions portées à l'ordre du jour de la Commission spéciale de juin 1999, mai 1999, pp. 22-23, qui expliquait que la Commission devrait choisir entre une règle fixe favorisant le tribunal premier saisi et une règle flexible, qui « entraînera inmanquablement l'évaluation du caractère plus ou moins approprié de la compétence de chacun des tribunaux saisis ».

<sup>2941</sup> V. le document de travail n° 21 du 15 juin 1999, émanant du groupe de travail sur le refus d'exercice de compétence, qui précisait que l'exception de litispendance ne s'appliquait pas lorsque « [le tribunal premier saisi] [l'un ou l'autre tribunal] [...] détermine que le tribunal second saisi est clairement plus approprié pour statuer sur le litige [...] ».

<sup>2942</sup> Rapport de séance n° 70, du 16 juin 1999, p. 4.

garantir qu'un litige ne sera pas soumis à un for manifestement inapproprié ». <sup>2943</sup> Cette question, cruciale pour le visage de la litispendance, n'a pu être résolue lors de cette Commission Spéciale. Le texte adopté à cette occasion refusait de trancher et proposait les deux options. <sup>2944</sup>

La question des rapports entre la litispendance et le *forum non conveniens* a fait l'objet de nouvelles discussions lors de la Commission spéciale d'octobre 1999. D'emblée, les Etats-Unis avaient proposé une modification sensible du texte, qui visait à intégrer plus radicalement le *forum non conveniens* au sein de l'exception de litispendance. Selon le Document de Travail n° 273, le tribunal second saisi aurait eu seul la possibilité d'avoir recours à l'exception de for inapproprié pour écarter le cas échéant la règle de la priorité temporelle. <sup>2945</sup> Le texte prévoyait en outre une exception générale qui réservait le jeu du *forum non conveniens*. <sup>2946</sup>

La portée de la litispendance s'en voyait sensiblement modifiée : de simple exception limitée à la seule appréciation du juge premier saisi, le *forum non conveniens* se voyait promu à un rang équivalent à celui de la priorité temporelle dans la résolution des conflits de procédures. Comme on l'a remarqué lors de la discussion de ce texte, accorder aux deux tribunaux la possibilité de mêler des considérations de for approprié à la litispendance pourrait conduire à une impasse : le for second saisi n'est plus alors lié par la règle de la priorité temporelle, qui se réduit à une simple indication de la façon dont la concurrence doit être tranchée. <sup>2947</sup> Que faire en effet en cas de désaccord entre les deux tribunaux sur leur caractère plus ou moins approprié, puisque le tribunal second saisi est libre de s'écarter de cette règle ? On pouvait craindre qu'une telle règle ne laisse subsister des procédures concurrentes. Il ne faut certes pas exagérer le péril, puisque dans tous les cas, les deux juges seront liés par la même clause de *forum non conveniens*, soumise à des conditions strictes. Il demeure qu'une trop grande flexibilité peut nuire à la sécurité juridique qui est le principal atout de la priorité de saisine. Le *forum non conveniens* ne serait plus au service de la litispendance, mais risquerait de l'éliminer. En définitive, la Commission spéciale exprima sa préférence pour la version restrictive de l'exception qui réservait au juge premier saisi le pouvoir de renoncer à sa priorité de saisine. <sup>2948</sup>

**658. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une union judiciaire en droit conventionnel ? (suite) –** L'expérience de La Haye révèle les limites de la flexibilité : si exception il doit y avoir à la règle du juge premier saisi, il importe qu'elle soit soigneusement circonscrite. L'avantage que procure la priorité chronologique en termes de sécurité juridique et de prévisibilité ne doit pas succomber sur le souci de flexibilité. Il faudra encore éviter que le renversement de priorité ne conduise à un gaspillage de ressources. A ce titre, on peut espérer que le juge premier

<sup>2943</sup> Rapport de séance n° 70, du 16 juin 1999, p. 4.

<sup>2944</sup> Article 23(6)(b) de l'Avant-projet d'une Convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale, Document de travail n° 241. V. aussi le document de travail n° 233, émanant du groupe de travail sur le refus d'exercice de compétence (17 juin 1999), ainsi que le document de travail n° 238, du même groupe, qui précisait que restait encore à résoudre la question de l'application du pouvoir d'appréciation par le seul juge premier saisi ou par les deux juges concurrents (p. 2).

<sup>2945</sup> Article 23, (3)(b) du texte proposé par le Document de travail n° 273 du 2 octobre 1999. Le texte émanait des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande.

<sup>2946</sup> Selon l'article 23, (4), « A court seised of a matter, where this Article applies, may decline jurisdiction under Article 24 ».

<sup>2947</sup> V. Rapport de séance n° 79, du 28 octobre 1999, p. 2.

<sup>2948</sup> Selon le Rapport de séance n° 79, du 28 octobre 1999, p. 2, le vote fut toutefois loin d'être unanime.

saisi tienne compte de l'état d'avancement de sa procédure avant d'en référer au juge second sais. Celui-ci a beau être plus approprié, le dessaisissement du juge premier sais pourrait s'avérer peu judicieux s'il aboutissait à la perte de tous les efforts réalisés dans la première procédure.<sup>2949</sup>

La flexibilité apportée à l'exception de litispendance dans le projet de Convention permet également de préciser le standard auquel devra se référer le juge premier sais : s'il doit apprécier l'opportunité de conserver la maîtrise du litige, il pourra s'en référer à l'article 22 de cette Convention, qui représente une véritable codification du *forum non conveniens*, acceptable sans doute pour les pays de droit civil. On relèvera en particulier les nombreuses limites apportées à l'appréciation discrétionnaire du juge de l'exception dans cette disposition, limites qui la rapproche certainement plus de la version australienne de la doctrine que de la version anglaise (*supra*, n° 561). En définitive, cette clause paraît s'imposer pour délimiter le pouvoir d'appréciation reconnu au juge premier sais.

**659. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance - une solution à généraliser ?** - Le mariage de la litispendance et du *forum non conveniens* se révèle fructueux. Faut-il pour autant généraliser la solution proposée pour la Convention de La Haye ? On a proposé d'introduire un tempérament similaire à la règle de litispendance européenne dans le contentieux du divorce.<sup>2950</sup> De même on notera que la règle de litispendance prévue par le droit des Etats américains pour le contentieux de la garde des enfants connaît un tempérament directement inspiré de l'exception de for inapproprié.<sup>2951</sup> L'idée a également été reprise par les Principes de Leuven Londres suggérés par l'*International Law Association*. Le principe 4.1. impose à la juridiction première saisie, à laquelle est conférée la priorité de principe, d'examiner si le juge second sais n'est pas mieux placé pour trancher le litige. S'il s'avère que la priorité temporelle ne correspond pas à une priorité qualitative, le juge premier sais peut renvoyer l'instance à la juridiction seconde saisie.<sup>2952</sup> La règle inspirée du *forum non conveniens* prévoit à son tour que le juge tiendra compte du « souhait d'éviter une multiplication des instances et des jugements inconciliables, en ayant égard à la manière dont les parties ont eu recours à la compétence

<sup>2949</sup> On a sur cette question proposé de tenir compte de l'état d'avancement des procédures. Le texte proposé par le comité de rédaction (document de travail n° 320 du 29 octobre 1999) prévoyait que le tribunal premier sais « détermine que le tribunal sais en second lieu est clairement plus approprié [...] compte tenu du degré d'avancement de la procédure devant le tribunal premier sais ».

<sup>2950</sup> Intervention de M. Hartley lors de l'examen par la Chambre des Lords de la Convention de Bruxelles II : *Fifth Report of the House of Lords Select Committee on the European Communities* du 22 juillet 1997, intitulé « Brussels II : The Draft Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters », n° 26. Le professeur Hartley suggérait que la Convention soit amendée « to provide that the court first seised, it is thinks another court is more appropriate, could stay proceedings in favour of that other court, provided the other court was prepared itself to accept the proceedings ».

<sup>2951</sup> Selon l'article 6 de la loi uniforme, le tribunal deuxièmement sais doit en déférer au tribunal premier sais, "unless the proceeding is stayed by the court of the other state because this State is a more appropriate forum or for other reasons". En d'autres termes, il revient au tribunal premier sais, tout comme dans le projet de Convention de La Haye, de se prononcer sur l'exception de for inapproprié. Selon la section 23 de la loi modèle, celle-ci peut également recevoir application dans les espèces internationales : « The general policies of this Act extend to the international area. The provisions of this Act relating to the recognition and enforcement of custody decrees of other states apply to custody decrees and decrees involving legal institutions similar in nature to custody institutions rendered by appropriate authorities of other nations if reasonable notice and opportunity to be heard were given to all affected persons ». La section 206 de la nouvelle version de cette loi-modèle, adoptée en 1997, prévoit la même exception à la règle de priorité temporelle. Dans les deux cas, la loi modèle prévoit également une exception générale de *forum non conveniens*. On peut se demander si les négociateurs du projet de Convention de La Haye avaient conscience de reprendre une solution déjà en vigueur au sein de l'espace judiciaire américain.

<sup>2952</sup> Principe 4.1.

de l'une ou de l'autre juridiction et au degré d'instruction quant au fond des instances pendantes devant l'une ou l'autre juridiction ».<sup>2953</sup>

La perspective est sensiblement différente – non seulement parce que les principes ne visent que la question du dessaisissement des tribunaux, sans prévoir des règles de compétence communes – mais également parce que la mise en œuvre de l'exception à la priorité du juge premier saisi est une obligation pour celui-ci, alors que dans le projet de Convention de La Haye, elle reste soumise à la demande d'une des parties. La différence est de taille, comme l'explique le rapporteur. La priorité accordée au tribunal premier saisi est en effet précaire ; elle ne vise qu'à lui assurer la primeur dans l'appréciation du caractère approprié des fors. Il ne pourra échapper à l'obligation « positive »<sup>2954</sup> d'examiner les qualités respectives des fors concurrents. La priorité que lui assure sa saisine antérieure ne sera confirmée que si elle reçoit l'appui d'un examen du caractère approprié des fors.<sup>2955</sup> En d'autres termes, le *forum non conveniens* n'est plus une simple exception qui vient corriger l'application stricte de la priorité temporelle. Il devient dans les Principes le *fondement* même du dessaisissement au même titre que la chronologie procédurale. Les deux fondements sont en d'autres termes mis sur le même pied : il n'y aura priorité du juge premier saisi que s'il peut revendiquer le titre de for naturel.

**660. Le mariage du *forum non conveniens* et de la litispendance – une solution à généraliser? (suite)** – Le mélange entre *forum non conveniens* et litispendance est certainement plus abouti dans les principes de l'ILA que dans le projet de Convention de La Haye. Dans ce dernier, le *forum non conveniens* n'est que la 'pointe d'épice' que l'on ajoute à un met dont l'ingrédient principal reste la mécanique priorité chronologique. Dans les premiers, il constitue au contraire la base même à partir de laquelle le plat est confectionné. Il demeure que le raisonnement est le même : il vise à jeter un pont entre la litispendance et le *forum non conveniens* pour atténuer les conséquences insatisfaisantes du caractère rigide de la première. On peut se demander s'il y a place pour une telle exception au sein de l'espace judiciaire européen.

Dans l'état actuel des textes européens, il est clair qu'il n'est pas plus de place pour une exception à la règle du juge premier saisi fondée sur l'idée du juge approprié que pour une exception générale aux règles de compétence qui s'inspirerait de la doctrine du *forum non conveniens*.<sup>2956</sup> L'impérativité du dessaisissement imposé au juge second saisi ne s'accommoderait pas d'une quelconque exception, fut-elle encadrée dans des limites sévères.

N'est-ce pas, doit-on se demander, laisser intact tout le potentiel abusif de la priorité de saisine, qu'il conviendrait *de lege ferenda*, de nuancer en s'inspirant de l'exemple de La

<sup>2953</sup> Principe 4.3 (d).

<sup>2954</sup> Selon le rapport, p. 23.

<sup>2955</sup> Examen dont le principe 4.3. détaille les modalités. Ici aussi les principes de l'ILA s'écartent du projet de Convention de La Haye. Le test retenu par l'ILA est beaucoup plus proche de la formulation classique du *forum non conveniens* que l'on trouve en droit anglais. Il suffit en effet que le tribunal étranger soit jugé « manifestement plus approprié eu égard aux intérêts de toutes les parties » pour justifier un dessaisissement, sans qu'il soit nécessaire que le tribunal qui se dessaisit soit lui « clairement inapproprié », comme l'exige l'article 22 du projet de Convention de La Haye.

<sup>2956</sup> Sur cette dernière question, v. les références citées *supra* note 1818. *Adde* P. LAGARDE, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 151, n° 152, qui explique que la rigidité des règles européennes de compétence s'explique dans la perspective fédérative de la convention, qui fait que les tribunaux des Etats membres « appartiennent tous à un même ordre juridique et [que], dans cette mesure, les règles de la convention peuvent être assimilées à des règles de compétence interne ».

Haye ? Pour répondre à cette question, il faut apprécier la nature spécifique des accords liant les Etats européens. La règle de litispendance s'insère en effet dans un cadre particulier où des règles de compétence précises et communes coexistent avec - et justifient - une très grande liberté de circulation des décisions. Les Etats membres ont souscrit à une règle de litispendance d'une portée jusqu'alors inconnue. Cette règle est appelée à jouer entre juges déclarés compétents sur base de chefs de compétence précis, qui sans être parfaits, éliminent pour une grande partie le risque de voir une affaire soumise à un juge « clairement inapproprié » au sens de l'article 22 de la Convention de La Haye. Si exception il doit y avoir à la priorité du juge premier saisi, elle ne sera dès lors appelée à jouer que dans des cas extraordinaires. Il faudrait alors qu'un juge européen apprécie la valeur relative des règles de compétence en jeu, un exercice pour le moins difficile et pour lequel la plupart des tribunaux nationaux ne possèdent pas d'expérience. De plus, l'introduction d'une exception éventuelle obligerait les Etats à définir de façon précise la version européenne du *forum non conveniens*. La grande force de la Convention de La Haye est en effet de pouvoir en appeler à la clause du for inapproprié prévue par le même texte, dont l'équivalent européen reste à construire.

Toutes ces données font qu'il semble peu judicieux de suivre la voie adoptée par les négociateurs de La Haye et de permettre au juge européen premier saisi de revenir sur la priorité que lui accorde l'exception de litispendance. Cette conclusion provisoire ne doit pas empêcher d'explorer d'autres pistes pour rencontrer les objections que soulève au niveau européen la priorité du juge premier saisi.

## B. Vers une déférence coordonnée ?

**661. Introduction** – L'adjonction d'une pointe de *forum non conveniens* à la litispendance internationale permet d'en atténuer quelque peu le caractère arbitraire et de mieux répondre au souci d'une justice de droit matériel. Elle se révèle ainsi un judicieux complément à la priorité temporelle.

Il est une autre critique de l'exception de déférence qui mérite notre attention. Comme l'expliquait *M. Lagarde* à propos de l'exception de litispendance internationale, « lorsque le tribunal second saisi refuse de se dessaisir, il statue sans tenir en principe aucun compte de ce que décidera le tribunal premier saisi (et réciproquement) ». Et l'auteur d'en conclure que « [c]ette dualité d'instances ne peut qu'être défavorable à une bonne administration de la justice ».<sup>2957</sup> Il ne faut pas se méprendre sur la portée de la critique : il ne s'agit pas de dénier à la chronologie procédurale toute prétention à constituer un mode de partage des procédures concurrentes. *M. Lagarde* constate simplement que lorsqu'un Etat fait sienne la priorité accordée à la première procédure, sa volonté d'en déférer au juge premier saisi ne sera pas d'un grand secours dès lors que le tribunal concurrent ne voit pas dans cette priorité une raison justifiant impérieusement qu'il se dessaisisse. Cette limitation de la priorité de saisine pourrait tout aussi bien être celle d'une règle de priorité fondée sur le caractère approprié des fors : lorsque seul le for plus approprié adhère à une règle de ce type, il refusera de faire droit à l'exception de déférence et statuera sur le litige tout autant que le tribunal concurrent.

<sup>2957</sup> 155, n° 157. V. également CH. CHALAS, 491, n° 548 et W. HAU, 226.

Ainsi comprise, la critique touche toutes les règles de déférence *unilatérales*. Elle met en lumière les avantages, déjà évoqués, d'une exception de déférence acceptée conventionnellement. On peut se prendre à rêver et imaginer que l'ensemble des États concluront un jour une convention prévoyant une solution définitive aux conflits de procédures. Dans l'immédiat, il faut bien prévoir une solution pour les espèces qui échappent encore aux solutions conventionnelles. Entre les deux modes – coordination unilatérale et coordination fondée sur un accord exprès entre les fors concurrents – il y a sans doute place pour des variations que nous allons maintenant examiner.

On peut distinguer plusieurs variations, selon le degré de coopération judiciaire : la première s'entend d'une coopération 'passive', en ce qu'elle ne met en jeu que la seule décision d'un des fors concurrents (2). A un degré supérieur, des voix s'élèvent pour plaider en faveur d'une plus grande concertation entre instances judiciaires saisies concurremment du même litige (3). Enfin, une solution extrême verrait la mise en place d'un tribunal international chargé de statuer sur les litiges privés (1). Nous examinerons successivement ces trois hypothèses.

#### 1. UNE JURIDICTION INTERNATIONALE DE DROIT PRIVE ?

**662. Introduction** – La constitution d'une ou de plusieurs juridictions internationales constitue sans doute un des monstres du Loch Ness du droit judiciaire international, souvent évoqué mais jamais aperçu. La création d'une telle juridiction permettrait en théorie de mettre fin aux conflits de procédures. Dès lors que les parties soumettent leur litige à un tribunal international, il n'y aurait en effet plus de place pour une quelconque concurrence et donc un conflit entre tribunaux nationaux. Il faut cependant avouer que cette idée n'a que peu de chance d'aboutir. Pour d'évidentes raisons de réalisme et de pragmatisme, cette solution doit être rangée au rang de douce utopie, du moins après en avoir décrit les tenants et les aboutissants.

**663. Une idée lancée par les 'sociétés savantes' après la première guerre mondiale** – La question ne semble avoir été sérieusement étudiée que pendant la période de l'entre deux guerres. S'appuyant sur l'exemple fortement romantisé des tribunaux marchands du moyen âge, tranchant lors de foires et marchés les litiges opposant les commerçants de villes différentes,<sup>2958</sup> ainsi que sur l'expérience plus récente des tribunaux arbitraux mixtes institués après la première guerre mondiale par le Traité de Versailles pour trancher les conflits entre États et particuliers,<sup>2959</sup> de nombreux auteurs et

<sup>2958</sup> On sait que cet exemple a été utilisé par les tenants de la *lex mercatoria* pour conférer une certaine légitimité historique à celle-ci. V. p. ex. C. SCHMITTHOFF, "The Unification of the Law of International Trade", *Journal of Business Law*, 1968, (105-119), 106-107, qui fait allusion aux "courts of piepowders existing in the Middle Ages to deal with commercial disputes between foreign and domestic merchants". Sur les abus de références historiques dans le débat sur la *lex mercatoria* v. N. E. HATZIMIHAIL, "The Many Lives – and Faces – of *Lex Mercatoria*: A Study of the Genealogy of International Business Law", *inédit*. D'autres ont évoqué l'existence de ces tribunaux marchands pour illustrer l'importance du contentieux commercial international, p. ex. D. F. VAGTS, "Dispute Resolution Mechanisms in International Business", *Recueil des cours*, 1987-III, t. 203, (9), 17. Plus récemment, M. Juenger a une fois de plus rappelé l'existence du *praetor peregrinus* à Rome et des tribunaux marchands du moyen âge pour souligner l'existence d'antécédents historiques à la création de tribunaux internationaux : F. K. JUENGER, "Some Comments on European Procedural Harmonization", *Am J. Comp. L.*, 1997, (931), 934-935 et du même, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, 23-24.

<sup>2959</sup> Sur ces tribunaux et leur jurisprudence, v. F. RIGAUX, "Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 121-122, n° 84 ; R. BLÜHDORN, "Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de Paris", *Recueil des cours*, 1932-III, t. 41, 141-244 ; F. PARAIN, *Essai sur la compétence des tribunaux arbitraux mixtes*, Paris, 1927 ; J. TEYSSAIRE et P. DE LOLÈRE, *Les tribunaux arbitraux mixtes*, Paris, Ed. internationales, 1931, 243 p. ; J.-C. WITTENBERG, "Les tribunaux arbitraux mixtes et le droit international privé",

organisations se sont intéressés à l'idée de la création d'une juridiction internationale de droit privé. L'*International Law Association* s'est ainsi penchée sur la question suite à la suggestion d'un membre Hongrois lors de sa réunion de Stockholm en 1925.<sup>2960</sup> Au départ l'idée d'une juridiction internationale avait une double finalité. Il s'agissait à la fois de permettre aux particuliers de régler leurs différends avec un Etat étranger et d'ouvrir une juridiction internationale offrant une solution neutre pour les litiges nés entre les particuliers d'Etats différents. La suggestion se greffait sur le débat classique relatif à l'accès des particuliers aux juridictions internationales.<sup>2961</sup>

Déjà lors des travaux de l'*International Law Association*, l'opposition de certaines délégations avait toutefois poussé les partisans du projet à modérer leur ambition. A l'institution d'un tribunal mondial unique fut alors substitué un appel aux Etats à conclure des conventions bilatérales créant un tribunal à vocation régionale. Une résolution en ce sens fut adoptée par l'Association, non sans une sérieuse opposition.<sup>2962</sup> D'autres associations se sont alors emparées de ce thème, produisant résolutions et appels solennels, sans toutefois aboutir à un quelconque résultat concret.<sup>2963</sup> Si l'on fait exception d'un projet franco-belge de création d'un tribunal mixte à caractère permanent,<sup>2964</sup> l'idée de la création d'une instance judiciaire supranationale semble surtout avoir été confinée aux écrits - parfois un peu idéalistes - de certains auteurs.<sup>2965</sup>

---

*J.D.I.*, 1931, 991-1003 et l'étude d'ensemble de C. CARABIBER, *Les juridictions internationales de droit privé. De l'arbitrage international à l'expérience des Tribunaux arbitraux mixtes et à l'institution de juridictions internationales permanentes de droit privé*, Neuchâtel/Paris, Ed. de la Baconnière/Ed. de la Colonne Vendôme, 1947, (374 p.) 161-296.

- <sup>2960</sup> P. DE AUER, "A Permanent Court in Civil Matters", *Reports of the 33rd Conference of the I.L.A. in Stockholm*, Londres, Sweet & Maxwell, 1925, 366-381. L'auteur du projet justifiait celui-ci en des termes qui n'ont rien perdu de leur actualité : "There is no doubt that we at the present time are witnesses of a great development in international commerce. This development will constantly increase in proportion to the augmentation of production which is in close connection with the spread of civilization and technical progress. This development will be also furthered by the perfection of the means of communication. There is, however, one obstacle to international commerce, and that is uncertainty in international judicial matters. The merchants fear to enter into business relations with a subject of such a country whose laws, law courts and legal practice are unknown to him, and in many cases he even apprehends a want of impartiality from the courts as a result of national prejudice. This unfortunate situation is capped by the difficulties in the way of enforcement of foreign judgments. It is now high time that something should be done upon the juridical terrain in the interests of international commercial traffic" (p. 366).
- <sup>2961</sup> Question qui a longtemps animé la doctrine, v. P. W. GORMLEY, *The Procedural Status of the Individual Before International and Supranational Tribunals*, La Haye, M. Nijhoff, 1966, 206 p.; M. PILOTTI, "Le recours des particuliers devant la justice internationale", *Grandprobleme des internationalen Rechts. Festschrift für J. Spiropoulos*, D. S. CONSTANTOPOULOS et al (éds.), Bonn, Schimmbusch, & Co., 1957, 351-362, ainsi que SEFERIADES, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", *Recueil des cours*, 1935-I, t. 51, 5-117.
- <sup>2962</sup> Résolution pp. 110-112 et rapport de la Pradelle, avec les débats, *Report of the 38th Conference*, 1935, pp. 71-112.
- <sup>2963</sup> M. Carabiber évoquait à ce sujet une "floraison de projets et de résolutions élaborés au sein de sociétés savantes ou d'unions internationales" (C. CARABIBER, *op. cit.*, 302). Parmi ces projets on peut noter les travaux de l'Institut de Droit International (le sujet fut mis à l'étude lors de la session de Lausanne en 1927 et une résolution fut adoptée à la session de New York de 1929 : *Annuaire*, t. 35, 268, résolution appelant à l'ouverture d'une instance de justice internationale pour les différends entre particuliers et les Etats); de l'Union interparlementaire (session de 1913, Paris et résolution votée à la session de Budapest en 1936 pour la création d'un tribunal international mixte); et les travaux de l'Union internationale des avocats (résolution adoptée en 1932, citée par C. CARABIBER, *op. cit.*, 304-305 et S. VANDENKERCKHOVE, "Une juridiction internationale de droit privé", *J.D.I.*, 1935, (775), 789).
- <sup>2964</sup> V. les références citées par CARABIBER, *op. cit.*, 304 et VANDENKERCKHOVE, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 1935, (775), 791-792.
- <sup>2965</sup> P. ex. ANDRE-PRUDHOMME, "De la nécessité d'une juridiction internationale compétente à l'égard des litiges d'ordre privé mettant en jeu l'application des futurs Traités de Paix", *J.D.I.*, 1945, 725-729; S. VANDENKERCKHOVE, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 1935, 775-804 (l'auteur était à l'époque membre du parquet près la cour de cassation de Belgique; il appelait à "l'institution d'une juridiction internationale de droit privé en matière commerciale et industrielle") et CARLANDER, "Esquisse d'une juridiction internationale de droit privé", *Revue norvégienne pour le droit international*, 1931.

664. Le projet de M. Carabiber - Le plus ardent défenseur de cette idée était sans doute M. *Carabiber*, qui a synthétisé sa pensée dans une étude parue en 1947<sup>2966</sup> : après avoir procédé à une analyse des déficiences et lacunes du système des tribunaux arbitraux mixtes ainsi que de l'accès restreint des particuliers aux juridictions internationales par le biais de la protection diplomatique, l'auteur a développé en une cinquantaine de pages un projet détaillé de création d'une juridiction de droit international privé.<sup>2967</sup> Cette solution était selon lui la seule permettant de s'abstraire des "conceptions particularistes qui caractérisent la règle de droit façonnée par les intérêts et les partis pris de chaque collectivité nationale".<sup>2968</sup> Il envisageait une cour internationale compétentes pour les litiges opposant des personnes de nationalités différentes ou domiciliés dans des pays différents, et portant sur des "matières civiles et commerciales".<sup>2969</sup> La compétence de cette institution serait dans un premier temps simplement facultative.<sup>2970</sup>

M. *Carabiber* lui-même reconnaissait cependant ce que son projet avait d'ambitieux. Il suggérait dès lors de commencer de façon modeste par la constitution de tribunaux régionaux, quitte à en arriver à terme à la création d'une cour suprême internationale régulatrice de l'organisation judiciaire internationale.<sup>2971</sup> Le seul résultat concret de ce débat semble avoir été le protocole signé à La Haye le 27 mars 1931 reconnaissant la compétence de la Cour Permanente de Justice Internationale pour l'interprétation des conventions de La Haye sur le droit international privé.<sup>2972</sup>

665. La disparition des illusions après la seconde guerre mondiale - Après la seconde guerre mondiale l'idée d'une juridiction internationale de droit privé a ressurgi épisodiquement, par exemple sous la plume de *Ernst Rabel*.<sup>2973</sup> Récemment l'idée a été évoquée dans le contexte européen dans le cadre d'un colloque organisé par l'institut Max

<sup>2966</sup> C. CARABIBER, *op. cit.*, 374 p. V. du même, "L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers", *Recueil des cours*, 1950-I, t. 76, 217-318.

<sup>2967</sup> *Idem*, pp. 297-343.

<sup>2968</sup> *Idem*, 299.

<sup>2969</sup> Il détaille la compétence de la Cour aux pp. 310-322. On peut noter qu'il excluait les litiges relatifs au statut personnel et les différends immobiliers. Ne restait en fait que le contentieux commercial international, pour lequel l'arbitrage s'est toutefois depuis lors imposé comme solution de principe ! V. également S. VAN DEN KERCKHOVE, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 1935, (775), 792-93 (l'auteur envisageait une cour compétente pour les litiges entre résidents de pays différents, qui appliquerait les droits nationaux ainsi que les "principes" du droit international privé et dont les jugements seraient exécutoires dans tous les Etats). Le tribunal international envisagé par la résolution de l'*International Law Association (supra)* visait quant à lui les litiges en matière civile et commerciale, entre parties résidents ou domiciliés dans des Etats différents ainsi que les litiges portant sur l'application d'une convention internationale qui renvoie elle-même à la juridiction du tribunal.

<sup>2970</sup> C. CARABIBER, *op. cit.*, 313-314.

<sup>2971</sup> *Idem*, 325-328. V. également R. BLÜHDORN, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1932-III, t. 41, 238-239 (l'auteur note qu'il serait regrettable de se laisser perdre l'expérience des tribunaux arbitraux mixtes et accueille donc "avec le plus vif intérêt" (238) un projet de continuation de leur existence pour les différends de droit privé, litiges entre ressortissants de deux pays. Son projet ne vise pas à la constitution d'un seul tribunal mondial, mais bien d'une pluralité de tribunaux).

<sup>2972</sup> Ce protocole - adopté suite à la suggestion de l'Institut de Droit International d'étendre la compétence de la Cour aux litiges relatifs à l'interprétation des conventions de droit international privé, *Annuaire*, 1929, III, 305 - a été ratifié par la Belgique, le Danemark, les Pays-Bas, la Norvège et la Suède.

<sup>2973</sup> E. RABEL, *The Conflict of Laws*, 2<sup>ème</sup> éd., Ann Arbor, Michigan University Press, 1958, I, 195, 105 (en conclusion d'un chapitre consacré à l'harmonie des solutions, M. Rabel notait que "fervent hopes may well attach to supranational courts adjudging private actions of international significance" et conclut que "In my opinion regional international courts and a second division of the world court should be created to deal with various kinds of private claims having international significance", tout en soulignant la difficulté de mettre en pratique une telle idée en l'absence de règles de conflits universelles). V. du même, « International Tribunal for Private Matters », *Arb. J.*, 1948, vol. 3, 209 e.s.



Planck.<sup>2974</sup> Lors de ce colloque, plusieurs auteurs ont émis la suggestion de créer des 'Federal Courts' en Europe, à l'image des tribunaux fédéraux américains. Cette suggestion, d'ailleurs nuancée par un sens du réalisme et un appel au principe de subsidiarité, est restée sans suite,<sup>2975</sup> si ce n'est dans le domaine bien spécifique des brevets.<sup>2976</sup>

**666. Un tribunal international de droit privé, une mauvaise 'bonne idée' ?** - Au total l'idée d'une juridiction internationale de droit privé, ou d'un réseau de juridictions, ne semble pas avoir reçu d'autre support que symbolique.<sup>2977</sup> En théorie au moins, la création d'une telle juridiction semble pourtant constituer la solution logique aux problèmes récurrents qui affectent les conflits de juridiction : un tribunal international ne pourrait être accusé de partialité envers l'une des parties.<sup>2978</sup> Ses décisions, rendues selon des règles de procédure qui ne favorise ni l'une ni l'autre partie, pourraient être mises à exécution dans tous les pays. Elle permettrait le développement d'un savoir faire et d'une expertise qui manque parfois aux tribunaux nationaux confrontés sporadiquement à des litiges à dimension internationale.<sup>2979</sup>

Il faut toutefois reconnaître que cette idée soulève bien des questions qui semblent difficiles, voire impossibles à résoudre : on pense notamment à la définition des espèces

<sup>2974</sup> V. O. REMIEN, "Rechtseinheit oder Einheitsgesetze? Zum Symposium 'Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung'", *RebelsZ.*, 1992, (300), 314.

<sup>2975</sup> V. également à ce sujet, F. K. JUENGER, "Some Comments on European Procedural Harmonization", *Am J. Comp. L.*, 1997, (931), 934-935 ainsi que W. KENNET, "The Production of Evidence within the European Community", *Mod. L. Rev.*, 1993, (342), 357-358 (Mme. Kennet suggère de créer des tribunaux communautaires qui statueraient sur les litiges opposant des citoyens d'états membres différents - 'diversity of citizenship' - mais reconnaît les nombreuses difficultés que sa proposition soulève, et notamment la nécessité d'adopter des règles de procédures acceptables pour tous les Etats Membres tout en conservant une certaine utilité pour les justiciables pour les inciter à choisir de saisir ces nouveaux tribunaux). M. David a proposé une voie moyenne entre la création d'une véritable cour de justice internationale et le recours à l'arbitrage comme dans le cadre de la BIRD. Reconnaissant que les esprits n'étaient pas prêts à admettre la création d'une structure permanente empreinte de supranationalité, il suggèrait en 1974 de renforcer les institutions arbitrales en conférant à leurs sentences la même autorité qu'aux jugements définitifs rendus par les juridictions nationales (R. DAVID, "Juridictions arbitrales ou juridictions interétatiques?", in *Arbitrage commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Turin, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1974, 109-120). V. aussi les réflexions de Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 1999, 530, n° 441 (qui semblent regretter l'inexistence de juridictions internationales aptes à connaître des litiges privés renfermant un élément d'extranéité). Adde, K. ZWEIFERT, "Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung", *RebelsZ.*, 1951, (387), 395.

<sup>2976</sup> V. J. WILLEMS, "The European Patent Court of First Instance; A Problem-Solution Approach", *Intell. Eigendomsrecht*, 2000, 179 e.s.; "The First Steps Towards an Optional Protocol under the European Patent Convention on the Settlement of Litigation Concerning European Patents", *Journal of World Intellectual Property*, 2000, 775-801 et sur ce projet F. ADDAR et S. LUGINBRAHL, "The Structure Paper of the Working Party on Litigation Mandated by the Inter Governmental Conference of the Member States of the European Patent Organisation on the Reforms of the Patent System in Europe", *Eur. I.P.R.*, 2000, Forum 2-12 (également disponible sur [www.ige.ch/D/jurinfo/j12.htm]).

<sup>2977</sup> La Cour permanente d'arbitrage, qui ne semble pas remporter un succès important, ne peut être considérée comme une juridiction internationale à proprement parler. Elle se borne à mettre à la disposition des intéressés des facilités d'arbitrage aboutissant à une simple sentence arbitrale, qui doit encore recevoir l'assentiment des juridictions d'un pays pour pouvoir être exécutée, v. *Cour Permanente d'arbitrage : première conférence des membres de la Cour*, La Haye, International Bureau, Palais de la Paix, 1993, 139 p. La même observation peut être faite pour l'arbitrage CIRDI, qui d'ailleurs ne vise que les différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

<sup>2978</sup> Cet argument fut notamment invoqué lors des débats précédant l'adoption de la résolution de l'International Law Association, v. *supra*, ce qui ne doit pas étonner puisque la discussion eu lieu peu de temps après la fin de la première guerre mondiale, les animosités étaient encore fort vives.

<sup>2979</sup> V. les réflexions de M. Schlosser, qui note que "For individual judges and other in judicial authorities, it is almost impossible to acquire the experience necessary for an efficient and expeditious management of transborder co-operation" : P. SCHLOSSER, "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation", *Revueil des cours*, 2000, t. 284, (9), 403.

soumises à la juridiction de la Cour, au caractère exclusif ou facultatif de sa compétence, à l'existence d'une possibilité d'appel ou encore à la détermination du droit et des règles de procédures que les juges appliqueront.<sup>2980</sup> On peut encore évoquer la difficile coexistence d'un tel tribunal avec les pouvoirs judiciaires nationaux et l'obligation de prévoir des règles de conflit pour déterminer les relations avec les tribunaux d'Etats ne participant pas au système. A ces obstacles 'juridiques' s'ajoutent des craintes plus terre à terre, comme celle de voir l'issue des litiges sérieusement retardée par un détour vers un tribunal qui risque d'être assailli des demandes les plus diverse ou encore la peur de certaines professions juridiques de voir leur échapper une partie du contentieux qui assure leur subsistance. De plus, on peut se demander quelle serait la plus-value d'une juridiction proprement internationale, puisque, comme on l'a rappelé, « l'élément international ne change pas la nature du procès ».<sup>2981</sup>

On pourrait certes pallier les difficultés et calmer les peurs que ne manqueront pas de soulever cette idée dès lors que l'on s'en tient à une version plus modeste du projet. Ce serait par exemple le cas s'il s'agissait de la mise en place d'une juridiction dont la compétence se limiterait à un espace régional bien défini, composé d'Etats aux cultures juridiques proches. Une autre alternative consisterait à limiter la compétence du tribunal international au règlement des conflits de procédures : les juges supranationaux n'interviendrait qu'en présence d'un conflit opposant des tribunaux nationaux concurremment saisis du même litige.<sup>2982</sup> Il reste que même sous cette forme plus réduite, un tribunal ne manquerait pas de soulever les problèmes déjà évoqués inhérents à tout transfert de souveraineté. En outre, on a constaté l'absence d'unanimité sur les règles devant présider à la résolution des conflits de procédures. A quoi servirait-il de mettre sur pied une structure du type d'une cour internationale si c'est pour lui laisser entière liberté pour résoudre des conflits sans lui en donner les instruments?

Comme on l'a rappelé,<sup>2983</sup> la création d'une cour internationale ferait d'ailleurs double emploi, du moins pour une partie du contentieux international privé, avec les tribunaux arbitraux - dont on connaît le succès et la légitimité acquis ces dernières décennies.<sup>2984</sup>

<sup>2980</sup> Une solution moins radicale, mais qui n'apporterait sans doute que peu de bénéfices en termes de coopération internationale, consisterait à créer dans chaque pays une ou plusieurs juridictions spécialisées qui prendra(en)t connaissance des litiges à dimension internationale. L'avantage réside alors plus dans la spécialisation que dans une coordination accrue. Le *Deutsche Rat für Internationales Privatrecht* a émis une telle suggestion dans les années 1980 lors de la réforme du droit international privé allemand, V. *RabelsZ.*, 1982, 743-745. Cette suggestion a été reprise par l'Institut Max Planck dans ses commentaires portant sur la réforme du droit international privé ("Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts", *RabelsZ.*, 1983, (595), 690). Le droit allemand s'est laissé séduire par une tentative modeste de centralisation. Selon le *Rechtshilfesordnung in Zivilsachen*, toute demande de coopération judiciaire internationale doit d'abord être adressée aux présidents des tribunaux, qui ont reçu délégation des ministères de la justice des Länder pour apprécier les demandes, v. H. SCHACK, *IZVR*, 3<sup>ème</sup> éd., 80-85 et R. GEIMER, *IZPR*, 4<sup>ème</sup> éd., 1056-1060.

<sup>2981</sup> H. BATIOFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 2, 1983, n° 669, qui expliquent que « La raison [de l'inexistence de juridictions internationales privées se trouve certainement dans l'observation que l'élément international ne changeant pas la nature du procès, il a jusqu'ici paru arbitraire et peu utile d'enlever un procès au juge le plus accessible et le plus qualifié pour apprécier la substance des affaires de ce genre ». Dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, v° Compétence civile et commerciale, *Répertoire de droit international*, 2<sup>ème</sup> éd., 1998, n° 5.

<sup>2982</sup> Idée évoquée par H. SMIT, in A. LOWENFELD et L. J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments...*, Yonkers, Juris Publishing, 2001, 98 : M. Smit expliquait à l'occasion d'un colloque consacré au projet de convention de la Haye qu'il serait possible de confier à une autorité supra-nationale le soin de trancher le conflit opposant deux tribunaux qui tout deux se disent le plus approprié. Il pense à l'arbitrage pour remplir cette mission.

<sup>2983</sup> F. K. JUENGER, "Some Comments on European Procedural Harmonization", *Am J. Comp. L.*, 1997, (931), 935 ("one may well question whether there is any real need for such special courts, given the fact that non-national tribunals for private transnational dispute resolutions already exist", et l'auteur d'en référer à l'arbitrage).

Comme toutes les idées nouvelles, la mise en place d'une telle cour pourrait n'être qu'une question de courage et d'audace.<sup>2985</sup> Au moment où nous écrivons ces lignes, il ne semble pas que même les plus téméraires des juristes soient prêts à relever le défi ! On mesure la distance qui reste à parcourir lorsque l'on sait que les Etats se montrent extrêmement réticents à envisager une mesure plus modeste, qui consiste à conférer à une instance supranationale la charge d'interpréter les dispositions de la future Convention de La Haye.<sup>2986</sup> Au total, on peut donc ranger cette idée au rayon des utopies sans suite.<sup>2987</sup>

## 2. UNE COOPERATION JUDICIAIRE RENFORCEE : LA METHODE REFLEXIVE

**667. Introduction** - La création d'une juridiction internationale de droit privé, même limitée à une mission de résolution des conflits de procédures, paraît peu réaliste. Il ne faut pas pour autant exclure toute amélioration de la coopération judiciaire qui pourrait aboutir à une meilleure coordination des procédures concurrentes.

On a vu qu'une des limites les plus flagrantes de la priorité temporelle est son application à sens unique : une fois établi qu'il est premier saisi, le juge ne se préoccupera plus de la concurrence de procédures, puisque la règle lui confère la priorité. Cette indifférence au traitement global du conflit de procédures n'est certes pas néfaste lorsque les deux juges partagent la même préférence pour la chronologie procédurale, soit parce qu'elle est

<sup>2984</sup> Notons toutefois que depuis quelques années, de voix se font entendre pour réclamer la création d'un tribunal international qui serait chargé de superviser l'exécution des sentences arbitrales et de se prononcer sur leur annulation éventuelle. L'idée avait été lancée par M. RUBINO-SAMMARTINO, "An International Arbitral Court of Appeal as an Alternative to Long Attacks and Recognition Proceedings", *J. Int'l Arbitration*, 1989, 181 e.s. Elle a depuis été reprise notamment par H. HOLTZMANN, "A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Awards", in *The Internationalisation of International Arbitration. The LCLA Centenary Conference*, Londres, Graham & Trotman, 1995, 109 e.s. et dans le même ouvrage, S. M. SCHWEBEL, "The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards", 115 e.s. Depuis lors le débat a été alimenté par quelques affaires retentissantes dans lesquelles une sentence arbitrale a été exécutée dans un pays alors même qu'elle avait été annulée par les tribunaux du pays du siège de l'arbitrage, p. ex. l'affaire *Chromalloy: Chromalloy Aero-Services, Inc. v. Gouvernement of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996) ; *Y.C.A.*, 1997, 1001 et dans la même affaire, Paris, *Reu Arbitrage*, 1997, 395 ; *Y.C.A.*, 1997, 691. Cette affaire et d'autres comme l'affaire *Hilmarton* ou encore celle de la société *Sonatrach* ont incité certains à relancer le débat sur la création d'un tribunal arbitral international : v. p. ex. J. WERNER, "An Agenda for the Millenium", *J. Int'l Arbitration*, 1999, 1-4, spéc. 3-4 et du même, "Introduction - The 7th Geneva Global Arbitration Forum", *J. Int'l Arbitration*, 1999, (55), 57-61 et les réactions diverses exprimées dans le même numéro par J. S. SMIT, 71-72 (se montre très réservé) ; G. M. BERESFORD HARTWELL, 75-76 (rejete l'idée) ; A. DIMOLITSA, 77-79 (appuie la création d'une cour) et L. LEVY, 83-85 (n'est pas en faveur de la création d'une telle cour). Sur ce débat se greffe un autre relatif à la prolifération des institutions arbitrales et à la nécessité de coordonner leurs activités, v. H. SMIT, "The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?", *Columbia J. Transnat'l. L.*, 1986, 9-34.

<sup>2985</sup> Comme l'écrivait Oliver Wendell Holmes, "Once the mind of mankind has ben stretched by a new idea, it will never return to its former dimension".

<sup>2986</sup> Aucune des Conventions de La Haye n'a jamais prévu la mise en place d'un organe interprétatif *ad hoc*, les Etats membres préfèrent confier cette tâche à leurs propres tribunaux. Il en ira sans doute de même pour la future Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. L'article 40 du projet de Convention prévoit l'instauration d'un panel d'experts qui pourrait à la demande des parties ou des tribunaux d'un Etats contractant, donner des avis interprétatifs non contraignants. Cette disposition n'a toutefois pas encore été définitivement adoptée.

<sup>2987</sup> V. aussi les réflexions de M. Vagts : après avoir passé en revue les avantages et inconvénients des systèmes de résolution de litige dans le droit du commerce international, l'auteur conclut en se demandant si "one wonders about the possibilities of an intermediate institution, State supported and regulated, but international in character, that would handle transnational commercial disputes in much the same way as the ICSID handles investment controversies", D. F. VAGTS, "Dispute-Resolution Mechanisms in International Business", *Recueil des cours*, 1987-III, t. 203, (9), 88.

prévue dans une règle conventionnelle, soit parce qu'elle est imposée par leur droit commun.

A défaut, le risque est grand que les fors concurrents prennent des décisions contradictoires. Le tribunal décidera alors non seulement du sort de la procédure dont il est saisi, mais également de la solution à donner au conflit de procédures dans son ensemble.<sup>2988</sup> Or cette dimension sera absente de sa réflexion : le tribunal ne se préoccupera que de sa partie du conflit de procédures, sans prêter attention à ce qui se passe 'de l'autre côté du miroir'. Partant, si le conflit de procédures trouve une solution, ce sera le fait du hasard, de l'heureuse rencontre de deux solutions nationales qui s'accordent. Il n'est qu'avec l'injonction *anti-suit* que la résolution globale du conflit de procédures est véritablement prise en compte. Le for de l'interdiction prend en effet sur lui non seulement de se préoccuper de la procédure dont il est saisi, mais également d'influencer de façon décisive le sort de la procédure concurrente.

Le constat des limites des solutions nationales n'est pas propre aux conflits de procédures. L'absence de prise en compte du sort global des conflits de procédures est en réalité une conséquence inévitable des compétences limitées de chaque Etat : dans l'état actuel des relations internationales, il n'est pas question pour un tribunal de dicter à un autre quelle conduite il doit adopter. La limitation inhérente à toute solution nationale tranche cependant avec la nature essentiellement *internationale* des conflits de procédures : par essence deux (ou plusieurs) ordres juridiques seront concernés. Et leur implication n'est pas seulement virtuelle, mais bien réelle comme le témoigne la saisine effective de leurs tribunaux. On peut dès lors se demander s'il ne serait pas bénéfique d'intégrer cette dimension internationale au raisonnement des juges concernés - sans toutefois adopter la solution agressive de l'injonction *anti-suit* dont on a vu qu'elle ne pouvait être retenue.

**668. Prise en compte de la solution globale du conflit de procédures** – Pour dépasser la limitation inhérente aux solutions nationales, on peut envisager d'intégrer à la règle de priorité temporelle un pronostic relatif à l'issue du conflit de procédures, tout comme le juge second saisi est parfois invité à prendre en compte la possibilité de reconnaissance de la future décision étrangère (*infra*, n° 716). Concrètement il s'agirait pour le tribunal qui statue selon les critères que lui dicte sa *lex fori*, de *tenir compte* dans sa décision de la solution que le tribunal concurrentement saisi apportera probablement au conflit de procédures qui les oppose. En pratique on ajouterait ainsi au raisonnement du for de la coordination une dimension supplémentaire, en l'obligeant à aller voir "de l'autre côté du miroir". On pourrait évoquer à cet égard une *méthode réflexive*, qui constituerait une manière de compromis entre la solution nationale et celle dérivant d'une convention internationale.

La démarche a trouvé un début de concrétisation dans certaines décisions anglaises, qui se sont souciées, dans le cadre de l'appréciation d'une exception de for inapproprié, du sort que connaîtrait probablement la procédure concurrente. A titre d'exemple on peut citer une décision de la Cour d'Appel anglaise, dans un litige qui l'opposait à un tribunal suisse concurrentement saisi.<sup>2989</sup> La Cour devait se prononcer sur une demande de sursis à

<sup>2988</sup> Comme l'écrivent MM. North et Foxwell à propos de l'exception de for inapproprié : "If litigation involving the same parties and the same issues is continuing simultaneously in two different countries [...] the issue facing the English court is not simply that of deciding to which of the alternative fora the plaintiff should have to go to bring his action. Instead, the choice is between, on the one hand, trial in England *plus* trial abroad (if a stay is refused) and, on the other hand, trial abroad (if a stay is granted)" (Cheshire et North, 1999, 347).

<sup>2989</sup> *First National Bank of Boston v Union Bank of Switzerland*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (C.A.)

statuer formulée en raison du caractère soi-disant plus approprié du tribunal suisse. Au cours de son examen des facteurs informant le *forum non conveniens*, le juge Kerr nota que le droit suisse prévoyait une exception de litispendance internationale, qui ne manquerait pas d'être opposée à la saisine du juge suisse second saisi. Il expliqua toutefois qu'à son sens, le juge suisse ne ferait pas droit à une exception de ce type, parce qu'un éventuel jugement anglais ne serait pas reconnu en Suisse.<sup>2990</sup> Et le juge d'en déduire que la procédure suisse poursuivrait son cours quelle que soit l'issue de l'instance engagée en Angleterre. On peut déduire des termes utilisés que la Cour vit dans cette circonstance un argument supplémentaire justifiant l'accueil de l'exception de for inapproprié au profit de la procédure suisse.<sup>2991</sup> Certes, cette circonstance ne justifiait pas à elle seule que le juge anglais s'efface au profit de son collègue suisse. Elle n'est venue que renforcer une décision qui s'appuyait sur une analyse des liens unissant le litige aux fors en présence.

La démarche est toutefois séduisante. Elle semble en effet se déduire naturellement de l'ordre des choses, tant elle reflète la dimension essentiellement internationale des conflits de procédures. Lorsqu'il prend en compte le sort de la procédure étrangère concurrente, le juge du for anticipe en quelque sorte sur la réaction du juge concurrentement saisi, pour en tirer des conclusions quant à une éventuelle résolution du conflit de procédures. Même si la dimension réflexive du règlement des conflits de procédures reste pour l'instant isolée,<sup>2992</sup> elle mérite que l'on s'y intéresse.<sup>2993</sup> On se demandera ainsi quels bénéfices on pourrait tirer d'une telle méthode.

**669. Rapprochements avec d'autres méthodes de coordination des systèmes -** Une comparaison avec d'autres doctrines visant à assurer la coordination des systèmes peut illustrer la portée exacte de la méthode réflexive.<sup>2994</sup> Celle-ci se rapproche

<sup>2990</sup> Sur la condition du pronostic de reconnaissance en droit suisse, *supra*, n° 717.

<sup>2991</sup> Le juge Michael Kerr expliqua notamment que "Finally, and of great importance, there is the fact that the Swiss action will go on whatever may happen in England" : [1990] 1 Lloyd's Rep. 32 (CA).

<sup>2992</sup> V. également *Cleveland Museum of Art v Capricorn*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 166, 174 (dans cette espèce, le juge anglais a tenu compte de la future décision du juge américain également saisi, en observant qu'il était possible mais assez incertain que ce dernier juge accorde l'abstention, ce qui justifiait d'autant plus que le for s'abstienne. Le juge anglais observa que le juge de l'Ohio allait sans doute refuser de surseoir à statuer et que "In that event, there would be two concurrent proceedings in two jurisdictions with all the further grave disadvantages described by Lord Diplock [in *Abidin Daver*]", ce qui justifiait d'autant plus qu'il s'abstienne) et *The Oincoussin Pride*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 126 (Q.B.) (le juge constata que s'il ne surseoir pas à statuer, des procédures concurrentes subsisteront, avec le gaspillage attendant. Il attendit dès lors que le juge de l'Alabama statue sur la demande de sursis à statuer qui lui avait été soumise. Lorsqu'il apparut que le sursis avait été rejeté, le juge anglais accorda un sursis à statuer en déférence à la procédure américaine, le tribunal américain étant le plus approprié. La décision du juge américain a certainement influencé l'octroi du sursis). V. également *Butler v Butler*, [1997] 2 All ER 822; [1998] 1 W.L.R. 1208, [1997] 2 FLR 311, [1997] Fam. Law 603 (CA) (la décision de la Cour d'appel fait apparaître qu'en première instance, le juge avait évoqué la possibilité que le juge américain, concurrentement saisi d'une demande de divorce, puisse faire droit à la demande de sursis à statuer; sans y accorder un poids décisif, il avait néanmoins conclu, sur base d'une appréciation globale, que l'instance introduite en Angleterre devait se poursuivre. En appel, l'argument fut à nouveau évoqué mais cette fois-ci par le mari, qui avait engagé la procédure anglaise. Selon son conseil, le tribunal de Floride donnerait priorité au tribunal anglais premier saisi. La Cour ne prêta guère attention à cet argument, se contentant de noter que le tribunal de Floride était manifestement le plus approprié).

<sup>2993</sup> V. également la règle de litispendance prévue pour le contentieux de la garde des enfants mineurs aux Etats-Unis. La section 206 de l'*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, proposé en 1997 et en vigueur dans 17 Etats américains, précise que le tribunal qui découvre qu'une procédure concurrente est déjà pendante dans un autre Etat se doit d'entrer en communication avec le tribunal concurrent. Si celui-ci refuse de renoncer à statuer, alors le tribunal second saisi se dessaisira. Ce faisant, cette disposition impose au tribunal d'attendre de savoir quelle sera l'issue de la procédure concurrente avant de se prononcer. On peut y voir une manière de méthode réflexive. Sur cette disposition, R. G. SPECTOR, "The New Uniform Law with Regard to Jurisdiction Rules in Child Custody Cases in the United States", *Yearb. Private Int'l. L.*, 2000, (75), 91-92.

<sup>2994</sup> V. sur ces méthodes p. ex. les explications de F. RIGALX et M. FALLON, DIP, t. I, éd. refondue, 248-264.

singulièrement de la théorie générale de référence à l'ordre juridique compétent développée par M. Picone.<sup>2995</sup> Tout comme cette dernière, la méthode réflexive vise à garantir l'harmonie internationale des décisions. Pour ce faire, elle se base sur la donnée essentielle de l'appartenance d'une situation internationale à plusieurs ordres juridiques, et donc de la nécessité de prévoir que cette situation peut être jugée simultanément par plusieurs ordres juridiques. Enfin, dernier rapprochement possible, elle constitue un correctif aux solutions traditionnelles, sans viser à les remplacer entièrement.

Au contraire de la distinction proposée par M. Droz entre for de raisonnement et for de jugement,<sup>2996</sup> ainsi que de la *Foreign Court Theory* dont il s'inspire,<sup>2997</sup> il ne s'agit pas d'emprunter au for étranger la solution qu'il prévoit pour une situation donnée, mais de confronter cette solution à celle prévue par les règles du for. La méthode réflexive évite l'écueil du flou et de l'incertitude que charient le for de raisonnement et la référence à l'ordre juridique compétent : lorsqu'il se penche sur la solution qu'apporterait le for concurrent, le for de la coordination n'aura en effet aucune difficulté à identifier l'ordre juridique étranger de référence. Celui-ci est par hypothèse connu puisqu'il a été saisi.<sup>2998</sup> Un problème de prévisibilité se pose cependant puisqu'il s'agit de prédire quelle sera la réaction du for étranger et donc d'appliquer ses règles de conflit de procédures. Ceci ne posera pas de difficulté particulière lorsque la règle est fondée sur un automatisme qui ne laisse que peu de place à l'appréciation par la juge, comme c'est par exemple le cas avec la litispendance européenne. Lorsque par contre la règle d'abstention du for étranger lui impose d'évaluer la force respective des fors en présence, comme c'est le cas du *forum non conveniens*, ou tout simplement concède une marge d'appréciation globale au juge, à l'instar de la règle de litispendance du droit commun français, il peut être plus difficile pour le juge étranger de prévoir quelle solution le for va adopter.

**670. Champ d'application limité de la méthode réflexive** - On aperçoit déjà les avantages et les limites de la méthode réflexive. A l'actif de la méthode, il faut tout d'abord reconnaître qu'elle traduit bien la dimension intrinsèquement internationale des conflits de procédures. La méthode réflexive permet d'intégrer une appréciation *globale* du conflit de procédures dans un mécanisme qui reste unilatéral. En coordonnant sa réponse sur celle du for étranger, le juge pourra d'autant mieux contribuer à résoudre le conflit.

Son champ d'application potentiel est cependant *limité*. Cette méthode n'a en effet pas sa place lorsque le conflit de procédures fait l'objet d'une solution négociée. L'existence d'un standard commun obvie en effet à la nécessité d'un examen de la solution apportée par l'autre for, puisque par hypothèse celle-ci sera identique à celle du for. Reste donc uniquement l'hypothèse d'un aménagement à une règle *unilatérale*.

<sup>2995</sup> V. P. PICONE, "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1999, t. 276, (9), 119-142 et du même "La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", *Recueil des cours*, 1986, t. 197, 229-419 ; *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padoue, Cedam, 1986, 269 p. - et le compte-rendu de cet ouvrage par B. ANCEL, *R.C.D.I.P.*, 1988, 187-197.

<sup>2996</sup> G. A. L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé", *Recueil des cours*, 1991-IV, t. 229, 351-367 ; G. A. L. DROZ, "Les droits de la demande", *Travaux comité français D.I.P.*, 1993-1995, 108 e.s. Sur cette distinction V. aussi, E. PATAUT, *ac*, Paris, L.G.D.J., 1999, 275-281 ainsi que A. BUCHER, "Le for de raisonnement", in *E Pluribus Unum Liber Amicorum Droz*, A. BORRAS et al. (eds.), Kluwer, 1996, 41-50.

<sup>2997</sup> Sur la *foreign court theory* en général, v. CHESHIRE et NORTH, 1999, 55-64 ; E. PATAUT, *ac*, Paris, L.G.D.H., 1999, 274-275 ; P. LAGARDE, *ac*, *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 159 e.s.

<sup>2998</sup> Sur les difficultés, dans le cadre de la distinction entre for de jugement et for de raisonnement, de déterminer avec certitude quel est le for du raisonnement, V. A. BUCHER, *l.c.*, in *Mélanges Droz*, (41), 49-50 (qui relève le "caractère approximatif" de la suggestion faite par M. Droz de s'en remettre au for du défendeur). Dans le même sens, E. PATAUT, *ac*, Paris, L.G.D.J., 1999, 176, n° 408.

671. **La méthode réflexive comme correctif à la priorité temporelle** - Il faut à cet égard se demander quels bénéfices on pourrait retirer d'une telle initiative. Si utile il y a, c'est sans doute comme *correctif* à la priorité temporelle et non comme fondement propre à la coordination. La méthode réflexive permet avant tout au juge d'arriver à une *évaluation* du sort réservé au conflit de procédures. L'obligation qui lui est faite de s'arrêter sur la solution que suivra le juge étranger, sans se confiner à la seule réponse que lui dicte son propre droit, permet une prise de conscience du résultat global de la concurrence de procédures. Lorsque la solution étrangère correspond à celle du for sans entrer en conflit avec elle, le point de vue réflexif permette de *valider* le raisonnement du for.

Supposons qu'un tribunal français et un tribunal allemand aient été saisis du même litige, la procédure allemande ayant été engagée après la procédure française. La méthode réflexive permettra aux juges de confirmer la solution à laquelle conduit leur règle de litispendance respective (*supra*). Le tribunal allemand constatera en effet que son homologue français doit rejeter l'exception de litispendance et conserver la maîtrise de l'espèce. C'est précisément la solution que lui dicte son propre droit, qui l'enjoint de se dessaisir en faveur du juge français premier saisi. Le point de vue réflexif permet ainsi aux tribunaux de se convaincre de la validité des résultats auxquels ils aboutissent non seulement au regard des critères de leur ordre juridique respectifs, mais également pour la totalité du litige.

672. **La méthode réflexive comme correctif à la priorité temporelle (suite)** - La contribution de la méthode réflexive est plus difficile à déterminer lorsque les règles des pays concernés ne permettent pas de résoudre le conflit. Qu'apporte en effet la dimension réflexive lorsqu'il apparaît que l'addition des deux solutions nationales ne permet pas de résoudre le conflit? Prenons l'exemple d'un conflit soumis d'abord aux tribunaux allemands et ensuite aux tribunaux belges, et ce en dehors de toute obligation conventionnelle. On a vu que les tribunaux belges se montrent dans cette hypothèse indifférents à toute mesure de coordination internationale. Le tribunal allemand quant à lui doit également conserver la maîtrise du litige puisqu'il a été premier saisi.

Quelle peut être alors la fonction de la dimension réflexive? S'il ne s'agit que de faire apercevoir aux tribunaux belges le résultat de leur refus obstiné de toute coordination, on objectera à juste titre que le résultat est bien maigre. Cette prise de conscience n'enlève rien à l'existence du conflit. Si par contre l'introduction d'un test de réflexivité doit conduire à une correction de la solution que dicte le droit national, encore faut-il vérifier qu'un tel changement est possible et quelle forme il doit prendre. Dans l'exemple précité, on peut douter que le tribunal belge change radicalement son fusil d'épaule et accepte, parce qu'il prend conscience du risque de voir le conflit persister, de renoncer à exercer une compétence, prenant le contre-pied d'une jurisprudence plus que constante.

Dans la majorité des cas, l'effet utile de la dimension réflexive se limitera sans doute à une certaine prise de conscience des effets néfastes du refus de coordination. A moins d'espérer un miracle, on ne peut attendre d'un tribunal qu'il remette en question la règle de conflit de procédure que lui dicte son droit, pour la seule raison qu'il apparaît que cette règle ne permet pas, dans un cas donné, de mettre fin au conflit. Une telle remise en question dépasserait d'ailleurs souvent les limites de la liberté prétorienne.

673. **La méthode réflexive comme ingrédient d'une règle discrétionnaire** - Comme instrument de réforme, la perspective réflexive n'a pas un potentiel de



persuasion plus important que d'autres doctrines. S'il est un rôle pour la perspective réflexive, c'est uniquement lorsque le tribunal qui l'intègre, dispose déjà d'une règle de coordination qui lui laisse une certaine marge d'appréciation. On pense au déclinatoire de connexité européen ou encore à l'exception de for inapproprié.

Dans cette hypothèse, la méthode réflexive pourrait conduire le for de la coordination à revenir sur sa décision lorsqu'il constate que celle-ci laisse entier le conflit : s'il apparaît par exemple que les deux fors possèdent un titre de valeur égale pour trancher le litige, la perspective de voir se poursuivre le conflit pourrait inciter le juge à accueillir l'exception de for inapproprié. Il n'y aura pas à notre sens de grande difficulté à intégrer une telle dimension réflexive dans le syllogisme ouvert que constitue le *forum non conveniens*. Une telle perspective apporterait une dimension qui lui fait parfois cruellement défaut, puisqu'on a vu que bien souvent les tribunaux anglais et américains se montrent indifférents à l'existence d'une concurrence de procédures. Y ajouter une dimension réflexive augmenterait l'attention consacrée aux conflits de procédures. Un *forum non conveniens* mâtiné d'une perspective réflexive ressemblerait de fort près à la règle de l'abstention internationale (cfr. *supra*, n° 576).

**674. Problèmes pratiques d'application** – Les difficultés de principe évoquées à l'encontre de la méthode réflexive se conjuguent avec d'importants problèmes d'application. Comme les autres méthodes de coordination, la dimension réflexive se heurte tout d'abord à un problème de *prévisibilité* : aller voir de l'autre côté du miroir signifie qu'il faut prévoir ce que le for étranger décidera à propos de la procédure dont il est saisi. L'effort demandé au for peut être considérable puisqu'il devra se mettre à la place du juge étranger et adopter son mode de raisonnement. La difficulté ne sera pas insurmontable lorsque le droit étranger possède une règle précise et qui laisse peu de place à l'interprétation pour résoudre les conflits de procédures, par exemple une exception de litispendance internationale.

Il en ira tout autrement lorsque résolution de la concurrence de procédures fait l'objet, dans le droit étranger, d'une pluralité de règles aux contours plus ou moins bien définis. On pense par exemple au droit américain qui conjugue une règle offensive, l'interdiction de procéder, avec plusieurs déclinaisons différentes de la règle de coordination, qui laissent toute une certaine marge d'appréciation au juge. Dans ce cas on peut craindre qu'il soit difficile au juge du for de prétendre pouvoir prédire quelle issue le conflit de procédures connaîtra selon le droit étranger. La méthode réflexive ne fonctionne en réalité que dès lors que les juridictions concernées connaissent des règles de conflit facilement maniables.

La méthode réflexive ne souffre pas seulement d'un problème de prévisibilité. A l'instar des autres méthodes de coordination, elle se heurte également à l'objection du 'cercle vicieux'.<sup>2999</sup> On peut craindre en effet que la dimension réflexive ne constitue plus un problème qu'une solution lorsque les deux Etats concernés l'ont fait leur. Que décider en effet si l'Etat du for concurrent impose également à ses tribunaux de tenir compte de la solution que le tribunal étranger apportera au conflit de procédures? Il deviendra difficile dans une telle hypothèse d'encore apprécier le sort que réservera le for étranger à une procédure concurrente, puisque cette solution dépendra elle-même de celle retenue par le for. La dimension réflexive peut être en quelque sorte la victime de son propre succès et

<sup>2999</sup> Pour la 'Foreign Court Theory' le for du raisonnement, v. A. BUCHER, *l.c.*, *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Droz*, A. BORRAS et al. (éds.), Kluwer, 1996, (41), 43.



son application devenir plus difficile à mesure qu'elle se répand. Cet écueil bien connu de la réciprocité met un bémol à l'utilité de la méthode.

**675. Conclusion : une utilité limitée** - Au total, les perspectives d'utilisation de la dimension réflexive sont singulièrement limitées. Comme les autres méthodes de coordination de systèmes, notamment celle de référence à l'ordre juridique compétent, la méthode réflexive semble devoir se limiter à une application ponctuelle dans des cas exceptionnels.

Une chose est en effet pour un tribunal de s'enquérir de la réaction probable d'un for concurrent, autre chose serait de l'obliger à tenir compte de cette réaction et de modifier au besoin la solution que lui impose son propre droit. Ce serait hypothéquer radicalement la règle de conflit de procédure du for, qui devrait s'effacer devant celle du for étranger. Une telle mesure remettrait en question la pertinence même de la réglementation du for. Sans aller jusqu'à une telle extrémité, on peut imaginer que la méthode réflexive débouche sur une possibilité pour le juge d'entrer en communication avec son collègue étranger pour examiner s'il est possible de résoudre le conflit. C'est l'hypothèse que nous allons examiner maintenant.<sup>3000</sup>

### 3. UN DIALOGUE ENTRE JUGES : LA DEFERENCE CONCERTEE

**676. Introduction** - La perspective réflexive a l'avantage de pouvoir être adoptée unilatéralement par tout ordre juridique, même si on ne doit pas en attendre des miracles. Sur le chemin qui mène de l'unilatéralisme pur à une approche multilatérale il existe une autre solution qui permet de dépasser les limites d'une approche nationale sans toutefois devoir attendre la conclusion d'une convention mondiale générale. Il s'agit de permettre aux tribunaux concernés de dialoguer, d'entrer en communication.

La suggestion n'est pas neuve. Elle a été évoquée par plusieurs commentateurs, et non des moindres, à la fois dans le contexte général de la coopération judiciaire internationale et dans le cadre particulier des procédures concurrentes. Mme. *Kessedjian* a la première vanté les mérites d'une approche concertée : évoquant la question des conflits de procédures dans le cadre des négociations de La Haye, elle avait laissé entendre qu'une approche concertée des fors concurrents permettrait de résoudre l'opposition stérile entre litispendance internationale et *forum non conveniens*.<sup>3001</sup> Mme. *Kessedjian* invitait les délégations à réfléchir à une méthode qui « privilégie le dialogue entre les deux ou multiples juridictions saisies », qui « devrait permettre aux chefs de ces juridictions ou à leurs délégués de voir ensemble quelle juridiction est la mieux placée pour statuer ». Les tribunaux prendraient ainsi leur décision ensemble, au besoin en ayant recours aux techniques modernes de communication.<sup>3002</sup> Partant, la contradiction de procédures ferait

<sup>3000</sup> On ne peut non plus exclure qu'un juge, lorsque la dimension réflexive fait apparaître que le conflit persistera, reprenne l'examen de sa compétence et constate que celle-ci ne se justifie pas, par exemple lorsque la règle de compétence lui laisse une certaine marge d'appréciation et qu'il constate qu'en réalité le litige ne possède qu'un lien ténu avec son for. Encore une fois, il semble cependant difficile d'inscrire un tel ré-examen en obligation sanctionnée par la loi.

<sup>3001</sup> C. KESSEDIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Document Préliminaire N° 7 d'avril 1997 à l'intention de la Commission Spéciale de juin 1997, 85, n° 150.

<sup>3002</sup> V. aussi le Document Préliminaire No. 9 de juillet 1998, *Rapport de synthèse des travaux de la Commission Spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, 41, n° 99-100 (qui évoque une "solution flexible qui permettrait aux juges saisis en même temps de dialoguer pour savoir quel est le mieux placé pour statuer sur le litige").

l'objet d'une solution « flexible », qui éviterait les difficultés liées à la priorité temporelle et notamment celles touchant à la définition de la notion de saisine du tribunal.<sup>3003</sup>

A sa suite, d'autres commentateurs se sont interrogés sur la possibilité de faire évoluer la règle unilatérale. On peut ainsi citer les réflexions de M. Bucher, qui, examinant les problèmes posés par la règle de litispendance traditionnelle, se demandait si une solution "davantage axée sur la recherche du for le plus proche des parties et des faits litigieux" ne serait pas préférable.<sup>3004</sup> A cet effet il envisage d'"encourager une certaine coopération entre les juridictions concernées, les juges étant les mieux placés pour faire le choix du for le plus approprié".<sup>3005</sup>

Plus récemment, l'idée a été reprise par M. Schlosser dans sa magistrale synthèse sur la coopération judiciaire internationale.<sup>3006</sup> L'auteur expliquait à cette occasion qu'il s'agissait d'une idée « révolutionnaire » pour appréhender les procédures concurrentes et ne cachait pas son enthousiasme à son égard.<sup>3007</sup>

<sup>3003</sup> V. également du même auteur, "Judicial Regulation of Improper Forum Selection", in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Soled Colloquium*, J. GOLDSMITH (ed.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, (273-294), spéc. 276; "Global Communication, Universal Jurisdiction?", *Contemporary International Law Issues: New Forms, New Applications. Proceedings of the Fourth Hague Joint Conference A.S.I.L./N.V.I.R., T.M.C. Asser Instituut, Den Haag, 1998*, 349-352; C. KESSEDIAN et S. CAHN, "Dispute Resolution On-Line", *International Lawyer*, 1998, (977-990), spéc. 989 ainsi que ses observations lors de la discussion du rapport de Mme Niboyet-Hoegy au comité français de droit international privé, *Travaux comité français DIP*, 1995-96, pp. 91-92.

<sup>3004</sup> *Droit international privé suisse*, I/1, Partie Générale - Conflits de juridictions, 109, n° 310. V. du même, « La famille en droit international privé, *Recueil des cours*, 2000, t. 283, (9-186), spéc. pp. 144-159.

<sup>3005</sup> Idem et à propos du *forum non conveniens*, p. 117, n° 334. M. Bucher renvoie également à l'étude de I. SCHWANDER, "Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al (éds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, (395), 416-418. V. aussi, I. SCHWANDER, "Wie kann nationales IPR zu vermehrt internationaler Optik gelangen?", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Sieber*, La Haye, Asser Press, 2000, (673), 680 (l'auteur évoque au titre d'une "intensiveren internationalen Zusammenarbeit der Zivilgerichte", la possibilité d'une "grenzüberschreitenden Koordination von Gerichtsverfahren (gemeinsames 'management' von Parallelprozessen in verschiedenen Staaten)") et du même, *Einführung in das internationale Privatrecht, I, Allgemeiner Teil*, 2<sup>ème</sup> éd., 1990, n° 682.

V. également E. JAYME selon qui "le droit international privé postmoderne est caractérisé pas le recours à une collaboration des juges des différents pays. Une telle collaboration n'est pas seulement suggérée mais institutionnalisée", (« Le dip postmoderne », *Recueil des cours*, 1995, t. 251, pp. 257-258). Il cite en exemple l'article 16 § 1 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 selon lequel "les autorités centrales communiquent directement entre elles et saisissent, le cas échéant, leurs autorités compétentes [...]". (Convention publiée à la *R.C.D.I.P.*, 1983, 551, avec les commentaires de F. MONEGER, *R.C.D.I.P.*, 1984, 29).

<sup>3006</sup> P. SCHLOSSER, "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-Operation", in *Recueil des cours*, 2000, t. 284, (9), 84-87 et 396-403. V. aussi CH. CHALAS, 681, n° 31.

<sup>3007</sup> La suggestion n'a pas laissé les auteurs américains indifférents. M. VOLLMER par exemple écrit que "The affected courts should have no qualms about opening communication with each other and beginning a dialogue on the most sensible and appropriate way of dealing with the inability of parties to settle on one forum": A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Soled Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1997, (237), 253. M. WEINTRAUB suggère dans la même ligne "a flexible approach for his pendens under which ordinary parallel litigation proceeds, but the courts are encouraged to communicate with each other to determine whether one of them is clearly the more appropriate site for adjudication, and if so, that is where the suit will continue". Il renvoie pour cette idée au Rapport-Kessedjian (No. 7, p. 85) ainsi qu'à l'affaire *Maxwell*, dans laquelle les tribunaux anglais et américains avaient coopéré (*In re Maxwell Communications Corp.*, 93 F. 3d 1036, 1054-1055 (2d Cir. 1996) : R. J. WEINTRAUB, "How Substantial is our need for a Judgments-Recognition Convention and What Should we Bargain Away to Get It", *Brooklyn J. Int'l L.*, 1998, (167), 206-207. M. Redish propose aussi un peu plus de dialogue comme ingrédient de son "zero tolerance model" pour les procédures concurrentes (*l.c.*, *Notre Dame Law Rev.*, 2000, (1347), 1374 : "[...] before making a decision as to the forum, it would be both appropriate and advisable for federal judges to contact their state court counterparts and, in consultation with the parties, seek an informal resolution of the jurisdictional conflict" et l'auteur de citer l'opinion du juge W. W. SCHWARZER, "Judicial Federalism in Action: Coordination of Litigation in State and Federal Courts", *Va. L. Rev.*, 1992, (1689), 1734-1735).

V. également Y. FURUTA, *l.c.*, *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, (1), 57-58 (l'auteur conclut que si les critères et mécanismes de solution convergent, les tribunaux pourront procéder à un échange de vues : "Once the

L'idée d'un dialogue entre tribunaux nationaux semblera irréaliste, voire utopique à certains. Avant d'en préciser les contours et d'en cerner les difficultés (b), on expliquera qu'elle constitue l'aboutissement logique d'une longue évolution de la coopération judiciaire internationale, culmination qui a d'ailleurs déjà trouvé une concrétisation dans certains textes et pratiques nationales (a).

- (a) Le dialogue inter-judiciaire : le dernier avatar de la coopération judiciaire internationale

677. Une longue évolution de la coopération judiciaire internationale – Le dialogue inter-judiciaire constitue à notre sens une étape supplémentaire dans la longue évolution qui a vu la coopération judiciaire internationale se transformer radicalement pour le plus grand bénéfice des justiciables.<sup>3008</sup>

Pour illustrer l'évolution des idées sur la question, il suffit de se rappeler quelles ont été les principales étapes des travaux de la Conférence de La Haye, grande spécialiste de la coopération internationale en matière de droit privé.<sup>3009</sup> On peut distinguer plusieurs périodes dans l'évolution de la coopération interétatique en matière judiciaire. La première était caractérisée par la primauté des voies *consulaires* et *diplomatiques*. Il n'était pas alors question de communication directe entre justices nationales ; toute demande d'entraide, que ce soit pour l'acheminement d'un acte judiciaire ou l'exécution d'une commission rogatoire, devait être adressée aux autorités du pays étranger par le biais de la voie diplomatique. En pratique, les demandes étaient préparées par les ministères de la justice et des affaires étrangères du pays demandeur pour être transmises par les soins de son ambassade, aux autorités correspondantes du pays étranger.<sup>3010</sup> On aperçoit aisément la lenteur du processus. L'importance des sentiments nationaux ainsi que la soumission de la justice à la seule souveraineté nationale explique que la coopération empruntait des voies bien indirectes.

A partir des années 1960 sont apparues les conventions de la deuxième génération. La Conférence de La Haye a pris les devants en introduisant le système des *autorités centrales*, organes administratifs au fonctionnement plus souple que les ambassades et consulats. Tout en restant soumises aux administrations nationales, les autorités centrales, entités spécialisées, pouvaient communiquer directement et se transmettre plus rapidement les

---

harmonization is achieved to the extent that courts in different countries apply the same standards and devices, the courts would be able to cooperate internationally in identifying the most proper forum for a dispute resolution") ainsi que A. BOGGIANO, *Relaciones judiciales internacionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, 59-60.

<sup>3008</sup> Sur l'importance de la coopération entre tribunaux dans les relations internationales, v. déjà A. T. VON MEHREN et D. T. TRAUTMAN, « Jurisdiction to Adjudicate : A Suggested Analysis », *Harvard L. Rev.*, 1966, (1121), 1127.

<sup>3009</sup> En général, G. A. L. DROZ, « La Conférence de La Haye et l'entraide judiciaire internationale », *Recueil des cours*, 1980, II, 159 e.s. ; G. A. L. DROZ, *oc. Recueil des Cours*, 1991-IV, t. 229, (9), 408 e.s. V. aussi P. VOLKEN, « Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen heute und morgen », *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 1982, 441-464 ; H. SCHACK, *IZVR*, 3<sup>ème</sup> éd., 83-84 et surtout J. H. A. VAN LOON, « The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law », in *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht Universiteit Amsterdam, Kluwer, Deventer, 1990, (101), 113-122 (l'auteur distingue la coopération qui relève de la première étape, avec utilisation des voies diplomatiques et consulaires, de celle de la seconde étape avec l'établissement des autorités centrales, en notant qu'il existe des formes intermédiaires et qu'on trouvait déjà des exemples de communication directe dans d'anciennes conventions de La Haye - p. ex. article 4 de la Convention de 1961 sur la protection des mineurs).

<sup>3010</sup> V. par exemple la Convention de La Haye du 17 juillet 1905, et notamment son article premier.

demandes d'entraide judiciaire. L'idée d'une coopération administrative directe a d'abord été consacrée dans la Convention de La Haye de 1965 sur la signification des actes. Là où l'article premier de la Convention de 1954 disposait encore que "[...] les significations d'actes à destination de personnes, se trouvant à l'étranger, se feront dans les Etats contractants, sur une demande du consul de l'Etat requérant, adressée à l'autorité qui sera désignée par l'Etat requis", l'article 2 de la Convention de 1965 obligeait d'emblée les Etats membres à désigner une autorité centrale chargée de la transmission et de la réception des demandes d'entraide.<sup>3011</sup> Partant, on évitait le détour par les nombreuses étapes intermédiaires qui ralentissaient autrefois le processus.

Cette innovation a été reprise dans de nombreuses autres conventions depuis lors, notamment la Convention sur l'enlèvement d'enfant de 1980 (article 6) ainsi que la Convention de 1993 sur l'adoption internationale (article 6). Les conventions plus récentes ont prolongé la réflexion en introduisant des formes plus directes de coopération judiciaire.

**678. Les premières concrétisations de la communication directe entre juges** – À la coopération diplomatique a succédé la coopération *administrative*. Cette dernière n'était toutefois pas nécessairement synonyme d'efficacité et de rapidité, la transmission entre autorités centrales ajoutant une étape supplémentaire qui pouvait s'avérer longue et coûteuse. Les esprits semblent s'être ouverts ces dernières années à l'idée d'une coopération judiciaire *directe*. Les règlements européens sur la signification internationale et l'obtention des preuves à l'étranger constituent les exemples les plus aboutis de cette évolution<sup>3012</sup> : sous l'empire de ces deux règlements, les requêtes sont transmises directement entre autorités judiciaires décentralisées, qui procèdent elles mêmes à la signification ou à l'administration des preuves. Le rôle des autorités centrales est dès lors réduit à celui de facilitateur, dont l'intervention ne sera nécessaire qu'en cas de difficulté dans la coopération directe.

Cette heureuse évolution n'est pas restée sans effet sur le règlement des procédures concurrentes. Les conventions récemment adoptées par la Conférence de La Haye traduisent concrètement le passage d'une coopération médiée à une collaboration directe entre autorités judiciaires. Ainsi, la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants introduit un mécanisme sophistiqué visant les conflits positifs de compétence, qui permet aux autorités judiciaires de différents pays d'entrer en communication.<sup>3013</sup> Cette coopération directe s'inscrit dans une règle fortement inspirée de la doctrine du *forum non conveniens* : lorsqu'un juge estime qu'un tribunal d'un autre Etat concurrent est mieux placé pour trancher le litige, il ne peut se contenter de se dessaisir ou de surseoir à statuer. L'article 8 l'invite à entrer en communication, directement ou par le biais des parties, avec l'autre tribunal pour s'assurer que ce dernier partage son appréciation de

<sup>3011</sup> On remarquera que la Convention de 1954 contenait déjà les germes de l'évolution future puisqu'elle prévoyait que "les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux Etats contractants s'entendent pour admettre la communication directe entre leurs autorités respectives". (article 1 *in fine*).

<sup>3012</sup> Règlement n° 1348/2000 du 29 mai 2000 sur la signification (*J.O.C.E.*, 30 juin 2000, L-160/37) et Règlement n° 1206/2001 du 28 mai 2001 sur l'obtention des preuves à l'étranger (*J.O.C.E.*, 27 juin 2001, L-174/1).

<sup>3013</sup> cfr. le Rapport Explicatif de M. Lagarde, n° 53 e.s. et les commentaires de A. BUCHER, « La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *R.S.D.I.E.*, 1997, (67), p. 82-84. Pour une analyse détaillée des articles 8 et 9 et leur rapprochement avec la doctrine du forum non conveniens, v. CH. CHALAS, 519-521, qui renvoie à E. GALLANT, *Autorité parentale et protection des mineurs en droit international privé*, Thèse dactyl., Paris I, 2000, n° 174-191. V. également l'article 8 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection des adultes et les commentaires de P. LAGARDE, « La Convention de La Haye du 13 juin 2000 sur la protection internationale des adultes », *R.C.D.I.P.*, 2000, 165 e.s.

l'affaire. Cette disposition précise même que “[...] les autorités concernées peuvent procéder à un échange de vues. [...]”. L'article 9 al. 2 contient une disposition similaire pour le cas où l'initiative du dialogue vient du tribunal qui s'estime le plus adéquat.

Ce subtil échafaudage, qui procède sans doute du souci de certains Etats de rendre plus prévisible l'appréciation du for approprié, n'a pas encore été soumis aux rigueurs de la pratique. Il n'en constitue pas moins une première concrétisation d'une coopération renforcée entre justices nationales.<sup>3014</sup>

**679. Les premières concrétisations de la communication directe entre juges (suite) – l'exemple du projet de Convention de La Haye** – Cette première tentative a connu un prolongement important dans les travaux de la même Conférence portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. Faisant suite aux réflexions déjà évoquées de Mme. *Kessedjian* (*supra*, n° 674), plusieurs propositions ont été soumises qui visaient à permettre le dialogue entre tribunaux concurrents.

Déjà un document de travail soumis par la délégation suisse en 1998 évoquait l'idée d'une concertation entre tribunaux – selon des termes identiques à ceux de la Convention de 1996.<sup>3015</sup> Cette proposition s'inscrivait dans une disposition qui tentait d'opérer la synthèse entre litispendance et *forum non conveniens* (*supra*, n° 653). Elle prévoyait que le tribunal premier saisi, auquel la Convention accordait en principe la priorité, pouvait néanmoins surseoir à statuer et inviter la partie intéressée à demander au tribunal concurrent s'il acceptait « d'exercer sa compétence en lieu et place du tribunal premier saisi » parce que celui-ci estimait qu'il était « mieux à même de résoudre le litige ». La proposition suisse invitait alors les tribunaux concernés à « procéder à un échange de vues » pour déterminer le caractère approprié des fors respectifs.<sup>3016</sup> Cette première proposition a reçu un accueil plus que mitigé, certains observant qu'un tel mécanisme de coopération entre tribunaux « ne fonctionne bien qu'en théorie et non dans la pratique ». D'autres se demandaient comment concilier un tel échange de vues avec le souci de respecter les droits des parties.<sup>3017</sup>

Une autre proposition conférait à la coopération directe entre tribunaux une portée plus générale. Dans un document de synthèse rédigé en 1998 par le Bureau Permanent, figurait ainsi un article 35 intitulé “dialogues transfrontaliers entre juges”, qui prévoyait

<sup>3014</sup> On remarquera que le dialogue prévu par la Convention ne concerne que l'hypothèse où le tribunal saisi estime qu'existe un for plus approprié. Il ne porte pas en tant que tel sur l'hypothèse des procédures concurrentes, pour laquelle la Convention prévoit une règle de litispendance classique (art. 13 et les commentaires de L. SILBERMAN, « The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children : a Perspective from the United States », in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siehr*, La Haye, Asser Press, 2000, (703), 719-720).

<sup>3015</sup> Document de travail n° 60 du 6 mars 1998, présenté par la délégation suisse.

<sup>3016</sup> V. aussi les explications de la délégation suisse in Rapport de séance n° 29 du 10 mars 1998, Commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3.

<sup>3017</sup> Observations rapportées in Rapport de séance n° 29 du 10 mars 1998, Commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3. Cette proposition avait été reprise à la même époque dans un document de travail n° 82 du 10 mars 1998, soumis par les délégations de l'Australie, le Canada et la Suède, v. le Rapport de séance n° 31 du 11 mars 1998, Commission spéciale sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, p. 3. On avait alors expliqué que « des règles détaillées doivent être incluses en ce qui concerne la coopération entre les deux tribunaux ». La perspective était toutefois quelque peu différente puisque la proposition ne visait que le *forum non conveniens*, il s'agissait en fait d'une transposition de l'article 8 de la Convention de 1996 alors que la proposition suisse visait plus particulièrement les conflits de procédures.

une disposition générale établissant un cadre pour la communication entre juges.<sup>3018</sup> Selon cette proposition,

“Dans les cas prévus aux articles 14, 23 et 24 ci-dessus [à savoir, les mesures provisoires, la litispendance et le *forum non conveniens*], les juges des Etats contractants pourront s’entretenir par tous moyens à leur convenance afin de décider ensemble quel tribunal devra statuer sur le litige en cause. Ce faisant, les juges concernés devront respecter strictement le principe de la contradiction et appeler les parties à faire valoir leurs arguments ou, le cas échéant, participer à la discussion”<sup>3019</sup>.

Dans un document ultérieur, le Bureau Permanent expliquait que ce texte permettrait « d’avancer dans une voie qui, pour n’être pas la règle aujourd’hui, devrait trouver de plus en plus à s’appliquer à l’avenir ».<sup>3020</sup> Il était encore précisé qu’il n’était pas fait obligation au juge d’entamer une coopération transfrontalière, mais qu’il s’agissait simplement d’une possibilité.

**680. Les premières concrétisations de la communication directe entre juges – l’exemple du projet de Convention de La Haye (suite) –** Cette approche novatrice semble cependant avoir été abandonnée dans les versions ultérieures du projet, sans d’ailleurs que la question ait fait l’objet de longs débats.<sup>3021</sup> La possibilité pour les tribunaux de procéder à un échange de vues figure certes dans le premier avant-projet de convention qui date de novembre 1998<sup>3022</sup> Elle a toutefois déjà disparu du projet modifié tel qu’arrêté en juin 1999. La concertation entre tribunaux n’a en définitive fait qu’une éphémère apparition dans les travaux. Elle était d’ailleurs limitée, ne visant que l’hypothèse particulière de l’exception à la priorité du juge premier saisi pour cause de tribunal plus approprié.<sup>3023</sup> Sans doute était-il déjà très difficile de trouver un compromis

<sup>3018</sup> Esquisse de texte pour aider à la préparation d’une convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Document d’information n° 2, septembre 1998, préparé par le Bureau Permanent, p. 40.

<sup>3019</sup> Il semble que cette suggestion émanait du Bureau Permanent et non d’une des délégations. On ne retrouve pas en effet trace d’une proposition en ce sens émanant d’une délégation. V. cependant ultérieurement la proposition de la délégation coréenne, Document de Travail n° 230 du 16 juin 1999, qui reprenait l’essentiel de l’article 35 tel que proposé par le Bureau Permanent, tout en limitant la possibilité du dialogue inter-judiciaire aux hypothèses de la litispendance et du *forum non conveniens*. Dans la rédaction proposée par la Corée, l’article 35 se lisait : « 1. Under the situations provided for in Articles 23 and 24 , a judge of a Contracting State (the requesting court) may communicate or consult with a judge of other Contracting States (the receiving court) for the purpose of determining which court is manifestly in a better position to try the case at issue ». Le second paragraphe de la disposition invitait les Etats membres à désigner une autorité centrale qui centraliserait les demandes de communication et faciliterait la prise de contact. Selon le dernier alinéa, les demandes de communication devaient être adressées aux autorités centrales lorsque celles-ci existaient.

<sup>3020</sup> Document de discussion des questions portées à l’ordre du jour de la Commission spéciale de juin 1999, document de discussion de mai 1999 préparé par le Bureau permanent, p. 35.

<sup>3021</sup> V. toutefois l’intervention d’un expert lors de la discussion en novembre 1998, qui expliquait que « laisser les deux tribunaux se concerter [...] est une solution impraticable au vu des différences culturelles et linguistiques », rapport de séance n° 52 du 19 novembre 1998, p. 2. Au cours de la même session, v. p. 4, les observations de certains quant à la nécessité de respecter les droits des parties lors d’un tel dialogue.

<sup>3022</sup> Document de travail n° 144, v. l’article 23, II, 3 pour la litispendance et l’article 24 III pour le *forum non conveniens*. V. aussi le document de travail n° 140 concernant le refus par le juge d’exercer sa compétence, qui dispose que « le tribunal saisi peut procéder à un échange de vues avec les autorités judiciaires de l’autre tribunal, dans le respect plein et entier du droit des parties, avant de décider de suspendre ou de refuser d’exercer sa compétence au bénéfice de l’autre tribunal ».

<sup>3023</sup> C’est ainsi que cette possibilité est mentionnée dans le Document de discussion des questions portées à l’ordre du jour de la Commission spéciale de juin 1999, document de discussion de mai 1999 préparé par le Bureau permanent, p. 22 : le rôle de la concertation entre juges est confiné à l’hypothèse dans laquelle le juge premier saisi estime que la priorité que lui confère la litispendance n’est pas opportune parce que le juge second saisi est

entre les différentes conceptions de la règle de déférence (*supra*, n° 654) et les délégations n'ont-elles dès lors pu aller plus loin et envisager une solution plus audacieuse.<sup>3024</sup>

Les réflexions relatives au projet de Convention n'ont pas trouvé concrétisation dans le texte de Convention. Elles ont néanmoins inspiré les travaux de l'*International Law Association* sur le sujet.<sup>3025</sup> Les recommandations de l'ILA sur les conflits de procédures autorisent en effet les tribunaux concernés à se concerter. Organisant une procédure de transfert entre les tribunaux (*infra*, n° 696), les principes prévoient que le tribunal saisi d'une demande de renvoi « pourra se mettre directement en rapport avec la juridiction bénéficiaire du renvoi, afin d'obtenir les informations pertinentes à son appréciation [...] ». <sup>3026</sup> Tout en réservant cette possibilité aux situations dans lesquelles « une telle communication directe est autorisée par les Etats respectifs », les principes encouragent toutefois les Etats « à permettre à leurs juridictions d'effectuer pareilles communications et d'y répondre ». <sup>3027</sup>

**681. Le dialogue entre tribunaux en Amérique du Nord** – Les suggestions évoquées jusqu'ici sont pour l'instant restées à l'état de projets ou de déclarations d'intention. Le dialogue direct entre tribunaux a toutefois déjà connu certaines concrétisations, principalement aux Etats-Unis. Il n'est pas sans intérêt d'expliquer dans quels contextes et sous quelle forme ces expériences ont eu lieu.

Les premiers exemples se sont manifestés à l'occasion du délicat contentieux de la garde des enfants. On a déjà évoqué la loi modèle qui régit cette question au sein de l'espace judiciaire américain depuis 1968 (*supra*, n° 644). Cette loi prévoit une double règle de litispendance : la première vise l'hypothèse où le tribunal second saisi est dès l'entame de la procédure informé qu'un tribunal concurrent a été antérieurement saisi. Dans ce cas, la priorité temporelle joue pleinement.<sup>3028</sup> Lorsque l'existence d'une procédure concurrente

---

mieux placé. Le Document expliquait que l'évaluation du caractère plus ou moins approprié de la compétence de chacun des tribunaux saisis pouvait se faire unilatéralement par chacun des tribunaux ou « conjointement ». Et la question était posée de savoir si cet échange de vues ne constituait pas un charge « trop lourde ».

<sup>3024</sup> La possibilité d'une décision conjointe n'est ainsi pas évoquée dans les nombreux documents du groupe ad hoc de travail sur le refus d'exercer la compétence, v. par exemple les documents de travail n° 233 et n° 238 du 17 juin 1999 ainsi que le document de travail n° 217 du 15 juin 1999. V. toutefois encore le document de travail n° 194 du 11 juin 1994 relatif au *forum non conveniens*, qui prévoyait que les « tribunaux concernés déterminent le caractère approprié du for [...] », n'excluant dès lors pas une décision conjointe.

<sup>3025</sup> Ce n'est pas la première fois que l'ILA tente de favoriser la coopération entre instances judiciaires pour favoriser le bon déroulement de procès internationaux. Cette approche a également été suivie par cette même organisation en matière de mesures provisoires (cfr. Résolution de l'International Law Association, *Report of the 66<sup>th</sup> Conference*, Buenos Aires 1994, p. 31, 600-630). La résolution note que “states should do more by way of practical cooperation in facilitating international civil and commercial litigation, for example by assisting in the service of process and the grant of provisional measures and by *studying the feasibility of cross-border transfer of cases*” (je souligne). Le ‘First Report : Jurisdiction in Transnational Torts’, adopté lors de la Conférence de Buenos Aires en 1994, contient également un encouragement à la co-opération entre juges. Le rapport suggère “a move from a model of jurisdiction based on determining when a particular court may act to a model based on international judicial co-operation. [...] there may be a premium to be put on the consolidation of litigation which spans borders, and of active judicial management of any ancillary proceedings in other jurisdictions”. (Rapport par C. McLachlan, p. 615). L'importance de la coopération a également été soulignée dans les travaux de l'ILA en matière de mesures provisoires et conservatoires, cf. la résolution adoptée lors de la Conférence d'Helsinki en 1996, dont le 19<sup>ème</sup> considérant dispose que “[...] a court should co-operate where necessary in order to achieve the efficacy of orders issued by other courts, and consider the appropriate local remedy”. Selon le rapport établi par C. McLachlan, il s'agit d'une “relatively general obligation to co-operate” (n° 35 du Rapport). Cependant, il ne s'agissait pas encore de communication directe entre juges.

<sup>3026</sup> Principe 5.2.

<sup>3027</sup> Idem.

<sup>3028</sup> A cette fin, la loi modèle prévoyait la création d'un registre national des causes portant sur la garde des enfants (section 16) ainsi que l'obligation pour les tribunaux de consulter le registre (section 6 (b)).



engagée antérieurement n'apparaît au contraire qu'en cours de route, le tribunal doit selon la section 6(c) surseoir à statuer et entrer en communication avec l'autre for.<sup>3029</sup> L'exception de for inapproprié prévue par la loi modèle invite également les tribunaux à entrer en dialogue.<sup>3030</sup>

La nouvelle version de la loi modèle adoptée en 1997 a repris et amplifié cette possibilité. La règle de litispendance confirme l'obligation pour le juge second saisi d'entrer en communication avec le juge premier saisi.<sup>3031</sup> L'exception de for inapproprié prévue par la même loi, ne comporte plus de référence explicite à la possibilité de communication entre juges.<sup>3032</sup> Le commentaire précise toutefois que le juge saisi d'une exception de for inapproprié a la faculté d'entrer en dialogue avec son homologue d'un autre Etat. La loi modèle prévoit en effet une disposition générale organisant le dialogue inter-tribunaux au delà des frontières nationales.<sup>3033</sup> Le commentaire précise qu'un tel dialogue constitue une obligation selon certaines dispositions de la loi, par exemple celle relative à la litispendance, mais que même lorsqu'il n'en est pas fait mention, les tribunaux peuvent y avoir recours. La disposition organise les modalités de la communication, notamment quant à la participation des parties ainsi qu'à la rédaction d'un compte-rendu, constituant ainsi le premier véritable mode d'emploi d'une communication directe entre juges.

Le dialogue inter-judiciaire a également fait son apparition, en dehors de toute obligation légale, dans le contentieux international de l'enlèvement d'enfants.<sup>3034</sup> Alors que les instruments internationaux applicables ne prévoient pas expressément cette possibilité,

<sup>3029</sup> "Section 6 (c) If the court is informed during the course of the proceeding that a proceeding concerning the custody of the child was pending in another state before the court assumed jurisdiction it shall stay the proceeding and communicate with the court in which the other proceeding is pending to the end that the issue may be litigated in the more appropriate forum and that information be exchanged in accordance with sections 19 through 22". V. *In re Marriage of Michelle Ellkasky*, 241 Ill. App. 3d 662; 10 E. 2d 139 (App. Court Ill., 1993); *Burkhalter v Burkhalter*, 34 So. 2d 761 (CA Flo. 1994); *In re Marriage of Torres*, 62 Cal. App. 4th 13 (CA Cal. 1998); *In re marriage of Pedowitz*, 225 Cal. Rptr. 18; 179 Cal. App. 3d 992; *In re T.R.W.*, 536 N.E. 2d 74; 179 Ill. App. 3d 1036.

<sup>3030</sup> Selon la Section 7 (d) "Before determining whether to decline or retain jurisdiction the court may communicate with a court of another state and exchange information pertinent to the assumption of jurisdiction by either court with a view to assuring that jurisdiction will be exercised by the more appropriate court and that a forum will be available to the parties". Il s'agit alors d'une invitation et non d'une obligation.

<sup>3031</sup> Selon la section 206 (b), "If the court determines that a child-custody proceeding has been commenced in a court in another State having jurisdiction substantially in accordance with this [Act], the court of this State shall stay its proceeding and communicate with the court of the other State. If the court of the State having jurisdiction substantially in accordance with this [Act] does not determine that the court of this State is a more appropriate forum, the court of this State shall dismiss the proceeding". On n'aperçoit pas bien sur quoi doit porter le dialogue entre juges, puisque la dernière phrase de cette disposition semble accorder au juge premier saisi le monopole de la décision sur le caractère approprié des fors respectifs.

<sup>3032</sup> On notera cependant que selon la section 207 (a), la question du caractère inapproprié du for peut être soulevée non seulement d'office par le juge ou par les parties, mais encore par un autre tribunal. Il s'agit là d'une nouvelle illustration de la possibilité pour les tribunaux de coopérer, fut-ce indirectement.

<sup>3033</sup> La Section 110 dispose que "(a) A court of this State may communicate with a court in another State concerning a proceeding arising under this [Act]. (b) The court may allow the parties to participate in the communication. If the parties are not able to participate in the communication, they must be given the opportunity to present facts and legal arguments before a decision on jurisdiction is made. (c) Communication between courts on schedules, calendars, court records, and similar matters may occur without informing the parties. A record need not be made of the communication. (d) Except as otherwise provided in subsection (c), a record must be made of a communication under this section. The parties must be informed promptly of the communication and granted access to the record. (e) For the purposes of this section, "record" means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form".

<sup>3034</sup> V. surtout M. H. BENNETT, « Cooperation in Child Abduction and Similar Cases », *Int'l Legal Practitioner*, 1998, (135), 136, qui regrette que la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants n'ait pas prévu l'obligation pour les juges nationaux de communiquer directement. Elle explique les avantages d'une telle communication et indique qu'un tel dialogue a déjà eu lieu dans certaines espèces (p. 138).



des tribunaux ont éprouvé le besoin d'entrer en contact direct. Ainsi, dans une affaire relative à l'enlèvement de deux enfants, un juge canadien a-t-il de sa propre initiative, téléphoné à son homologue américain pour tenter d'obtenir des éclaircissements sur la position de ce dernier et les règles dont il ferait application pour statuer sur une demande de rapatriement.<sup>3035</sup> Le dialogue ne visait pas à proprement parler une prise de décision commune, le juge californien n'ayant pas encore été formellement saisi. Le tribunal canadien, qui avait pris l'initiative du dialogue, voulait obtenir tous les renseignements nécessaires afin que sa décision puisse obtenir l'assentiment des autorités étrangères.<sup>3036</sup>

**682. Le dialogue entre tribunaux en Amérique du Nord (suite) – l'exemple de la faillite internationale** – Il est un autre domaine dans lequel le dialogue entre juges est né des besoins de la pratique, c'est celui de l'insolvabilité transfrontière. Ce dialogue constitue l'ultime étape du développement d'une pratique *ad hoc* qui vise, en l'absence de cadre conventionnel, à organiser la coordination des procédures concurrentes.<sup>3037</sup> En dehors du marché commun européen, il n'existe pas en effet d'accord international créant un cadre pour la coexistence de procédures de faillites concurrentes.<sup>3038</sup> Or les activités des entreprises défaillantes sont loin de s'arrêter aux frontières nationales. En l'absence de règles conventionnelles, les curateurs nommés dans certaines faillites retentissantes ont entrepris de collaborer pour mener à bien leur mission de liquidation et d'assainissement. Les accords qu'ils ont conclus pour ce faire ont pris la forme de protocoles négociés avec les créanciers ou leurs représentants, protocoles qui stipulent dans quelle mesure chacun sera désintéressé. La pratique semble remonter à l'affaire de la BCCI ;<sup>3039</sup> elle a ensuite été appliquée lors de la faillite de l'empire *Maxwell*,<sup>3040</sup> pour être

<sup>3035</sup> *Bagnell v Bagnell*, (1991) 108 N.S.R. (2d) 428.

<sup>3036</sup> V. aussi *In re M. and J.*, rendue en 1999 par un tribunal anglais, disponible sur [www.miltonhouse.com/cases] et *Blondin v Dubois*, 19 F. Supp. 2d 123 (S.D.N.Y. 1998) ; 189 F.3d 240 (2d Cir. 1999) et 78 F. Supp. 2d 283 (S.D.N.Y. 2000) (un tribunal américain engage un dialogue avec l'autorité centrale française pour connaître son point de vue).

<sup>3037</sup> Pour plus de détails, v. "De Europese insolventieverordening", in *Het nieuwe Europees ipr : een verdrag naar vordering*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Anvers, Intersentia, 2001, (103), 103-110.

<sup>3038</sup> La convention d'Istanbul négociée au sein du Conseil de l'Europe, n'est jamais entrée en vigueur. Même s'il est déjà bien avancé, le projet de l'*American Law Institute* de donner à l'Organisation Nord-Américaine de Libre Echange un cadre juridique commun pour les faillites internationales, n'a pas encore connu de suite concrète (sur ce projet, J. L. WESTBROOK et J. S. ZIEGEL, "The American Law Institute NAFTA Insolvency Project", *Brooklyn J. Int'l Law*, 1997, 7-24; J. L. WESTBROOK, "Creating International Insolvency Law", *Am Banker. L. J.*, 1996, 563-574). Enfin, la loi modèle de la Cnucdi, si elle a inspiré certaines législations internationales, ne constitue pas à proprement parler une initiative multilatérale puisque les Etats doivent y donner suite chacun séparément. V. également le *Model International Insolvency Cooperation Act*, préparé par un comité de l'IBA, et les explications de T. E. POWERS, "The Model International Insolvency Cooperation Act : A Twenty-First Century Proposal for International Insolvency Cooperation", in *Current Developments in International and Comparative Insolvency Law*, J.S. ZIEGEL (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 687-700; T. E. POWERS, R. R. MEARS et J. A. BARRETT, "The Model International Insolvency Cooperation Act", in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganization*, E. B. LEONARD et C.W. BESANT (éd.), Londres, IBA/Graham & Trotman, 1994, 233-243.

<sup>3039</sup> Dans cette affaire, des procédures de faillite avaient été ouvertes entre autre au Luxembourg, en Angleterre, aux Etats-Unis et aux Iles Caïman. Les différents acteurs, curateurs, organismes de contrôle des banques et des assurances ont été forcés de coopérer dans l'espoir d'obtenir l'intervention la plus grande de l'actionnaire principal, le cheick d'Abu Dahbi. Les curateurs ont ainsi conclu un accord avec l'actionnaire (le 'contribution agreement') et un autre entre eux qui portait sur la répartition des avoirs (le 'costs and recoveries agreement'). Il a fallu ensuite obtenir l'accord des tribunaux sur ces accords, ce qui n'a pas été sans peine. L'histoire de cette faillite est racontée par la Cour d'Appel anglaise in *In Re Bank of Credit and Commerce International St (No. 10)*, [1997] W.L.R. 172, 176-181. V. sur cette affaire, H.S. SCOTT, "Multinational Bank Insolvencies : The United States and BCCI", in *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency*, J. S. ZIEGEL (éd.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 733-745. V. déjà la faillite de l'*International Overseas Service Ltd.*, une société canadienne de courtage et de gestion et vente de 'mutual funds' qui a fait faillite en 1973. Cette faillite intéressait énormément de monde parce que les clients de la faillite étaient établis dans de nombreux pays ; en outre la société était soumise à la supervision de différentes autorités nationales, parmi lesquelles la SEC. Ces autorités et les différents gouvernements se sont mis d'accord pour gérer ensemble la faillite de IOS. V. *Bernard Cornfeld v Investors Overseas Service, Ltd.*, 471 F. Supp. 1255, 1257 (SDNY 1979), dans laquelle le tribunal de New York évoque un

généralisée, à tel point qu'on a vu apparaître des modèles de protocoles.<sup>3041</sup> Pour assurer l'efficacité des accords ainsi conclus, les curateurs ont également pris l'habitude de soumettre le protocole aux tribunaux compétents pour homologation.<sup>3042</sup> Ainsi la liquidation et la répartition des actifs trouvent-ils un cadre dans l'accord homologué conjointement par les tribunaux ayant prononcé la faillite, une forme originale de coopération née des besoins de la pratique.<sup>3043</sup>

**683. Le dialogue entre tribunaux en Amérique du Nord – l'exemple de la faillite internationale (suite) –** Les choses n'en sont pas restées là puisque dans un deuxième temps, des tribunaux ont jugé utile de se concerter avant de procéder à l'homologation de l'accord. On a ainsi vu, comme dans l'affaire *Nakash*,<sup>3044</sup> des protocoles prévoir que les

---

« cooperative international effort to wind-up the IOS-related companies in an equitable and practical manner ». Le tribunal explique que « Representatives from the SEC, the governments of Canada, Luxembourg and the Netherlands Antilles, and the provinces of Ontario and Quebec have formed the Intergovernmental Committee of Regulatory Authorities and Liquidators for the purpose of assisting in the winding-up of IOS-related companies throughout the world. Representatives of the French, Swiss and Bahamian governments have also been invited to join the committee, since IOS-entities exist in those countries ».

<sup>3040</sup> V. les explications de B. GÖPFERT, "In re Maxwell Communications – ein Beispiel einer 'koordinierten' Insolvenzverwaltung in parallelen Verfahren", *ZZP Int.*, 1996, 269-286; R. A. GILTIIN et R. J. SILVERMAN, "International Insolvency and the Maxwell Communications Corporation Case : One Example of Progress in the 1990's", in *International Bankruptcies. Developing Practical Strategies*, Practising Law Institute Course Handbook Series N° 628, New York, Practising Law Institute, 1992, 7-19 (avec en annexe le texte des protocoles); E. D. FLASCHEN et R. J. SILVERMAN, "Maxwell Communications Corporation plc : the Importance of Comity and Cooperation in Resolving International Insolvencies", in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, E. B. LEONARD et C. W. BESANT (éds.), Londres, IBA/Graham & Trotman, 1994, 41-47; E. D. FLASCHEN et R. J. SILVERMAN, "The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communication Corp. International Insolvency", in *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, J. S. ZIEGEL (éd.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 621-645; P. CARRINGTON, "Cross-Border Insolvency under the Common Law : the Maxwell case", *Forum Internationale*, n° 19, La Haye, Kluwer, 1993, 33-44. On trouvera sur le site de l'*International Insolvency Institute* le texte intégral de nombreux protocoles utilisés dans des affaires concrètes ([www.iiloglobal.org/international/protocols.html](http://www.iiloglobal.org/international/protocols.html))).

<sup>3041</sup> Il s'agit du Concordat établi par le comité J de l'IBA, qui contient un modèle de protocole prêt à l'emploi. Le Concordat a été publié in E. B. LEONARD et M. C. ZAIG, "Developments and Trends in United States /Canada Cross-Border Reorganisations", *Jour. Bank. Law & Practice*, 2000, (343), 362-375. V. les explications de A. NIELSEN, M. SIGAL et K. WAGNER, "The Cross-Border Insolvency Concordat : Principles to Facilitate the Resolution of International Insolvencies", *Am Banker L.J.*, 1996, 533-562. Le Concordat a déjà été utilisé dans l'affaire *Ewefresh* comme base de négociations, v. B. LEONARD, "Managing Default by a Multinational Venture : Cooperation in Cross-Border Insolvencies", *Texas Int'l L.J.*, 1998, (543), 548-553.

<sup>3042</sup> Dans l'affaire *Maxwell*, le juge Brozman a résumé les impératifs pratiques qui expliquent la nécessité d'une coopération entre curateurs et entre tribunaux : "Lurking in all transnational bankruptcies is the potential for chaos if the courts involved ignore the importance of comity. As anyone who has made even a brief excursion into this area of insolvency practice will report, there is little to guide practitioners or the judiciary in dealing with the unique problems posed by such bankruptcies. Yet it is critical to harmonize the proceedings in the different courts lest decrees at war with one another proceed. In the spirit of comity and to the essential end of coordinating the American and British cases, Judge Hoffmann and I have approved in the MCC cases a protocol pursuant to which [...] I have recognized as corporate governance of MCC the joint administrators whom he appointed and he has granted standing to the examiner with expanded powers whom I appointed" : *In re Brierley* 45 B.R. 151 (Bankr. SDNY 1992).

<sup>3043</sup> La pratique des curateurs et tribunaux de *common law* a éveillé l'intérêt des juristes de droit civil, notamment dans le cadre de l'application du Règlement européen sur l'insolvabilité. Ce Règlement laisse ouverte la possibilité d'une pluralité de procédures portant sur la même faillite. Les règles de coordination qu'il prévoit sont loin d'être complètes. Dès lors, il semble utile de s'inspirer de l'expérience des protocoles pour organiser la coopération des curateurs européens, v. les réflexions en ce sens de H. EINDENMÜLLER, « Der nationale und der internationale Insolvenzverwaltungsvertrag », *Z.Z.P.*, 2001, 3-36 ainsi que B. WESSELS, "Internationaal insolventierecht als motor van grensoverschrijdende coördinatie en samenwerking tussen rechters en curatoren", *Tijdschrift voor insolventierecht*, 2002, 21-24. V. aussi l'affaire *Nakash*, dans laquelle le concept de protocole a été utilisé pour coordonner la faillite d'un groupe américano-israélien et les explications de E. D. FLASCHEN et R. J. SILVERMAN, « Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols », *Texas Int'l L. J.*, 1998, (587), 593-599 et *Nakash v Zur* (*In re Nakash*), 190 B.R. 763 (Bankr. S.D.N.Y. 1996).

<sup>3044</sup> V. les explications de E. D. FLASCHEN et R. J. SILVERMAN, *l.c.*, *Texas Int'l L. J.*, 1998, (587), 593-599 et le texte du protocole annexé, p. 601 e.s. Selon la section 4 du Protocole, « [...] the US Bankruptcy Court and the Courts of

tribunaux pourront entrer directement en communication et même organiser des audiences communes.<sup>3045</sup> Les premières expériences de communication directe ont déjà porté leurs fruits.<sup>3046</sup> Ici aussi la théorie a rattrapé la pratique, puisque des institutions ont développé des règles précises encadrant le dialogue inter-judiciaire. La loi modèle de la Cnudci prévoyait déjà une possibilité de coopération directe entre tribunaux, en ce compris un dialogue.<sup>3047</sup> La proposition la plus aboutie émane sans doute de l'*American Law Institute*, qui a publié des 'Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases'.<sup>3048</sup> Les Principes de coopération rédigés par les experts de l'institut prévoient une obligation générale pour les tribunaux concernés par une faillite transfrontière de coopérer au maximum possible, et les invitent pour ce faire à entrer en communication les uns avec les autres, que ce soit par l'intermédiaire des syndics de faillite ou directement.<sup>3049</sup> Cette obligation générale fait l'objet d'explications détaillées dans les principes directeurs déjà cités.

Ces principes directeurs sont encore à l'état de projet. Ils n'en sont pas moins intéressants parce qu'ils constituent un mode d'emploi détaillé, étape par étape, de la communication entre tribunaux. Sont ainsi prévu des règles quant aux circonstances dans lesquelles une telle communication peut s'établir, aux modalités de communication, aux informations qui peuvent être communiquées, à la participation éventuelle des parties et des curateurs et aux documents à établir pour conserver une trace de ce qui s'est dit. Les principes envisagent non seulement la possibilité d'un dialogue, mais aussi celle d'une audience commune ('joint hearing').

#### (b) Difficultés de la communication directe entre juges

**684. Introduction** - Le dialogue entre juges est une solution séduisante. Il s'accorde bien avec l'évolution, déjà évoquée, de la coopération judiciaire internationale et laisse entrevoir une approche plus flexible des procédures concurrentes, qui permettra d'apporter une solution adaptée aux circonstances particulières de chaque cause. Sur un

---

Israel shall, to the maximum extent they are lawfully able to do so, seek to coordinate their efforts in order to avoid conflicting rulings whenever possible. In furtherance of the foregoing, the US Bankruptcy Court and the Israeli NAB Liquidation Court hereby express their desire (to the extent they are lawfully able to do so) that to the extent practical and feasible under the circumstances, they should endeavor to consult with each other through the Official Receiver and the Examiner and/or via telephonic conference in order to attempt to coordinate their efforts and avoid (if possible) potentially conflicting rulings".

<sup>3045</sup> Ou plus modestement coordonner leurs activités, par exemple en approuvant le même jour le protocole négocié entre les curateurs et les créanciers, comme dans l'affaire *Everfresh*, v. les explications de B. LEONARD, *l.c.*, *Texas Int'l. L.J.*, 1998, (443), 549-550.

<sup>3046</sup> Le juge Farley explique ainsi comment les tribunaux canadiens et américains ont, dans l'affaire *Everfresh*, directement échangé leurs points de vue avant d'approuver le protocole, J.M. FARLEY, « A Judicial Perspective on Cross-Border Insolvencies and Restructuring », *Int'l. Business Lawyer*, 1996, (220), 221.

<sup>3047</sup> Artt. 25 à 27.

<sup>3048</sup> Publiées in E. B. LEONARD et M. C. ZAIG, *l.c.*, *Jour. Bank. Law & Practice*, 2000, (343), 375-381. Une traduction française est disponible sur le site de l'*International Insolvency Institute*.

<sup>3049</sup> Le principe 10 des *Principles of Cooperation in Transnational Insolvency Cases Among the Members of the North American Free Trade Agreement*, projet préliminaire du 14 avril 2000, American Law Institute, prévoit que "To the maximum extent permitted by domestic law, courts considering bankruptcy proceedings or requests for assistance from foreign bankruptcy courts should communicate with each other directly or through administrators. To the maximum extent, such communications should take advantage of modern methods of communication including telephone, telefacsimile, teleconferencing and electronic mail, as well as written documents delivered in traditional ways. Any such communications should at all time follow procedures consistent with domestic law as to such matters". Le commentaire explique toutefois qu'un tel dialogue n'est généralement pas accepté au Mexique.

plan plus théorique, on pourrait même, comme le fait Mme M. *Slaughter*, y voir une manifestation de l'évolution des relations internationales d'une approche exclusivement centrée sur les acteurs étatiques vers l'écllosion d'une conception plus ouverte de ces relations où les tribunaux et d'autres intervenants comme les organisations non gouvernementales participent aussi à la construction de l'ordre juridique international.<sup>3050</sup>

**685. Difficultés pratiques du dialogue inter-judiciaire** - La solution n'est pas pour autant évidente. La concertation directe entre juges se heurte à de nombreux obstacles. L'indépendance qui caractérise ces institutions n'est tout d'abord pas de nature à faciliter cette concertation. Il ne faudrait pas pour autant y voir un obstacle rédhibitoire à une simple prise de contact entre juridictions concurrentes. Même si le dialogue visait à aboutir à une solution commune, encore chaque juridiction devrait-elle se prononcer séparément et selon les formes locales, ce qui garantirait le respect d'une certaine indépendance.

La concertation soulève des problèmes plus pratiques. On a vu que les rares exemples de dialogue inter-judiciaire avaient rassemblé des juges anglophones. Qu'en sera-t-il de tribunaux que l'obstacle de la langue sépare ? La traduction simultanée peut apporter une solution. Elle suppose toutefois qu'une trace soit conservée du dialogue, de sorte que les parties puissent exercer ultérieurement toutes les possibilités de recours dont elles disposent.<sup>3051</sup> Il faudra encore veiller à ce que le dialogue respecte le principe cardinal des

<sup>3050</sup> On connaît la théorie dite 'libérale' proposée par Mme. SLAUGHTER pour expliquer les développements des relations internationales, en général sur cette conception des relations internationales, v. « International Law in a World of Liberal States », *Eur. J. Int'l L.*, 1995, 503 e.s. Poursuivant la réflexion sur ce modèle conceptuel, Mme *Slaughter* a proposé de voir dans la communication inter-tribunaux une manifestation du développement d'un nouveau paradigme qui ne fait plus des Etats les acteurs exclusifs du développement des relations juridiques internationales. Elle distingue 4 formes distinctes de communication entre tribunaux, dont l'une est le dialogue direct à l'occasion notamment de conflits de procédures. Mme *Slaughter* se réfère ainsi à ce qu'elle appelle la 'positive comity' pour envisager "a global community of law, established not by the World Court in The Hague, but by national courts working together around the world. It is also a vision of a shift from deference to dialogue, from passive acceptance to active interaction, from negative comity to positive comity" (A.-M. SLAUGHTER, "40<sup>th</sup> Anniversary Perspective : Judicial Globalization", *Virginia J. Int'l L.*, 2000, (1103), 1114). V. aussi "Court to Court", *Am J. Int'l Law*, 1998, 708 e.s. et déjà "A Typology of Transjudicial Communication", *U. Richmond L. Rev.*, 1994, (99-137), 119-122 ainsi que "Toward a theory of Effective Supranational Adjudication", *Yale L.J.*, 1997, 273 e.s.

Cette vision a été reprise par d'autres auteurs, notamment à l'occasion du développement de jurisprudences nationales convergentes dans le domaine des droits de l'homme (où l'on n'a pas hésité à parler de « réseaux de tribunaux nationaux agissant ensemble pour rendre justice aux victimes de violations des droits de l'homme », v. W. J. ACEVES, "Liberalism and International Legal Scholarship. The Pinochet Case and the Move Towards a Universal System of Transnational Law Litigation", *Harvard Int'l. L. J.*, 2000, 129 e.s. et sur ce thème également : CH. MCCRUDDEN, "A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", *Oxford J. Legal Studies*, 2000, 499-532. En général sur la théorie des réseaux d'acteurs des relations internationales, v. A. M. SLAUGHTER, "Government Networks : The Heart of the Liberal Democratic Order", in *Democratic Governance and International Law*, G. H. FOX et B. R. ROTH (éds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 199-235. V. les critiques de J. E. ALVAREZ, "Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory", *Eur. J. Int'l L.*, 2001, 183 e.s.

Les idées de Mme. *Slaughter* ont également été reprises pour expliquer l'apparition du dialogue inter-judiciaire dans le contentieux de la faillite, v. L. M. LOPUCKI, "Cooperation in International Bankruptcy : A Post-Universalist Approach", *Cornell Law Review*, 1999, 696-761 (où l'auteur examine différents modèles pour les faillites internationales, de l'universalisme pur au territorialisme qu'on accuse de nationalisme, et propose ce qu'elle appelle la 'cooperative territoriality'). Cf. également L. UNT, "International Relations and International Insolvency Co-Operation : Liberalism, Institutionalism and Transnational Legal Dialogue", *Law and Policy in International Business*, 1997, 1037-1106, spéc. 1069-1106.

<sup>3051</sup> Dans l'affaire *Bunkelhalter v Bunkelhalter*, 34 So. 2d 761 (CA Flo. 1994), le tribunal de première instance de Floride avait accepté de renoncer à l'exercice de sa compétence après s'être entretenu au téléphone avec son collègue de Caroline du Nord précédemment saisi. La décision fit l'objet d'un appel, la demanderesse contestant la décision. La Cour d'Appel constata que « The communication which took place between the North Carolina and Florida judges was clearly authorized by law [...] » et que « it is most apparent that Judge Davis had a telephone conversation with the trial judge in North Carolina and that this conversation influenced his decision ». La Cour

droits de la défense, par exemple en autorisant les parties sinon à participer à la conversation, du moins à y assister et à soumettre des observations.<sup>3052</sup> Ces préoccupations pratiques ont déjà trouvé une réponse dans les principes directeurs rédigés par l'*American Law Institute* (*supra*, n° 681). Les solutions proposées sont susceptibles d'être améliorées, elles constituent toutefois une base de départ pour la réflexion.<sup>3053</sup>

**686. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire – une question de mentalité** - Au delà des questions ponctuelles liées au déroulement concret du dialogue,<sup>3054</sup> il faut encore admettre que le dialogue inter-judiciaire devra sans doute surmonter les réticences des juridictions dont on a vu qu'elles n'étaient pas toujours favorables à la coordination même passive des procédures concurrentes. Imposer une coordination active sera dès lors une œuvre de longue haleine.<sup>3055</sup>

Les tribunaux nord américains se sont lancés dans l'aventure du dialogue inter-judiciaire 'sans filet', de leur propre initiative. Il faut voir dans cette initiative l'expression de la plus

expliqua que le juge n'avait pas gardé trace écrite de cette conversation. Elle demanda dès lors au juge de première instance de « creating a supplement to the record which sets forth, in as reliable a manner as is possible, the content of the judge's conversation with the North Carolina judge » de manière à lui permettre d'exercer sa mission de contrôle. V. par contre *Smith v Smith*, 534 N.W. 2d 6 (S.C. North Dakota 1995) (dans laquelle la communication téléphonique entre un juge californien et son homologue du Dakota Nord avait fait l'objet d'une retranscription, ce qui avait permis aux parties d'en contrôler le contenu et à la Cour Suprême du Dakota de rejeter le grief de détournement de pouvoir avancé par l'une des parties) ;

<sup>3052</sup> Ce qui n'avait pas été le cas dans l'affaire *Burkhalter v Burkhalter*, déjà évoquée. Les tribunaux ne semblent pas considérer l'absence de participation des parties ou encore de traces écrites de la communication comme viciant de manière absolue celle-ci, v. par exemple *Lawrence v Lawrence*, 2002 WL 445055 (Ohio App. 12 Dist., 2002). On notera que la loi modèle de 1968 ne prévoit pas de modalités concrètes pour le dialogue qu'elle encourage. Elle se contente de régler les demandes de collaboration émanant d'un Etat, par exemple celle visant à obtenir le témoignage d'une personne résidant dans un autre Etat. La nouvelle version de la loi modèle va plus loin puisqu'elle contient une disposition spécifique organisant de façon concrète la communication entre tribunaux. Selon la section 110, "(b) The court may allow the parties to participate in the communication. If the parties are not able to participate in the communication, they must be given the opportunity to present facts and legal arguments before a decision on jurisdiction is made. (c) Communication between courts on schedules, calendars, court records, and similar matters may occur without informing the parties. A record need not be made of the communication. (d) Except as otherwise provided in subsection (c), a record must be made of a communication under this section. The parties must be informed promptly of the communication and granted access to the record. (e) For the purposes of this section, "record" means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form". Il n'est pas d'appel à une coopération directe entre tribunaux qui ne souligne la nécessité de préserver les droits des parties, p. ex. J. M. FARLEY, « A Judicial Perspective on Cross-Border Insolvencies and Restructuring », *Int'l. Business Lawyer*, 1996, (220), 221, ("it would be desirable that the interested parties in each jurisdiction nominate one counsel who would then be able to distribute a summary to all parties once the summary has been cleared with or approved by the judges involved").

<sup>3053</sup> Tout comme les modalités prévues par les *Principes de Leuven-Londres* de l'ILA, et notamment le principe 5.2, qui prévoit que les parties seront averties en temps utile de l'intention du tribunal d'entrer en communication avec son confrère étranger, afin qu'elles puissent faire connaître leurs vues sur les informations à solliciter. Le même principe exige que les communication entre juridictions soient écrite ou au moins qu'il en sera dressé un procès-verbal. Enfin, il est prévu que la communication se fasse dans une langue acceptable pour la juridiction bénéficiaire du renvoi.

<sup>3054</sup> Déroulement concret qui pourrait profiter des avancées de ce qu'il est dorénavant convenu d'appeler l'*Online Dispute Resolution* ou ODR, v. à ce sujet M. PHILIPPE, « Where is Everyone Going With Online Dispute Resolution (ODR) », *R.D.A.I.*, 2002, 167-210 ainsi que C. KESSEJIAN and S. CAHN, "Dispute Resolution Online", *International Lawyer*, 1998, 977-990 ; T. HEREMANS, "Dossier online geschillenbeslechting : Een blik op online geschillenbeslechting in België", *Computerrecht*, 2001, 247-253 ; M. BONTJUIS-KRIJGER, "Dossier online geschillenbeslechting : ODR.NL : Grensoverschrijdende online alternatieve geschillenbeslechting", *Computerrecht*, 2001, 245-247 et A. R. LODDER, "Dossier online geschillenbeslechting : eADR of ODR : wereldwijde geschillenoplossing, wereldwijd recht?", *Computerrecht*, 2001, 232-240.

<sup>3055</sup> D'autant plus que certains y voient d'emblée une suggestion "utopique", p. ex. l'observation en ce sens de M.-L. NIBOYET-HOEGY lors de la discussion de sa communication au Comité français de dip, *Travaux comité français DIP*, 1995-96, p. 92.

grande liberté dont ils jouissent pour s'écarter des règles écrites et conduire leur procédure comme ils l'entendent.<sup>3056</sup> A l'inverse, on peut craindre que les juridictions de droit civil éprouvent plus de difficultés à prendre des libertés avec le cours normal de la procédure.<sup>3057</sup> Chaque juge est bien sur maître de son audience ; le principe dispositif et surtout les traditions limitent toutefois la liberté d'action des tribunaux. Il faudra sans doute attendre la création d'un cadre légal spécifique, détaillant les circonstances et modalités du dialogue pour que la communication directe entre juges prenne son envol.

Au sein même de l'espace judiciaire américain, le dialogue inter-judiciaire mis en place pour le contentieux de l'enlèvement des enfants ne constitue pas un succès sans partage. On constate en effet que certains tribunaux ne donnent pas suite à l'invitation qui leur est faite d'entrer en communication avec le tribunal saisi concurrentement. Il en est par exemple allé ainsi dans l'affaire des époux *Nazar*, dans laquelle s'opposaient les tribunaux de Louisiane et du Minnesota.<sup>3058</sup> En l'espèce, l'épouse avait quitté le domicile conjugal établi au Minnesota pour retourner en Louisiane d'où elle était originaire. Elle demanda le divorce devant les tribunaux de sa nouvelle résidence et sollicita également la garde des deux enfants. Dans le même temps, l'époux saisit les tribunaux du Minnesota de demandes similaires. En première instance, le tribunal du Minnesota se déclara compétent tout en expliquant que les tribunaux de Louisiane avaient abusivement pris connaissance de la cause. Il n'envisagea pas la possibilité d'entrer en contact avec ces tribunaux. La Cour d'Appel reforma cette décision : tout en soulignant que les difficultés de l'espèce étaient liées à l'attitude de deux « non cooperative state courts »,<sup>3059</sup> elle invita le tribunal de première instance à s'interroger, à la lumière de l'intérêt des enfants, sur l'opportunité d'exercer sa compétence. Constatant qu'en l'espèce la seule communication entre les tribunaux avait consisté dans un échange de lettres et de décisions, la Cour d'Appel insista également sur le devoir imposé aux tribunaux d'entrer en communication, un devoir qu'ils avaient négligé.<sup>3060</sup>

Il semble que d'autres tribunaux prennent quelque liberté avec l'obligation qui leur est faite d'entrer en communication avec le for concurrent, certains voyant d'ailleurs dans le dialogue une simple *faculté* et non une véritable obligation.<sup>3061</sup> Il en a également été ainsi dans une affaire qui a opposé les tribunaux de Floride et les tribunaux suisses.<sup>3062</sup> En l'espèce, un citoyen américain avait dénoncé le fait que son épouse suisse avait emmené leurs enfants en Suisse où elle résidait. Les parties avaient institué des procédures de divorce concurrentes dans leur pays de résidence. La Cour d'Appel du 4<sup>ème</sup> district de

<sup>3056</sup> Comme le fait remarquer le juge J. M. FARLEY, *l.c.*, *Iran's Business Lawyer*, 1996, (220), 221, qui explique que les tribunaux du commerce jouissent au Canada d'une grande liberté et sont encouragés à se montrer flexibles et à modifier leurs procédures si nécessaire.

<sup>3057</sup> V. les réflexions en ce sens de P. SCHLOSSER, *ac.*, *Recueil des cours*, 2000, t. 284, (9), 417-418.

<sup>3058</sup> *In Re the Marriage of Houshang S. Nazar u Carol K. Nazar*, 505 N.W. 2d 628 (Minn. App.).

<sup>3059</sup> La Cour expliqua que "Each state is obstinately protecting its own jurisdiction without communicating or cooperating to determine the best forum for the case" : 505 N.W. 2d 628, 635.

<sup>3060</sup> "we encourage both Minnesota and Louisiana trial courts to adhere to the UCCJA's requirements of interstate communication and cooperation. The UCCJA requires two such courts that simultaneously exercise jurisdiction to communicate with each other to determine the best forum" : 505 N.W. 2d 628, 637. Et la Cour d'ajouter que "Instead, we have the exact situation the UCCJA was enacted to prevent : two states and two parties at a jurisdictional impasse with two innocents children caught in the middle" : 505 N.W. 2d 628, 638. V. également *Coleman u Coleman*, 493 N.W. 2d 133, 137 (Minn. App. 1992) (« Which state exercises jurisdiction is less important than that the courts of the involved states act together in the children's best interests »).

<sup>3061</sup> *State ex rel. Grape u Zach*, 524 N.W. 2d 788 (Neb. 1994) ("Provisions of the Child Custody Jurisdiction Act do not impose upon judges, aware that proceedings are pending in an out-of-state court, but are directory only"); *In re Petition of E. Dilson*, 637 P. 2d 32 (S.C. Col. 1981); *In re K.R.*, 897 P. 2d 896 (App. Col. 1995).

<sup>3062</sup> *Maja Stock u Gary Stock*, 677 So. 2d 1341 (CA Fla. 1996).

Floride fit observer que l'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act* trouvait également à s'appliquer dans les espèces internationales. Elle ajouta que cette législation faisait de la communication entre juges concurrents une obligation centrale que n'avait pas respectée le juge de première instance.<sup>3063</sup> En réformant la décision du juge, elle indiqua qu'il s'imposait qu'il prenne contact avec les autorités suisses pour assurer une résolution amicale du conflit.<sup>3064</sup>

Si dans la majorité des cas les tribunaux réservent bon accueil à l'obligation de se concerter,<sup>3065</sup> il est toutefois frappant que d'autres traînent les pieds, au point que de nombreuses décisions des cours d'appel insistent sur le caractère obligatoire de la communication entre tribunaux, pour mieux sanctionner les tribunaux de première instance qui ont négligé de se conformer à cette obligation.<sup>3066</sup>

**687. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire – une question de mentalité (suite)** – L'hésitation de certains tribunaux à s'engager pleinement dans l'exercice de coopération directe au sein de l'espace judiciaire américain peut faire craindre que le dialogue sera d'autant plus difficile entre tribunaux qui ne partagent ni la même langue, ni la même culture juridique.

Il est d'ailleurs symptomatique que les principes directeurs de communication établis par l'ALI pour les insolvabilités transfrontières (*supra*, n° 681) ne concernent pour l'instant que les tribunaux canadiens et américains. Le commentaire précise que les différences existant avec les règles en vigueur au Mexique ne permettent pas d'étendre les principes à cette juridiction – même si les tribunaux mexicains sont invités à utiliser les principes s'ils le désirent.

Au vrai, il semble pour l'instant utopique d'imaginer un dialogue s'instaurer entre juges de différents continents, en dehors d'hypothèses exceptionnelles. Les barrières culturelles

<sup>3063</sup> Selon la Cour, "The duty of the trial court to communicate with courts of other jurisdictions where custody proceedings are pending is a key ingredient to effectuating the intent of the UCCJA because effective communication between the jurisdictions should lead to the dispute being resolved in the most appropriate forum" : 677 So. 2d 1341, 1346 (CA Fla. 1996). Et la Cour d'ajouter que "The inescapable conclusion is that the failure of the trial court to communicate contributed significantly to the ensuing controversy".

<sup>3064</sup> Selon la Cour, "Communication with the Swiss court is a key ingredient to a successful resolution of this dispute and we direct all parties to cooperate in this goal so that the best interests of the children are truly served", 677 So. 2d 1341, 1349 (CA Fla. 1996).

<sup>3065</sup> V. par exemple *In re Marriage of Torres*, 62 Cal. App. 4th 1367 (communication téléphonique entre les tribunaux californiens et de la Pennsylvanie, à la suite de quoi ces derniers tribunaux renoncent à l'exercice de leur compétence); *In re Marriage of Michelle Elbkasy and Eslayed Elbkasy*, 241 Ill. App. 3d 662, 610 N.E. 2d 139 (A.C. Ill. 3d Dist.) (communication entre un juge New Yorkais et un juge de l'Illinois afin de déterminer quel juge est le mieux placé pour connaître de la demande de garde de l'enfant ; la Cour d'Appel refuse de revenir sur la décision du juge de première instance qui avait décliné sa compétence en faveur des tribunaux new yorkais suite à la conversation téléphonique ; elle note que « the two judges discussed the case before a decision on the most convenient forum was issued by either court. This clearly promoted cooperation between courts of the two States. In addition, that communication helped avoid relitigation of similar issues », 241 Ill. App. 3d 662, 666); *Smith v Smith*, 534 N.W. 2d 6 (S.C. North Dakota 1995) (conversation téléphonique entre un juge californien et un tribunal du Dakota du Nord, au terme de laquelle les tribunaux se partagent le travail : le tribunal californien se prononcera sur la demande de divorce des époux et son collègue du Dakota sur la garde des enfants, la Cour note que « Discussions between judges [...] promote cooperation between the states and can help to avoid relitigation of similar issues »).

<sup>3066</sup> P. ex. *In re Marriage of Pedowitz*, 179 Cal. App. 3d 992, 1003, 225 Cal. Rptr. 186 (Cal. Ct. App. 1986); *Hickey v Baxter*, 461 So. 2d 1364, 1367 (Fla. Dist. Ct. App. 1984); *Varnede v Varnede*, 68 A.D. 2d 591, 417 N.Y.S. 2d 258, 262 (N.Y. App. Div. 1979); *aff'd*, 49 N.Y.2d 602, 404 N.E.2d 1278 (N.Y. 1980); *Karabalis v Karabalis*, 848 S.W.2d 457 (Ky. CA. 1993) (tribunal de première instance a négligé d'entrer en communication avec son homologue du Tennessee); *In re Christopher C.*, 2002 WL 80290 (Cal. App. 2<sup>nd</sup> Dist., 2002).



sont sans doute trop grandes, les mentalités trop différentes pour que puisse naître la confiance nécessaire pour un tel dialogue.<sup>3067</sup>

**688. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire – nécessité d'un cadre légal –**  
L'espace judiciaire européen semble constituer un terrain d'expérimentation idéal pour le dialogue entre tribunaux. Après tout, les juges des Etats membres ne sont plus tout à fait des 'étrangers' les uns pour les autres : voilà plus de trente ans qu'ils collaborent, au moins passivement, dans la mise en oeuvre de la Convention de Bruxelles. Comme on l'a remarqué, le déclinatoire de connexité internationale prévu par cette Convention constitue l'occasion idéale pour engager un tel dialogue.<sup>3068</sup> La connexité européenne n'a en effet rien de l'automatisme de la litispendance et la marge d'appréciation qu'elle confère au juge second saisi pourrait constituer le lieu d'un échange entre tribunaux.

Il est à craindre cependant qu'un tel échange ne s'impose pas naturellement. Pour les juges européens, la communication directe s'apparenterait en effet à un saut dans l'inconnu, une nouveauté qui n'est guère balisée par des repères législatifs. Or, sans mettre en doute la créativité des juridictions européennes, la distance à franchir apparaît bien grande. Pour en arriver à un véritable dialogue judiciaire inter-frontières, il faudra sans doute attendre que se mette en place une infrastructure *ad hoc*.

L'expérience des autorités centrales mises en place sous l'empire de plusieurs conventions de La Haye a en effet montré que le dialogue entre tribunaux et autres instances nationales n'est pas possible sans un minimum de structure. Comme le souligne M. van Loon, si la coopération instaurée par un traité reste bien souvent lettre morte, c'est parce que « *international collaboration between courts and authorities which only rarely have occasion to deal with each other, can hardly be expected to work* ». <sup>3069</sup> Et l'auteur d'ajouter que « *[of] only a co-ordinated system of co-operation [...] can provide the infrastructure, and the incentive, which permits a lasting form of co-operation* ». <sup>3070</sup>

Ce constat a incité la Conférence de La Haye à réunir régulièrement les autorités nationales concernées pour faire le point sur les problèmes qui apparaissent lors de l'application de telle ou telle convention.<sup>3071</sup> Ces Commissions spéciales sont

<sup>3067</sup> Tout en soulignant l'importance et l'efficacité de la coopération directe entre tribunaux, le juge Farley se montre réaliste et explique que « These possibilities may be too direct. It may well be that the more effective and positive way of dealing with this subject is to have counsel communicate between the two (or more) jurisdictions [...] » : J. M. FARLEY, *l.c.*, *Int'l. Business Lawyer*, 1996, (220), 221.

<sup>3068</sup> P. SCHLOSSER, *oc.*, *Recueil de cours*, 417-418.

<sup>3069</sup> V. J. H. A. VAN LOON, *l.c.*, in *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht Universiteit Amsterdam, Kluwer, Deventer, 1990, (101), 117.

<sup>3070</sup> Idem. Et l'auteur d'analyser l'échec de la Convention de 1961 comme résultant de l'absence de ce type d'infrastructure. V. également en matière pénale les observations de A. THILY à propos du réseau judiciaire européen in « Le ministère public et l'avenir de l'espace judiciaire européen », *Act. Dr.*, 2001, (738), 745-746, qui explique que la « connaissance personnelle réciproque des magistrats de parquet européens, avec un échange d'expériences, de problèmes, d'instruments de lutte contre la délinquance [...] facilite par la suite de façon extraordinaire l'entraide judiciaire ».

<sup>3071</sup> J. H. A. VAN LOON, *l.c.*, in *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht Universiteit Amsterdam, Kluwer, Deventer, 1990, (101), 115-116 et 119-120. V. par exemple les conclusions de la 4<sup>ème</sup> Commission Spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les enlèvements d'enfants tenue en mars 2001, qui estime que « Les Etats contractant sont encouragés à envisager la désignation d'une ou plusieurs autorités judiciaires [...] qui seraient susceptibles de faciliter au niveau international la communication entre autorités judiciaires [...] » (recommandation n° 5.5, p. 12). La Commission invite également le Bureau Permanent de la Conférence à « rechercher des mécanismes pratiques destinés à faciliter la communication internationale directe entre autorités judiciaires » (recommandation 5.7). Sur la faisabilité et les limites de la communication directe entre autorités



indispensables pour créer un climat de confiance entre les instances concernées. Elles ont pour but l'échange d'information, par exemple sur les spécificités du droit national des Etats contractants, l'encouragement à la coopération par le biais de l'analyse de la jurisprudence et éventuellement l'adoption de recommandations générales. Le dialogue se veut alors de portée générale, puisqu'il ne concernera pas une espèce particulière. La leçon est toutefois générale : à défaut d'occasions structurées, l'échange entre instances nationales se révélera difficile.<sup>3072</sup>

**689. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire - nécessité d'un cadre légal (suite)** – À cet égard, la création du réseau judiciaire européen apparaît comme une première étape dans la voie d'une collaboration active.<sup>3073</sup> Ce réseau, constitué de points de contact nationaux nommés par les Etats membres, constitue une « structure de coopération ».<sup>3074</sup> Outre une mission d'information à destination tant du grand public que des spécialistes, les points de contact sont chargés d'aider au « bon déroulement des procédures ayant une incidence transfrontière » et de « faciliter les demandes de coopération entre Etats membres ».<sup>3075</sup>

On notera que les points de contact ont notamment comme mission de faciliter les contacts appropriés entre les autorités des Etats membres (art. 4(1)). Cette description générale pourrait ainsi englober la mise en rapport direct de deux tribunaux européens qui engagerait un dialogue sur les procédures dont ils sont saisis. A notre sens, le réseau judiciaire européen constitue un outil qui facilitera la communication entre juges. Il ne s'agit certes que d'une première étape, qui ne sera sans doute pas suffisante pour inciter les tribunaux nationaux à oser franchir le pas. Cette étape nous paraît toutefois nécessaire pour mettre en place l'infrastructure sans laquelle le dialogue n'est pas pensable.

**690. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire : l'objet du dialogue** - Une fois les obstacles pratiques écartés et les esprits ouverts à l'idée du dialogue, encore faut-il préciser sur quelles questions l'échange de vues portera et surtout quelle sera son influence sur la résolution des conflits de procédures.

On peut tout d'abord constater que le dialogue entre tribunaux n'est pas une fin en soi, mais seulement un outil supplémentaire pour aider à une meilleure coordination des procédures concurrentes. L'utilité d'une telle démarche dépendra en premier lieu du modèle de priorité retenu. Ainsi, le dialogue entre tribunaux n'a pas de sens si les règles

---

judiciaires, v. aussi la *Liste récapitulative des points soulevés et des recommandations faites en réponse au questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980...*, document préliminaire n° 5 de mars 2001, pp. 28-29.

<sup>3072</sup> V. aussi les observations de B. S. MARKESINIS, « Bridging Legal Cultures », in *Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishing, 1997, (194-210), 196 qui explique que le droit comparé moderne ne peut se concevoir sans les rencontres entre juristes et juges de différents pays, rencontres qui feront prendre conscience aux participants que « despite a different legal history and different methodology, the problems they face are similar, calling for analogous if not identical solutions ».

<sup>3073</sup> Le réseau a été créé par une Décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, L-174/25 du 27 juin 2001. Un réseau similaire existe déjà, et fonctionne, en matière pénale, v. l'action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur base de l'article K.3 du Traité, instituant un réseau judiciaire européen, *J.O.C.E.*, 7 juillet 1998, L-191/4 ainsi que les documents disponibles sur le site [<http://ue.eu.int/ejn/index.htm>]. On comprend dès lors la remarque de M. Lemontey qui expliquait au comité français que la coopération directe entre juges est plus avancée en matière pénale qu'en matière civile (communication de M.-L. NIBOYET-HOEGY, *Travaux comité français D.I.P.*, 92) Sur l'expérience du réseau judiciaire européen en matière pénale, v. A. THILLY, *l.c.*, *Act. Dr.*, 2001, (738), 744-746.

<sup>3074</sup> Attendu n° 6 du Préambule.

<sup>3075</sup> Art. 3 (2).

de coordination en présence s'en tiennent à la stricte chronologie procédurale. Quelle serait en effet la plus-value d'un échange de vues entre tribunaux s'il appert que le juge second saisi devra irrémédiablement s'effacer devant son collègue ? Les tribunaux devront se contenter de faire le constat la priorité du juge premier saisi. On n'aperçoit pas bien ce que le dialogue pourrait apporter dans cette situation.

On le constate d'ailleurs à l'examen de la loi modèle américaine déjà évoquée relative à la garde des enfants. La règle de litispendance mise en place par l'*Uniform Act* de 1968 ne fait appel au dialogue que dans une hypothèse bien précise, à savoir lorsque le juge second saisi apprend l'existence d'une procédure concurrente alors que la procédure dont il est saisi est déjà entamée. Si au contraire l'existence d'une procédure concurrente est soulevée dès le début, la priorité temporelle joue pleinement, sans que les tribunaux ne soient invités à entrer en communication. Le dialogue prévu en cas de litispendance 'tardive' n'a au demeurant pas pour but de désigner le juge premier saisi. Dans ce cas, la priorité temporelle fait en effet place à une appréciation fondée sur le critère du for plus approprié. C'est précisément pour s'accorder sur le tribunal le plus adéquat que les juges sont invités à entrer en dialogue.<sup>3076</sup> Ce dialogue prend alors tout son sens puisqu'il porte sur une question dont on a vu qu'elle pouvait donner lieu à des appréciations divergentes (*supra*, n° 551).<sup>3077</sup>

Par son côté mécanique et abstrait, la priorité temporelle ne laisse pas de place pour la concertation – celle-ci mettrait d'ailleurs à mal les qualités de sécurité juridique et de certitude que nous lui avons prêtées.

**691. Les difficultés du dialogue inter-judiciaire : l'objet du dialogue (suite) -** Le dialogue entre tribunaux ne portera en réalité ses fruits que lorsque la règle de coordination laisse aux juges une certaine marge de liberté.

C'est en effet lorsque les fors concurrents disposent tout deux d'une règle leur concédant un pouvoir d'appréciation que le dialogue révèle toute sa richesse : l'exercice de ce pouvoir n'est pas sans faire naître un risque de voir les tribunaux aboutir à des conclusions différentes, ce qui pourrait nuire à la résolution des conflits de procédures. Dès lors que les tribunaux se concertent et arrivent à une décision commune, le spectre des décisions contradictoires est au contraire écarté. La possibilité pour les tribunaux concernés de se concerter pourrait ainsi utilement compléter une éventuelle exception à la priorité temporelle dont on a vu qu'elle pouvait s'inspirer du *forum non conveniens* (*supra*, n° 649). La règle voudrait alors que le tribunal second saisi s'efface devant son homologue étranger premier saisi, sauf lorsque celui-ci décide que la priorité de saisine ne s'accorde pas avec l'ordre naturel des règles de compétence. Dans ce cas, il pourrait céder la priorité au tribunal concurrent. Le dialogue interviendrait pour s'assurer que les deux tribunaux partagent la même appréciation de l'injustice de la priorité de saisine.

Ce faisant on dépasserait les risques inhérents à une appréciation unilatérale de l'exception de for inapproprié. Il appartiendrait aux deux juges de se concerter, selon des

<sup>3076</sup> Selon la section 6 (c), « (c) If the court is informed during the course of the proceeding that a proceeding concerning the custody of the child was pending in another state before the court assumed jurisdiction, it shall stay the proceeding and communicate with the court in which the other proceeding is pending to the end that the issue may be litigated *in the more appropriate forum* and that information be exchanged in accordance with sections 19 through 22" (nous soulignons).

<sup>3077</sup> L'exception de for inapproprié prévue par la même loi modèle invite également les tribunaux à se concerter (art. 7 (d)).

modalités qui restent à préciser, mais pourraient utilement s'inspirer de l'expérience américaine, pour confronter leur opinion quant à la nécessité de renverser la priorité dictée par la chronologie de procédure.

Un tel dialogue ne conduira pas nécessairement à la concorde internationale. Les deux juges confronteront leurs appréciations de la situation, sans pouvoir pour autant nécessairement s'accorder. Dans ce cas, il s'impose d'en revenir à la priorité temporelle. Il faut en effet éviter que l'affaire, faute d'accord entre les deux juges, passe de l'un à l'autre sans jamais trouver une solution définitive. Les tribunaux américains ont d'ailleurs retenu cette solution dans le cadre de la loi modèle déjà évoquée, la priorité temporelle regagnant ses droits en cas de désaccord sur l'exception de for approprié.<sup>3078</sup>

**692. Le dialogue entre tribunaux, une idée futuriste** – Par bien des aspects, le dialogue entre tribunaux évoqué dans les pages précédentes est une idée qui doit encore mûrir. Un tel dialogue ferait naturellement droit au caractère proprement international des conflits de procédures, permettant au deux tribunaux concurrents de sortir de la logique de l'affrontement pour entrer dans une logique de coopération *active*.<sup>3079</sup>

Cette approche permettrait de dépasser, à peu de frais, l'unilatéralisme traditionnel du conflit de juridiction et de concilier la sécurité juridique d'une solution fondée sur la priorité temporelle et la sophistication d'une règle qui fait droit aux circonstances particulières de chaque espèce. L'approche concertée inaugure en réalité un conflit de juridiction d'un nouveau type. Sans vouloir en minimiser les difficultés, il est permis de penser que cette solution a son avenir devant elle.

#### 4. LE TRANSFERT D'INSTANCE, UNE SOLUTION INTERMEDIAIRE

**693. Introduction** - Le dialogue direct entre tribunaux concurrentement saisis ne portera sans doute ses fruits que dans un avenir plus ou moins lointain. L'idée de jeter des ponts entre tribunaux concurrents ne doit pas pour autant être abandonnée. Que ce soit dans le cadre d'une solution purement temporelle ou d'une règle de priorité temporelle 'améliorée', il n'est en effet pas inutile de s'interroger sur la possibilité de surmonter les difficultés liées au manque de passerelles entre tribunaux nationaux. On évoquera ainsi l'hypothèse du *transfert*, étape intermédiaire entre l'unilatéralisme et la coopération directe.

**694. Sursis et dessaisissement, les deux solutions traditionnelles** – Il est inutile de s'étendre longuement sur l'impossibilité pour un tribunal, en dehors de tout cadre conventionnel, de 'renvoyer' une cause devant un tribunal étranger. L'unilatéralité des règles de compétence nationales s'oppose radicalement à l'idée d'un renvoi d'une juridiction à une autre.<sup>3080</sup> La déférence dont il a été question jusqu'ici se traduit dès lors

<sup>3078</sup> P. ex. *Maja Stock v Gary Stock*, 677 So. 2d 1341, 1346 (CA Fla. 1996).

<sup>3079</sup> C'est à ce titre qu'elle a été évoquée par la *Law Reform Commission* australienne, dans un rapport intitulé 'Legal Risks in International Transactions', Report ALRC 80, 1996, dans lequel la Commission mentionne parmi ses recommandations pour 'le long terme' "the potential for direct judicial cooperation between Australian and non-Australian courts where a dispute gives rise to overlapping jurisdiction [...]" (recommandation n° 11).

<sup>3080</sup> Pour un aperçu des limites que le droit international impose aux Etats, cfr. F. RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *Recueil de cours*, 1989-I, t. 213, pp. 103-108. V. par exemple l'article 96 du NCPC français, qui dispose que « Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir » (nous soulignons). Le même article prévoit que "Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare

nécessairement par une mesure unilatérale. Celle-ci se décline en deux versions. La première est celle du *dessaisissement*, qui voit un tribunal mettre fin à la procédure dont il est saisi. La seconde est celle du *sursis à statuer*, auquel cas le tribunal reste saisi de l'action mais son traitement est suspendu pour une durée, déterminée ou non.

Le droit comparé montre une nette préférence pour la seconde option. Il n'est que dans de rares hypothèses où la déférence conduira à un dessaisissement. Lorsqu'il en est ainsi, c'est souvent sous l'influence des traditions internes. Ainsi au Japon où les tribunaux s'estiment liés par les termes du Code de procédure civile qui ne connaît apparemment pas le sursis à statuer.<sup>3081</sup> De même en Allemagne l'exception de litispendance donnait-elle dans un premier temps lieu à un dessaisissement parce qu'en voulait ainsi le Code de procédure civile.<sup>3082</sup> Ce n'est que progressivement que les tribunaux se sont émancipés de la solution interne pour accepter le sursis à statuer.

Les codifications modernes ont également embrassé le sursis à statuer<sup>3083</sup> La litispendance européenne a encore amplifié cette solution. Comme on le sait, cette règle imposait à l'origine au juge second de se dessaisir. Le sursis à statuer n'était envisagé que lorsque la compétence du juge premier saisi faisait encore doute. Dans ce cas, le juge second saisi avait la faculté de surseoir à statuer. Les inconvénients de ce système sont connus, et notamment le risque de déni de justice lorsque le premier juge se déclarait incompétent après que le juge second saisi se soit dessaisi. La rédaction de l'article 21 fut dès lors judicieusement modifiée avec la Convention d'adhésion de l'Espagne et du Portugal,<sup>3084</sup> pour imposer au juge second saisi de surseoir à statuer tant que la compétence du for premier saisi n'était pas établie.<sup>3085</sup> La seule question qui subsiste est dès lors de savoir à quel stade le sursis peut faire place au dessaisissement : suffit-il d'attendre que le juge premier saisi se soit prononcé sur sa compétence, ou doit-on éventuellement prolonger le sursis à statuer tant que les voies de recours peuvent encore être utilisées, et le cas échéant pendant la procédure d'appel ?<sup>3086</sup>

---

incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi".

<sup>3081</sup> J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction*, 39.

<sup>3082</sup> La disposition pertinente du Code de procédure civile prévoyait en effet que le juge second saisi se dessaisisse. Il en va toujours ainsi aujourd'hui, selon le § 261 (3), "Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen : (1) während der Dauer der Rechtshängigkeit kann die Streitsache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden". L'obstacle que représente l'existence d'une procédure déjà pendante s'explique selon la théorie procédurale allemande parce que cette procédure fait perdre au demandeur l'intérêt requis pour agir.

<sup>3083</sup> Art. 7 loi italienne de 1995, article 9 LFDIP, art. 12 du Code de procédure civile néerlandais amendé récemment ainsi que l'article 14 du projet de Code de dip belge. V. également le principe 5.4. des Principes de Leuven-Londres de l'ILA, qui exprime une préférence pour le sursis à statuer tout en autorisant le dessaisissement si tel est prévu par le droit national.

<sup>3084</sup> La Convention de Lugano prévoyait déjà une telle litispendance 'par étapes', v. le rapport Jenard / Möller, *J.O.C.E.*, 1990, C-189/70, n° 64.

<sup>3085</sup> Sur cette évolution, v. le rapport Almeida Cruz, Desantes Real et Jenard, *J.O.C.E.*, 1990, C-189/40, n° 28, ainsi que les explications de H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 208-209. P. ex. Trib. Amsterdam, 28 octobre 1992, *N.I.P.R.P.*, 1993, 244, n° 169 (sursis à statuer en attendant que le tribunal de Barcelone se prononce) ; Trib. Arrond. Middelburg, 17 mai 1995, *J.P.A.*, 1995, 367 ; S. & S., 1996, 18 (sursis à statuer parce que la compétence du tribunal de Gand, premier saisi, est contestée).

<sup>3086</sup> Sur cette question, v. W. KENNET, « Lis Alibi Pendens - A View from the U.K. », *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, (103), 117-118 ainsi que H. LINKE, « Ausgewählte Probleme der Rechtshängigkeit und der Urteilsanerkennung » in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Cour de Justice des Communautés européennes (éd.), Londres, Butterworths, 1993, 182-183. *Comp. Trib. Arnhem*, 23 mai 1996, *N.I.P.R.*, 1996, 972. Le projet de Convention de La Haye apporte une réponse indirecte à cette question. Selon l'article 21 du projet, le juge second saisi devra en effet surseoir à statuer aussi longtemps que la procédure concurrente est pendante. Le dessaisissement n'interviendra que dès lors qu'un « jugement rendu par le tribunal premier saisi lui est présenté qui remplit les conditions de reconnaissance ou

Si les droits des pays de *common law* semblent également pencher pour le simple sursis ('stay'), ce terme peut aussi bien recouvrir une paralysie temporaire de la procédure qu'une suspension définitive. Ainsi, l'exception de for inapproprié conduira en droit américain à un véritable dessaisissement, l'affaire ne pouvant plus être reprise.

**695. Sursis et dessaisissement, les deux solutions traditionnelles (suite)** – La préférence constatée pour le sursis à statuer, qui peut prendre différentes formes selon les modalités prévues par le droit national,<sup>3087</sup> s'explique facilement. Il y va notamment du souci d'éviter que les deux tribunaux se refusent à statuer. Le sursis permet de 'ressusciter' la procédure suspendue, et d'éviter ainsi les pertes de temps et d'argent ou l'expiration d'un délai de prescription. Il permet en outre au juge de conserver une certaine mainmise sur l'affaire et d'accorder le cas échéant des mesures conservatoires ou provisoires.<sup>3088</sup>

L'expérience de la litispendance internationale a montré que le sursis pouvait être utilement combiné au dessaisissement pour tenir compte de l'évolution de la procédure étrangère. Ainsi le droit commun français offre-t-il au juge second saisi le choix entre la suspension et le dessaisissement selon le résultat du pronostic de reconnaissance (*infra*, n° 716). Si le juge français hésite encore à se prononcer sur la reconnaissance de la future décision étrangère, il préférera le sursis. Celui-ci pourra se transformer en dessaisissement lorsqu'il apparaît qu'il n'y a pas d'obstacle à cette reconnaissance. La litispendance européenne échelonne également ses effets, le sursis à statuer s'imposant dans un premier temps pour céder la place au dessaisissement lorsque la compétence du juge étranger ne fait plus de doute.

Au vrai, la modulation des effets de la litispendance ne prête plus à discussion, elle s'est imposée dans toutes les codifications récentes. La flexibilité qu'elle offre se marie d'ailleurs bien avec le caractère évolutif de la procédure étrangère.

**696. De la déférence modalisée au transfert** – Qu'il s'agisse d'un dessaisissement ou d'un sursis, dans les deux cas la solution est purement *unilatérale* et ne saurait lier le juge étranger. Même au sein de l'espace judiciaire européen, il n'y a pas de véritable transfert entre les deux fors concurrents. La litispendance et la connexité européenne se bornent à organiser une *coordination* entre les deux instances, sans pour autant établir un lien direct entre celles-ci.

La déférence modalisée constitue certes une manière de transfert, puisque le dessaisissement n'aura lieu que lorsqu'il apparaît que le juge concurrent se saisira bel et bien de l'affaire, ou même a déjà rendu une décision. Si le danger de conflit négatif est écarté, il reste qu'aucune communication directe n'est établie entre les deux procédures. Partant, l'acquis de la procédure qui s'efface, pourrait disparaître. De même, il appartiendra aux parties de veiller à ce que toutes les pièces utiles, par exemple un rapport d'expert, soient transmises au juge concurrent, sans pouvoir compter sur les bons offices du greffe.<sup>3089</sup>

---

d'exécution » de la Convention. Le sursis devra dès lors être maintenu si la compétence du juge étranger est contestée en appel. Que le dessaisissement soit réservé à l'hypothèse dans laquelle le tribunal étranger a déjà statué s'explique sans doute par la moindre impérativité de la reconnaissance des jugements étrangers.

<sup>3087</sup> On pense à un renvoi au rôle, à une suspension temporaire des débats, etc.

<sup>3088</sup> Sur ce dernier point, v. J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 40.

<sup>3089</sup> Ce qui ne sera pas le cas en cas de dessaisissement d'une juridiction française par exemple au profit d'une autre juridiction française. L'article 97 du NCPC dispose en effet qu'en cas de renvoi devant une juridiction désignée [c'est-à-dire française], "le dossier de l'affaire lui est aussitôt transmis par le secrétariat, avec une copie de la décision de renvoi [...]. Dès réception du dossier, les parties sont invitées par lettre recommandée avec demande

Un transfert direct entre les deux tribunaux permettrait d'éviter les aléas liés au manque de coordination entre instances. On pourrait y voir une étape intermédiaire entre l'unilatéralisme pur et simple et le dialogue direct entre les deux tribunaux déjà évoqué. Comme ce dialogue, le transfert ne constitue pas une solution en tant que telle aux procédures concurrentes, mais tout au plus une *modalité* qui peut venir se greffer sur une solution existante, qu'elle soit inspirée de la chronologie procédurale ou d'un autre fondement. Le transfert suppose en effet que les tribunaux se soient mis d'accord, ensemble ou séparément, sur celui d'entre eux qui cédera la priorité à l'autre. Il ne pourrait se substituer à la priorité temporelle, mais seulement la compléter. Ainsi la procédure de renvoi mise en place par la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des enfants se comprend comme une modalité d'application de l'exception de *for inapproprié* qu'elle met en place et non comme une solution spécifique à la question des conflits de procédures.<sup>3090</sup> Une fois ceci précisé, encore faut-il s'interroger sur la question de savoir si et à quelles conditions on peut envisager un transfert international d'instance.

#### 697. Difficultés du transfert direct d'instances dans le contentieux international

- Dans le contentieux international, le transfert d'instances ne peut se concevoir comme à l'intérieur d'un même ordre juridique.<sup>3091</sup> L'indépendance des juridictions et les jalousies souveraines obligent nécessairement à des détours. On conçoit ainsi difficilement que la décision d'un tribunal national de renvoyer l'affaire à son homologue étranger puisse lier ce dernier, comme c'est le cas en droit interne.<sup>3092</sup> Au sein même des Etats fédéraux il n'est pas toujours possible d'organiser un transfert direct entre deux tribunaux.

L'expérience des Etats fédéraux confirme la difficulté d'organiser un transfert pur et simple entre deux instances. La loi modèle proposée à cet effet au Canada en 1994 - le *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* - n'a été transposée dans aucune des provinces. Une législation similaire est en vigueur en Australie, qui s'est toutefois heurtée à de nombreuses difficultés.<sup>3093</sup> Selon le mécanisme mis en place par le législateur australien, les cours suprêmes de chaque province sont investies de la compétence accordée aux cours des autres provinces, de sorte qu'un tribunal peut ordonner le transfert de l'instance dont il est saisi au profit d'un tribunal d'une autre province. La législation est toute imprégnée de considérations empruntées au *forum non conveniens*, le caractère plus approprié de la juridiction étrangère constituant le facteur principal justifiant le transfert. On notera toutefois que le législateur australien a également visé de façon expresse l'hypothèse des procédures concurrentes, même si ici aussi le transfert est subordonné au caractère plus approprié du *for concurrent*.

---

d'avis de réception du secrétaire de la juridiction désignée à poursuivre l'instance et, s'il y a lieu, à constituer avocat ou avoué [...].

<sup>3090</sup> Sur les origines de l'article 8 de la Convention de 1996, v. L. SILBERMAN, *l.c.*, in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siehr*, La Haye, Asser Press, 2000, (703), 715-717. Mme. Silberman explique que cette disposition visait entre autre à introduire une mesure de *forum non conveniens* dans le texte de la Convention, à la demande des Etats-Unis.

<sup>3091</sup> En droit belge par exemple, le transfert d'une juridiction à une autre est organisé par les articles 660 e.s. du Code Judiciaire. Selon ces dispositions, il appartient au greffe de faire parvenir le dossier au greffe du tribunal compétent. Ce dernier se charge alors de convoquer les parties et d'inscrire, sans frais, l'affaire au rôle. L'article 662 in fine précise que « La procédure est continuée en son dernier état ».

<sup>3092</sup> V. art. 660, al. 2 Code Judiciaire belge.

<sup>3093</sup> Il s'agit du *Jurisdiction of Courts (Cross-Vesting) Act* de 1987, v. le commentaire général de P. NYGH, *Conflict of Laws*, Sydney, Butterworths, 1995, 86-99.

L'introduction du mécanisme du transfert en droit australien n'a pas été sans peine. Il a d'abord fallu s'interroger sur la nature exacte de la compétence transférée, et en particulier sur la question de savoir si le tribunal bénéficiaire du transfert pouvait se contenter d'accepter celui-ci ou s'il doit au contraire d'abord vérifier qu'il est compétent selon ses propres règles. Il semble que la dernière solution se soit imposée, le transfert ne portant dès lors plus que sur la compétence *ratione materiae*.<sup>3094</sup> Une autre question s'est posée, qui a trait au caractère obligatoire ou non du transfert. Selon M. Nygh, la jurisprudence penche pour la *faculté* du tribunal de décider librement s'il accepte le transfert qu'on lui propose.<sup>3095</sup> Ceci montre qu'on est encore loin d'un mécanisme assurant le passage en douceur d'un tribunal à l'autre. Il en est d'autant plus ainsi que des doutes sont apparus sur la constitutionnalité même du mécanisme, certains mettant en doute la validité de la loi,<sup>3096</sup> doutes qui ont semble-t-il depuis lors été écartés.

En définitive, les nombreuses péripéties qui ont accompagné la mise en place du transfert d'instances entre tribunaux australiens, soulignent que l'idée est loin d'être évidente. On en veut également pour preuve qu'aux Etats-Unis, le mécanisme de transfert ne concerne que les tribunaux fédéraux. La section 1404(a) du chapitre 28 USC, permet certes le transfert au profit d'un tribunal fédéré jugé plus approprié.<sup>3097</sup> Il n'existe toutefois pas de mécanisme étendant le transfert aux juridictions des Etats, la loi modèle présentée en 1991 à cet effet par la *National Association of Commissioners on Uniform Law* n'a pas rencontré le succès escompté.<sup>3098</sup>

**698. Difficultés du transfert direct d'instances dans le contentieux international (suite)** – Les réticences auxquelles se sont heurtées les tentatives d'organiser le transfert d'instance au sein des Etats fédéraux témoignent bien de la difficulté de la solution. Comme on l'a noté, le transfert est une solution qui nécessite une forte volonté de coopération entre les Etats.<sup>3099</sup> La communauté internationale n'a en réalité fait que commencer à explorer les possibilités d'organiser un transfert entre juridictions nationales. Les récentes Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes constituent les premières concrétisations de cette idée.<sup>3100</sup>

Les articles 8 et 9 de la Convention de 1996 mettent en place un mécanisme permettant à un tribunal de se défaire d'une instance au profit d'une autre juridiction tout en organisant le passage de l'un à l'autre. Ces dispositions constituent en réalité une version améliorée de l'exception de for inapproprié : elles prolongent l'idée d'un dessaisissement

<sup>3094</sup> V. sur cette controverse les commentaires de K. MASON et J. CRAWFORD, « The Cross-Vesting Scheme », *A.L.J.*, 1988, 328, spéc. 335-336 et de M.M. GRIFFITH, ROSE et GORGELES, « Further Aspects of the Cross-Vesting Scheme », *A.L.J.*, 1988, (1016), 1022-1023.

<sup>3095</sup> P. NYGH, *ac*, 1995, 88.

<sup>3096</sup> O'BRIEN, « The Constitutional Validity of the Cross-Vesting Legislation », *Melb. U.L.R.*, 1989, 307 e.s.

<sup>3097</sup> La section 1404 (a) du U.S.C., 28<sup>ème</sup> chapitre, qui stipule que « for the convenience of parties and witnesses, a district court may transfer any civil action to any other district or division where it might have been brought », constitue la version codifiée, pour des fins internes, de la doctrine du forum non conveniens. Introduite en 1948, cette disposition a donné lieu, comme l'expliquent M.M. Scoles et Hay, à une importante jurisprudence (E. SCOLES, P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, 491-494).

<sup>3098</sup> Il s'agit du *Uniform Transfer of Litigation Act* présenté en 1991 par la National Association of Commissioners on Uniform Law.

<sup>3099</sup> CH. CHALAS, 677, n° 26. V. aussi E. CLIVE, « The New Hague Convention on the Protection of Adults », *Yearb. Private Int'l. L.*, 2000, (1-23), 10, qui explique à propos de la Convention de La Haye de 1996 que « In theory, article 8 provides an ingenious and flexible mechanism which ought to be useful, but it requires a strong element of co-operation and trust between the authorities concerned [...] ».

<sup>3100</sup> V. les explications de P. SCHLOSSER, *ac*, *Recueil des cours*, 2000, t. 284, (9), 308-309 et en général sur le transfert de compétence, A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *Recueil de cours*, 2000, t. 283, (9), n°92.

au profit du tribunal plus approprié en prévoyant un échange entre tribunaux, soit directement (*supra*, n° 676), soit par l'intermédiaire des parties, pour s'assurer que le tribunal jugé plus approprié acceptera de se saisir de la cause. La Convention n'organise pas de transfert au sens littéral du terme, puisqu'il appartient toujours aux parties de saisir l'autre juridiction et de déposer les pièces ad hoc. En outre, la Convention limite le jeu de cette disposition à certaines juridictions préalablement désignées, dont on peut présumer qu'elles pourraient être mieux placées. Il subsiste donc des étapes intermédiaires entre les deux procédures, d'autant plus que la décision du tribunal estimant qu'il n'est pas le plus approprié ne s'impose pas à l'autre qui reste maître de sa propre saisine.<sup>3101</sup> En outre, la Convention reste silencieuse sur bien des aspects du 'transfert', notamment ses conséquences sur le droit applicable et la prescription du droit d'action.

Les Principes de *Lexen Londres* de l'ILA sont bâtis sur le même modèle. Ils ne prévoient pas de transfert direct entre les deux juridictions. Il appartient donc aux parties de saisir la juridiction bénéficiaire du 'renvoi'. Les Principes contiennent toutefois certaines précisions relatives aux modalités du passage de l'instance d'une juridiction à l'autre. Outre la possibilité, déjà évoquée, d'un dialogue direct entre les tribunaux concernés, (*supra*, n° 678), les principes détaillent les différentes étapes qui conduisent à la saisine effective de la juridiction étrangère. Une précision supplémentaire est apportée quant aux conséquences du 'transfert', puisque selon le principe 6, le tribunal qui a procédé au transfert ne peut plus contrôler la compétence indirecte du tribunal concurrent lorsque est demandée la reconnaissance ou l'exécution de la décision que ce dernier a rendue.

En vérité, le transfert ne se conçoit pas en dehors d'un cadre conventionnel *ad hoc*. Il n'est pas permis d'imaginer un renvoi, même indirect, d'une juridiction à l'autre, sans un lien conventionnel entre les deux tribunaux. Et même en présence d'un tel lien, la nature du transfert envisagé, pur et simple ou conditionnel et laissant aux parties le soin d'en organiser les modalités, dépendra du degré de confiance entre les juridictions concernées.<sup>3102</sup>

Une fois le principe du transfert, ou d'une approche équivalente, accepté, encore faut-il en préciser les modalités et surtout les conséquences. Les Conventions de La Haye se montrent peut-être désertées sur la question. L'absence de précisions sur ces points n'est pas fortuite. Il peut en effet se révéler très difficile de s'accorder sur les conséquences du transfert d'une instance en raison des nombreuses différences entre les procédures nationales.<sup>3103</sup> C'est ce que montre l'expérience du transfert à l'européenne, dans le cadre du Règlement Bruxelles II.

**699. Les difficultés du transfert - le mécanisme de 'transfert' mis en place par le Règlement Bruxelles II** - Le Règlement dit Bruxelles II prévoit une règle originale qui se rapproche du 'transfert' international tel qu'on l'envisage ici. Cette règle illustre également les difficultés du mécanisme, même dans le cadre limité du contentieux du divorce et entre pays aux traditions juridiques fort proches. L'article 11, paragraphe 3, deuxième alinéa du Règlement prévoit que lorsque le tribunal second saisi se dessaisit, l'époux qui avait engagé l'instance qui se clôture, peut porter sa demande devant la

<sup>3101</sup> V. également l'article 8 de la Convention sur la protection des adultes.

<sup>3102</sup> En ce sens,

<sup>3103</sup> On n'évoquera pas ici la version indirecte du transfert, qui voit un tribunal subordonner la décision de 'renvoi' à certaines conditions. La pratique est courante dans les pays de common law, où l'on parle de 'undertakings'. Elle pourrait trouver à s'appliquer dans les juridictions de droit civil, v. P. SCHLOSSER, « Common Law Undertakings aus Deutscher Sicht », *R.I.W.*, 2001, 47 e.s.



juridiction première saisie.<sup>3104</sup> Le ‘transfert’ n’est pas parfait; la possibilité d’étendre la saisine du juge premier saisi est laissée à la libre appréciation du demandeur.<sup>3105</sup> Il n’y a dès lors pas de véritable renvoi d’une juridiction à l’autre.

La règle, que l’on retrouvait déjà dans la Convention dont le Règlement reprend l’essentiel,<sup>3106</sup> est au vrai difficile à qualifier : il ne peut s’agir d’une règle qui étend la compétence du juge premier saisi aux demandes reconventionnelles, puisqu’elle ferait alors double emploi avec l’article 5 du Règlement qui vise précisément cette hypothèse. Le rapport explicatif rédigé pour la Convention ne manquait d’ailleurs pas de souligner la différence entre les deux règles et de rappeler que si l’article 5 pose une règle de compétence, l’article 11 lui vise à résoudre les conflits de procédures.<sup>3107</sup> En outre le même rapport soulignait que l’article 11 permettait un regroupement plus large du contentieux, puisqu’il donne à la partie qui a perdu la course au for la possibilité de soumettre sa demande au tribunal premier saisi dans des situations où il lui serait impossible d’invoquer une règle de compétence dérivée, par exemple parce que le moment pour ce faire n’était pas encore venu.<sup>3108</sup>

700. **Les difficultés du transfert à l’européenne** - Malgré ces explications, un certain mystère demeure sur la portée exacte de cette disposition.<sup>3109</sup> Quelle que soit la qualification retenue – simple règle de compétence ou embryon d’une réglementation du transfert – l’effet reste le même : le juge premier saisi reçoit la possibilité de prendre connaissance d’une demande qui à l’origine avait été soumise au juge concurrent. En pratique, cette disposition n’aura d’utilité que dès lors que le demandeur avait porté à la connaissance du juge second saisi une action dont les effets dépassent ceux attribués à celle introduite par son conjoint. S’il s’agit de deux demandes en divorce, il paraît moins utile de permettre au juge premier saisi de connaître des deux demandes, qui par hypothèse aboutiront au même résultat.<sup>3110</sup>

<sup>3104</sup> La règle vaut tout autant pour les situations de ‘vraie’ que de ‘fausse’ litispendance, les premières visant les actions portant sur le même objet et la même cause, les secondes les autres hypothèses. Le Rapport explicatif accompagnant la Convention précisait que certaines délégations regrettaient qu’une portée aussi large ait été conférée à cette disposition et auraient préféré limiter le champ d’application du ‘transfert’ à la situation des actions dépendantes (Rapport précité du Professeur Borrás, § 55).

<sup>3105</sup> En outre on peut accepter que le ‘transfert’ soit réservé à la situation dans laquelle le juge second saisi se soit dessaisi ; il n’a pas lieu d’être dès lors que ce juge n’a fait que surseoir à statuer. C’est ce que précisait le Rapport explicatif établi pour la Convention, § 55.

<sup>3106</sup> Elle était toutefois absente du projet, plus ambitieux, présenté par le Groupe Européen de droit international privé, publié notamment in *N.I.L.R.*, 1995, 169 et *IPRax*, 1994, 67.

<sup>3107</sup> Le Rapport précise que “la règle énoncée au paragraphe 3 de [l’article 11] est différente de celle contenue à l’article 5 (demande reconventionnelle). En effet, cette dernière est une règle de compétence alors que celle figurant à l’article 11 est une règle d’application des règles de compétence dans le cas d’actions dépendantes” (§ 55). Le Rapport précise également à l’article 5 que cette disposition “doit être vue en relation avec l’article 11 [...] afin de bien distinguer les deux types de cas, même si les effets produits seront souvent identiques” (§ 42 du Rapport).

<sup>3108</sup> Rapport, § 55.

<sup>3109</sup> Les avis sont pour le moins partagés. Mme. *Gaudemet-Tallon* y voit une manière de transfert (“Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : ‘Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière patrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs’”, *J.D.I.*, 2001, (381), 403). M. *ANCEL* et Mme. *Muir-Watt* semblent partager cette opinion, ils évoquent un “transfert”, sans autre explication (B. ANCEL et H. MUIR WATT, “La désunion européenne : le Règlement dit ‘Bruxelles II’”, *R.C.D.I.P.*, 2001, (403), 430). D’autres retiennent qu’il s’agit d’une règle accordant une compétence “annexe” (“Annexzuständigkeit») au tribunal premier saisi (p. ex. H. SCHACK, “Das neue internationale Eheverfahrensrecht in Europa”, *RabelsZ.*, 2001, (615), 626). *Comp.* avec l’opinion de U. P. GRUBER, “Die neue ‘europäische Rechtshängigkeit’ bei Scheidungsverfahren”, *FamRZ.*, 2000, (1129), 1134, pour qui il ne s’agit pas d’une règle de compétence, mais d’une règle sui generis précisant les conséquences de l’application des règles de compétence.

<sup>3110</sup> En ce sens, U. P. PETER GRUBER, *loc. cit.*, *FamRZ.*, 2000, 1134 ; H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 2001, (381), 403, n° 53.

Les actions connexes ou dépendantes feront donc figure de champ d'application privilégié du transfert à l'euro-péenne. Or c'est justement dans cette hypothèse qu'un transfert peut poser des difficultés pratiques considérables. On pense tout d'abord aux différences qui séparent les droits nationaux quant aux modes de dissolution du lien conjugal. Comme le rappelle fort à propos le rapport explicatif rédigé par Mme Borrás, les droits suédois et finnois ne connaissent que le divorce comme forme de dissolution du lien conjugal, à l'exclusion de toute séparation de corps ou d'annulation du mariage.<sup>3111</sup> Si d'aventure, un tribunal suédois est saisi en premier d'une demande de divorce alors que l'épouse belge s'adresse ensuite aux tribunaux de son pays pour obtenir l'annulation du mariage, ces derniers devront donner suite à l'exception de litispendance que le mari ne manquera pas de soulever. On peut se demander si le juge suédois acceptera dans ce cas de figure de connaître d'une demande d'annulation dont l'épouse chercherait à le saisir en vertu de l'article 11, paragraphe 3, deuxième alinéa. Tout laisse penser qu'il sera difficile pour le juge de se prononcer sur une demande que son droit national ignore.<sup>3112</sup>

Sans se prononcer expressément sur la question, le rapport explicatif laisse entendre que dans un tel cas de figure, il appartiendra à l'épouse, une fois le divorce prononcé en Suède, de saisir à nouveau les tribunaux belges pour s'assurer que la décision suédoise produise en Belgique ses effets *ex tunc*, comme s'il s'agissait d'une annulation du lien conjugal.<sup>3113</sup> *A contrario* on peut en déduire qu'il n'appartient pas au juge suédois de se prononcer sur la demande d'annulation. Le transfert bute ici sur les différences entre droits nationaux.

**701. 'Transfert' et droit applicable** - Le mécanisme de transfert à peine esquissé par le Règlement se heurte également au caractère national des règles de conflit de lois applicables au contentieux conjugal. Il faut en effet s'interroger sur l'influence que le 'transfert' aura sur le droit applicable à la demande. Avec M. Ansel et Mme. Muir Watt on peut en effet se demander si "le transfert implique que cette demande différente d'abord portée devant le juge second saisi parvient ensuite devant le premier à l'état brut, en quelque sorte, ou dans la conformation éventuellement déjà reçue de la première procédure de sorte qu'elle ne pourrait plus être jugée que selon les règles de conflit de lois du juge dessaisi".<sup>3114</sup> Et ces auteurs de souhaiter dans le même mouvement que le transfert n'ait pas d'influence sur le droit applicable au fond.<sup>3115</sup>

**702. 'Transfert' et reconnaissance des décisions** - Enfin, le 'transfert' laisse subsister quelques difficultés sur le plan de la reconnaissance d'une éventuelle décision.

<sup>3111</sup> Rapport, § 52.

<sup>3112</sup> Selon Mme. Gaudemet-Tallon, le juge suédois dans un tel cas de figure déclarera sans doute la demande irrecevable au motif que le droit suédois ignore la nullité du mariage (*l.c.*, *J.D.L.*, 2001, (381), 404).

<sup>3113</sup> Rapport, § 57.

<sup>3114</sup> *L.c.*, *R.C.D.I.P.*, 2001, 430.

<sup>3115</sup> Aux Etats-Unis, il a fallu l'intervention de la Cour Suprême pour obliger le tribunal fédéral auquel profite le transfert à appliquer la loi qui s'impose selon les règles de conflit de la juridiction ayant procédé au transfert, v. *Van Dusen v. Barrack*, 376 U.S. 612 (1964) et les explications de V. KAUFMAN, "Further Observations on Transfers Under Section 1404 (a)", *Colum L. Rev.*, 1956, 1 e.s. La législation australienne sur le transfert contient des règles détaillées sur l'influence du transfert sur le droit applicable. Selon la section 11(1), le tribunal auquel le transfert bénéficie, doit appliquer ses propres règles de conflit, v. les explications de P. NYGH, *oc.*, Sydney, Butterworths, 1995, 92-99 et, du même, « Choice of Law in Federal and Cross-Vested Jurisdiction », in *The Australian Federal Judicial System*, B. OPESKIN et F. WHEELER (éds.), Melbourne, Univ. Press Melbourne, 2000, 358 e.s. Au sein de l'espace judiciaire européen, la difficulté pourrait disparaître, ou à tout le moins s'atténuer, avec l'introduction, annoncée, de règles de conflit uniformes pour les questions de divorce.

Lorsque le juge premier saisi s'est prononcé, sa décision aura force de loi dans tous les Etats membres. Le Rapport accompagnant la Convention expliquait que si le juge premier saisi a fait droit à la demande qui lui a été directement soumise, écartant celle qui a fait l'objet d'un transfert, la partie à l'origine de cette dernière pouvait engager une nouvelle instance dans l'Etat membre qu'elle avait saisi antérieurement pour exiger que la décision du juge premier saisi y sorte les effets qui reviendraient normalement à une décision telle que celle qu'elle sollicitait à l'origine. Pour reprendre l'exemple déjà évoqué, si le juge suédois prononce le divorce, celui-ci n'aura qu'un effet *ex tunc*. L'épouse belge pourrait néanmoins s'adresser aux tribunaux belges pour que ceux-ci déclarent que la décision de divorce produira ses effets en Belgique *ex tunc*, comme l'aurait fait une décision annulant le mariage !

Cette précision laisse perplexe.<sup>3116</sup> Elle revient à faire sortir à une décision étrangère plus d'effet qu'elle n'en possède selon le droit du juge qui l'a prononcé. De plus, le juge second saisi recouvrerait en quelque sorte une compétence dont il avait été privé pour statuer comme on le lui demandait à l'origine ! Et on peut se demander si la décision qu'il prendra devra à son tour être reconnue dans les autres Etats membres, avec le risque de collision et de contradiction. Fort heureusement, la reconnaissance telle que la conçoit le règlement se limite à la dissolution du lien conjugal, à la modification de l'état civil et à la possibilité de remariage qui en découle. En pratique, un conjoint n'aura donc intérêt à solliciter du juge second saisi qu'il se prononce comme il le lui demandait à l'origine que pour éviter d'être accusé de bigamie, si un remariage a en lieu entre temps.<sup>3117</sup> Si l'hypothèse est exceptionnelle, la règle n'en demeure pas moins peu orthodoxe.

**703. Le transfert à l'europpéenne, une réglementation inachevée** - En réalité, l'article 11, 3<sup>ème</sup> paragraphe, deuxième alinéa n'a de transfert que le nom. Cette disposition, résultat d'un compromis politique,<sup>3118</sup> laisse un goût d'inachevé. On ne peut qu'approuver l'intention du législateur européen, désireux de pallier dans une certaine mesure les rigueurs de la priorité temporelle en autorisant la poursuite d'une procédure intentée postérieurement. Il aurait toutefois fallu apporter quelques précisions sur la portée et surtout les conséquences du mécanisme. Quoi qu'il en soit du caractère imparfait de cette disposition, elle illustre bien les difficultés de penser le transfert à l'échelle internationale, où il se heurte rapidement au cloisonnement national des règles de conflit de loi, de procédure et de fond. Il faudra sans doute attendre une avancée supplémentaire - annoncée - dans l'unification des règles de conflit de loi en matière de divorce pour que l'article 11 puisse sortir son plein effet.

**704. Conclusion** - Les aménagements possibles de la règle de la priorité temporelle sont nombreux. On relèvera surtout l'introduction d'une exception à cette règle, fondée sur l'idée du for approprié. Elle nous semble constituer la piste la plus judicieuse pour nuancer le caractère indubitablement arbitraire de la règle. L'exception peut être accompagnée de diverses modalités : selon l'ambition on optera soit pour le dialogue entre tribunaux, soit pour le transfert, qu'il soit pur et simple ou conditionnel. Avec ces dernières questions, on entre dans le champ des modalités de la règle de priorité temporelle, que nous allons maintenant explorer.

<sup>3116</sup> V. l'étonnement que manifestent B. ANCEL et H. MUIR WATT, *l.c.*, R.C.D.I.P., 2001, 431, n° 22 et H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, J.D.I., 2001, 404, n° 54.

<sup>3117</sup> Comme l'a relevé H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, J.D.I., 2001, (381), 404, n° 54.

<sup>3118</sup> Selon le Rapport Explicatif, § 55, qui précise que « le groupe s'est donc borné à lui donner la forme adéquate » sans plus d'explications.

## § 2 Les limites de la déférence internationale

705. **Introduction** – La priorité temporelle, dont on a vu qu'elle constituait un fondement adéquat de la déférence internationale, n'est pas sans appeler de sérieuses réserves. Pour l'encadrer, on a envisagé certains aménagements touchant au *fondement* de la règle, en faisant notamment appel à une exception déduite du caractère foncièrement inapproprié du tribunal premier saisi.

La priorité temporelle mâtinée d'un soupçon de for approprié ne nous semble toutefois pas faire le tour de la question. Le droit comparé révèle d'ailleurs qu'au-delà de la question du fondement de l'abstention, de nombreuses autres limitations sont évoquées qui contribuent toutes autant à encadrer la priorité accordée au juge premier saisi. C'est à ces limites que sera consacrée la suite de cette étude.

On expliquera dans un premier temps que le régime des jugements étrangers a souvent servi d'inspiration pour tracer les limites du déclinatoire de litispendance internationale (A). Cette filiation nous semble judicieuse, tant les points communs entre les deux sont nombreux et évidents. On en déduira une exigence générale qui lie la priorité du juge premier saisi à un pronostic de reconnaissance. Dans un deuxième temps on s'attardera sur deux éléments qui donnent forme concrète à ce pronostic (B), à savoir d'une part l'exigence de compétence dans le chef du juge premier saisi et d'autre part celle du respect de certaines contraintes liées à l'ordre public.

### A. Les limites déduites du régime des jugements étrangers : le pronostic de reconnaissance

706. **Le pronostic de reconnaissance comme limite à la priorité temporelle** – Le droit comparé apprend que pour résoudre la question des limites à apporter à l'effort de coordination internationale, la majorité des droits nationaux – du moins ceux qui font confiance à la priorité temporelle – s'en remettent à ce que l'on a appelé le 'pronostic de reconnaissance'. Concrètement, le tribunal second saisi n'acceptera d'en déférer au tribunal premier saisi que s'il peut prévoir que celui-ci rendra une décision susceptible d'être reconnue dans son propre ordre juridique. Ce faisant, ce sont les conditions posées à la reconnaissance des jugements étrangers qui viennent limiter la priorité temporelle, celle-ci n'étant acquise qu'à la condition que le jugement à venir du juge premier saisi remplisse les conditions posées pour sa reconnaissance future.

Déjà au siècle passé, le Tribunal de l'Empire allemand avait déduit de la reconnaissance de la future décision étrangère une limite à l'exception de litispendance.<sup>3119</sup> Le tribunal expliqua à cette occasion très clairement que puisque cette exception poursuivait le même but que la reconnaissance de l'autorité de chose jugée à une décision étrangère, la sphère d'application de ces deux mécanismes "doit être renfermée dans les mêmes limites".<sup>3120</sup>

<sup>3119</sup> RG, 26 janvier 1892, *J.W.*, 1892, 124 ; *J.D.I.*, 1893, 905.

<sup>3120</sup> RG, 26 janvier 1892, dans la traduction parue au *J.D.I.*, 1893, 905-906. Décision qui fut ensuite reprise presque mot pour mot dans une décision du même tribunal du 13 avril 1901, *R.G.Z.*, t. 41, 1902, 341 (en l'espèce le tribunal observe que "Einen im Inlande erhobenen Klage kann auf Grund eines im Auslande anhängigen Rechtsstreites die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann entgegengesetzt werden, wenn das in diesem Rechtsstreite ergehende Urteil im Inlande als Urteil anzuerkennen ist" (p. 344). Et le tribunal d'ajouter que "Die Anerkennung des ausländischen Prozesses und seine Wirkung für andere Prozesse kann nicht weiter reichen als

A la même époque, l'Institut de Droit International s'est engagé dans une voie similaire à l'occasion de sa résolution invitant les Etats à étendre le bénéfice de l'exception de litispendance aux espèces internationales. Selon l'article second de cette résolution adoptée lors de la session de La Haye en 1898, il est en effet nécessaire "pour l'admission de l'exception de litispendance étrangère que, en règle, les jugements prononcés dans le pays du juge saisi en premier, soient susceptibles d'être rendus exécutoires [...] selon la loi du pays où l'on produit l'exception".<sup>3121</sup>

Les jurisprudences nationales, qui se sont progressivement ouvertes au déclinatoire de litispendance internationale, ont sans exception adopté la même formule. Ainsi l'accueil de l'exception de litispendance devant le juge français en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger est-il selon la jurisprudence *Minera di Fragne* de la Cour de Cassation exclu "lorsque la décision à intervenir à l'étranger n'est pas susceptible d'être reconnue en France".<sup>3122</sup> Cette limitation au jeu de l'exception de litispendance a ensuite été reprise dans les différentes codifications nationales.<sup>3123</sup> Le projet de code belge de droit international privé n'a pas dérogé à cette tradition. L'article 14 du projet indique en effet que le tribunal second saisi devra vérifier "[...] qu'il est prévisible que la décision étrangère sera susceptible de reconnaissance ou d'exécution en Belgique [...]".

Un consensus important semble se dégager sur la condition du pronostic de reconnaissance. Pour expliquer la faveur dont jouit cette limitation de la priorité du juge premier saisi, il est nécessaire de préciser les liens unissant régime des jugements étrangers et exception de litispendance internationale (1). Après avoir constaté la nécessité de maintenir ce lien, on s'interrogera sur la forme concrète qu'il peut prendre pour limiter la priorité du juge premier saisi (2).

#### 1. LA FILIATION ENTRE REGIME DES JUGEMENTS ETRANGERS ET PRIORITE DU JUGE PREMIER SAISI

**707. Lien entre litispendance et exception de chose jugée – la preuve par l'histoire** - La litispendance internationale a toujours été présentée comme la 'fille' de l'exception de chose jugée. *Voet* liait déjà les deux institutions dans ses écrits.<sup>3124</sup> L'histoire de l'exception de litispendance révèle le formidable lien qui l'unit au sort réservé aux jugements étrangers.

La parenté entre les deux institutions s'exprime parfois de façon négative, comme ce fut le cas avec le Code de procédure civile italien de 1940. On a expliqué que ce Code

---

die Anerkennung des ausländischen Urteiles", (344-345). *In casu* la litispendance fut rejetée, le futur jugement chilien ne pouvant être reconnu en Allemagne faute de réciprocité.

<sup>3121</sup> Article 2, *Ann. de l'Institut de Droit International*, XV, 91.

<sup>3122</sup> Cass. Fr. (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.) 26 nov. 1974, *R.C.D.I.P.*, 1975, 491, note D. HOLLEAUX; *J.D.I.*, 1975, 108, note A. PONSARD.

<sup>3123</sup> En particulier dans les législations suisse (art. 9 LFDIP, v. M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 123-129), italienne (art. 7), québécoise (art. 3137 C. civ.) et néerlandaise (art. 12 CPC).

<sup>3124</sup> Il écrivait dans ses Commentaires que "Exceptioni rei judicatae affinis admodum est exceptio litis pendens; quippe quae quoties, et omnibus illis in casibus datu, lite apud alium judicem pendente, quoties et quibus in casibus, lite finita, rei judicatae [...] exceptioni locus est [...]" (*Commentarius ad Pandectas*, Livre XIV, tit. II, n° 7). V. plus récemment R. SCHÜTZE, *Deutsches internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, de Gruyter, 1985, 177 ("Die Rechtshängigkeit ist eine Vorstufe der Rechtskraft. Beide Wirkungen sind wesensähnlich").

interdisait au juge italien second saisi de faire droit à une exception de litispendance au profit d'un juge étranger premier saisi (*supra*, n° 392). On ne s'étonnera donc pas de constater que ce même Code se montrait fort mal disposé à l'encontre des jugements étrangers. Selon les article 796 e.s., l'effet des jugements étrangers était subordonné, en quelque matière qu'ils soient rendus, à une déclaration d'efficacité (*dichiarazioni di efficacia*) prononcée par le juge italien. Cette déclaration était nécessaire non seulement pour obtenir l'exécution du jugement étranger, mais également pour invoquer tout autre effet du jugement étranger en ce compris les effets que l'on range classiquement sous la reconnaissance, et notamment l'autorité de chose jugée.<sup>3125</sup>

Le refus d'accorder un quelconque effet de plein droit aux jugements étrangers, refus qui contraste avec le régime existant avant 1940,<sup>3126</sup> avait pour effet que les plaideurs pouvaient librement porter à nouveau l'affaire devant le juge italien tant que la déclaration judiciaire d'efficacité d'un jugement étranger antérieur n'avait pas été obtenue. En somme, le législateur italien avait d'avance condamné la litispendance par sa méfiance à l'égard des jugements étrangers.

**708. Lien entre litispendance et exception de chose jugée – la preuve par l'histoire – l'exemple de la jurisprudence allemande** - La précocité de la jurisprudence allemande illustre également la filiation entre litispendance internationale et régime des jugements étrangers, mais cette fois-ci de façon positive. On a déjà évoqué la décision de la Cour impériale de 1892 qui avait accueilli l'exception de litispendance internationale, du moins sur le plan des principes (*supra*, n° précédent). Cette décision contraste radicalement avec l'attitude, déjà évoquée (*supra*, n° 374) des juridictions françaises et belges à la même époque, toute entière faite d'un refus de s'ouvrir à la litispendance internationale.

La décision de la Cour impériale n'était pas le résultat d'un accident, elle inaugurerait au contraire une jurisprudence constante des tribunaux allemands qui dès cette époque acceptaient de faire droit à la priorité du tribunal étranger premier saisi.<sup>3127</sup> Dans l'espèce tranchée par le Reichsgericht en 1892,<sup>3128</sup> un citoyen allemand qui avait été attiré à la fois devant la justice hongroise et celle de son pays, invoqua devant cette dernière l'exception de litispendance. En première instance et en appel, les juges allemands décidèrent que la litispendance pouvait s'appuyer sur le fait qu'une juridiction étrangère était déjà saisie du litige. Selon les juges d'appel, il s'agissait là d'un principe admis par la majorité des

<sup>3125</sup> V. pour plus de détails, F. A. M. RIAD, *La valeur internationale des jugements en droit comparé*, Paris, Sirey, 1955, 119-129 ainsi que G. A. L. DROZ, 1972, 250-251, n° 409. Le juge italien pouvait d'ailleurs, dans certaines circonstances, procéder à une révision au fond (*riesame del merito*) du jugement étranger. V. toutefois sur la possibilité d'obtenir de façon incidente la déclaration judiciaire d'efficacité du jugement étranger – par le biais de la *debibazione incidentale* – F. A. M. RIAD, *oc.*, 123-124.

<sup>3126</sup> Sur le régime beaucoup plus libéral mis en place par le Code de procédure civile de 1865 (art. 941), v. F. A. M. RIAD, *oc.*, Paris, Sirey, 1955, 119-120 et les références citées.

<sup>3127</sup> Une jurisprudence qui était d'ailleurs chaudement appuyée par la doctrine de l'époque, entre autre par C. L. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, II, 1889, réimpression 1966, Aalen, Scientia Verlag, 546-550, n° 473. (l'auteur renvoie à Martens, Klüber ainsi que Feuerbach qui seraient également favorables à la litispendance). W. HAU (114, note 10) cite également les travaux de G. WALKER, *Streitfragen aus dem internationalen Zivilprozessrecht*, Vienne, 1897, 154-160. M. Meili s'étonnait également dans son ouvrage consacré à la procédure civile internationale, qu'on puisse refuser toute portée internationale à l'exception de litispendance. F. MEILI, *Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, Verlag O. Füssli, 1904, pp. 381-387. Examinant les dangers posés par la concurrence de procédures, et notamment le gaspillage de ressources et le risque de décisions contradictoires, il enseignait que ces inconvénients n'en étaient pas moins présents dans les espèces internationales (pp. 382-383). Et Meili d'en conclure que l'exception de litispendance devait trouver sa place dans le contentieux international privé.

<sup>3128</sup> RG, 26 janvier 1892, *J.W.*, 1892, 124, résumé au "Bulletin de la jurisprudence allemande", *J.D.I.*, 1893, 905-906.

tribunaux. Le Tribunal de l'Empire refusa de casser la décision entreprise, ouvrant la voie au règlement par l'exception de litispendance des conflits opposant un tribunal allemand à un collègue étranger. Cette décision fit jurisprudence.<sup>3129</sup>

Comme l'avait fait remarquer la Cour d'Appel, l'admission de la litispendance n'était pas une nouveauté pour les tribunaux allemands. Il semble en effet qu'avant même l'unification juridique du pays et la promulgation du ZPO, les tribunaux acceptaient de se dessaisir au profit d'une juridiction appartenant à une autre partie du futur Etat.<sup>3130</sup> Il n'est pas exclu que cette jurisprudence ait également pu profiter aux tribunaux étrangers.<sup>3131</sup> Ainsi Foelix écrivait-il que la litispendance en pays étranger pouvait selon les nombreuses conventions conclues entre les états allemands former une fin de non-recevoir contre une nouvelle demande.<sup>3132</sup>

**709. Lien entre litispendance et exception de chose jugée – la preuve par l'histoire – l'exemple de la jurisprudence allemande (suite) –** La précocité remarquable des tribunaux allemands<sup>3133</sup> n'est certainement pas sans rapport avec le sort favorable qui, déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, était réservé aux décisions étrangères en Allemagne.<sup>3134</sup> On sait en effet que les jugements étrangers bénéficiaient dans ce pays depuis 1898 d'une reconnaissance de plein droit,<sup>3135</sup> conférant au droit allemand une avance considérable sur les droits des autres Etats européens beaucoup plus frileux.<sup>3136</sup> A cette date fut consacrée

<sup>3129</sup> V. RG, 23 juin 1893, *J.W.*, 1893, 350; RG, 13 avril 1901, *RGZ*, vol. 49, 340, résumé au "Bulletin de la jurisprudence allemande", *J.D.I.*, 1903, 188; OLG Hamburg, 27 octobre 1900, *Hanseatische Gerichtszeitung*, 1900, 285, résumé au "Bulletin de la jurisprudence allemande", *J.D.I.*, 1902, 861-862; R.G., 29 octobre 1911, *J.W.*, 1912, 79; R.G., 12 mai 1915, *J.W.*, 1915, 1264; RG, 25 août 1938, *RGZ*, vol. 158, 145. Sur l'histoire de la jurisprudence allemande, v. B. HEIDERHOFF, 1998, 52-53 et W. HAU, 113-115.

<sup>3130</sup> V. le § 19 de la Rechtshilfegesetz du Norddeutschen Bunde qui date de 1869, citée par B. HEIDERHOFF, 1998, 52.

<sup>3131</sup> P. ex. la décision rendue en 1880 par le Landgericht de Metz, parue au *Wenglers Archiv für Civilrechtliche Entscheidungen*, 1882, vol. 3, 44 e.s., citée par B. HEIDERHOFF, 1998, 53, qui accueille l'exception de litispendance à la condition que la future décision étrangère puisse être reconnue en Allemagne.

<sup>3132</sup> M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois en matière de droit privé*, 4<sup>ème</sup> éd., revue et augmentée par DEMANGEAT, Paris, 1866, I, 371, note 1. Il cite également (t.I, 369, n° 182) un arrêt de la Cour de la Cour d'Appel de Cologne du 31 août 1840, paru aux *Archiv für das Civil und criminal Recht der Königlich preussischen Rheinprovinzen*, t. X, I, 72, qui refuse d'accueillir l'exception de litispendance, mais se fonde pour cela sur le défaut d'identité avec l'action formée précédemment aux Pays-Bas.

<sup>3133</sup> Précocité qui a failli recevoir l'assentiment du législateur. Mme. Heiderhoff rapporte en effet qu'on avait suggéré de consacrer explicitement l'exception de litispendance internationale lors de la codification du droit international privé allemand. Elle cite (1998, p. 52) le § 36 du projet déposé par Gebhard, paru à *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881-1986*, 73, la disposition proposée fonctionnait de façon négative en excluant le jeu de la litispendance internationale lorsqu'il apparaissait que le juge étranger n'était pas compétent ou que la future décision étrangère ne pourrait être reconnue en Allemagne.

<sup>3134</sup> En général, P. MERCIER, *Effets internationaux des jugements dans les Etats membres du Marché Commun*, Université de Lausanne, Faculté de Droit, Lausanne, Pont Frères, 1965, 75 e.s. et les nombreuses références citées; E. RIEZLER, "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Droit allemand", in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne. Exposé et comparaison des solutions en vigueur dans les deux pays*, Tübingen / Paris, CB Mohr / Sirey, 1954, 481 e.s.

<sup>3135</sup> En réalité, la reconnaissance de plein droit était sans doute déjà acquise dès 1879 et l'entrée en vigueur du Code de procédure civile de 1877. L'article 661 de ce Code ne visait certes formellement que l'exécution des décisions étrangères; la jurisprudence considérait toutefois déjà que les conditions posées pour obtenir l'exequatur, qui ont été reprises sans modification substantielle en 1898 pour la reconnaissance, valaient également pour cette dernière sans que leur examen doive se faire par voie judiciaire, v. les références citées par G. HOLLEAUX, note sous Cour administrative de Stuttgart, 8 novembre 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, (748), 753 et en particulier RG, 29 janvier 1883, *R.G.Z.*, t. VIII, 386.

<sup>3136</sup> Sur le régime des jugements étrangers dans les différents Etats allemands avant l'unification et l'introduction du Code de procédure civile en 1879 v. F. A. M. RIAD, ac, Paris, Sirey, 1955, 94-95. On consultera également l'étude de C. CONSTANT, *De l'exécution des jugements étrangers dans les divers pays. Législation, jurisprudence, procédure, traités diplomatiques*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Durand et Pedone, 1890, 79-89 sur les règles en vigueur entre 1877 et 1900, et en particulier le § 661 du Code de procédure civile.

par la voie législative<sup>3137</sup> la distinction, acquise très tôt dans les écrits allemands, entre reconnaissance (*Anerkennung*) d'une part et exécution (*Vollstreckung*) d'autre part des jugements étrangers.

L'article 328 du Code de procédure civile, dont on a noté à juste titre qu'il constituait la première consécration législative de la notion de 'reconnaissance' d'un jugement étranger,<sup>3138</sup> énumérait les circonstances dans lesquelles un jugement étranger ne pouvait être reconnu en Allemagne.<sup>3139</sup> Il n'y était pas question d'une quelconque procédure imposée pour vérifier si un des motifs de refus était présent. *A contrario* on pouvait donc en déduire que les jugements étrangers pouvaient être reconnus *de plein droit* pour autant qu'aucun des motifs de refus ne soit vérifié,<sup>3140</sup> ce que confirma le *Reichsgericht*.<sup>3141</sup>

Concrètement, les jugements étrangers étaient reconnus *ipso iure* en Allemagne dès que les conditions prévues par l'article 328 se trouvaient réunies sans qu'il y ait besoin d'un jugement allemand pour le constater.<sup>3142</sup> Un justiciable pouvait dès lors invoquer l'autorité de chose jugée d'une décision étrangère qui s'imposait au juge allemand sans que celui-ci ne puisse exciper du défaut d'exequatur. On comprend que dans ces circonstances, il ait été difficile aux tribunaux allemands de refuser de faire droit à une exception de litispendance internationale : les juges ne pouvaient se réfugier derrière l'absence de risque de voir apparaître des décisions contradictoires puisque les décisions étrangères pouvaient fonder une exception de chose jugée sans qu'il soit besoin pour cela d'obtenir le fiat d'un juge de l'exequatur. Le juge allemand qui était saisi d'un litige déjà porté à la connaissance d'un juge étranger ne pouvait dès lors ignorer que s'il poursuivait l'examen du litige, sa décision pourrait contredire une décision étrangère jouissant de plein droit en Allemagne de l'autorité de chose jugée. Il s'imposait de reconnaître un certain effet à la décision étrangère en devenir que constituait la procédure en cours. C'est d'ailleurs en faisant appel à la parenté entre chose jugée et litispendance que le *Reichsgericht* a justifié, dans la décision déjà évoquée de 1892, l'effet reconnu à la saisine du juge étranger. Selon le tribunal impérial, ces "deux exceptions ont un même but : réaliser une économie de temps et d'argent en évitant deux procédures parallèles ou

<sup>3137</sup> La fameuse *Nouvelle* du 17 mai 1898, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900.

<sup>3138</sup> F. A. M. RIAD, *oc*, Paris, Sirey, 1955, 95.

<sup>3139</sup> L'exécution des jugements étrangers était régie par le § 722 ZPO, qui renvoyait aux conditions posées par le § 328, tout en subordonnant l'exécution à l'obtention d'un exequatur.

<sup>3140</sup> Une controverse existait cependant dans la doctrine allemande sur la question de savoir si la reconnaissance constituait la règle ou l'exception. Il semble qu'une majorité de commentateurs défendaient la thèse selon laquelle le principe posé par le législateur était la non-reconnaissance des jugements étrangers. V. les explications de E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 524-525 (qui observe toutefois que la controverse n'a aucune conséquence pratique) et D. MARTINY, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht", in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984.

<sup>3141</sup> RG, 18 mai 1916, *R.G.Z.*, t. 88, p. 244. V. aussi RG, 26 avril 1941, *R.G.Z.*, t. 166, p. 376. Le législateur allemand intervint cependant en 1941 pour mettre fin à la reconnaissance *ipso iure* des décisions étrangères en matière de divorce, qui ne pouvaient dorénavant sortir d'effet en Allemagne qu'après un contrôle par le ministre de la justice (à l'origine le *Reichsminister der Justiz*, depuis lors les ministres de la justice des Länder). Sur ce renversement du principe traditionnel de la reconnaissance de plein droit, v. les explications de G. HOLLEAUX, note sous Cour administrative de Stuttgart, 8 novembre 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, (748), 749-752. Selon I. SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 552, certains pays d'Europe de l'Est avaient également adopté la reconnaissance de plein droit des jugements étrangers, toutes matières confondues.

<sup>3142</sup> On rappellera également que le caractère précaire de la reconnaissance de plein droit ayant été aperçu très tôt, les juridictions allemandes autorisaient les parties à engager une action en déclaration de reconnaissance du jugement étranger, pour dissiper les doutes éventuels sur celle-ci, v. RG, 5 janvier 1925, *R.G.Z.*, t. 109, p. 383. L'article 256 du ZPO offrait le véhicule parfait pour ce genre d'exercice, cette disposition ouvrant une action générale en constatation de droit (la fameuse *Feststellungklage*, déjà évoquée).



successives, et leur sphère d'application doit être renfermée dans les mêmes limites".<sup>3143</sup> La litispendance fut en quelque sorte admise sous le couvert de l'autorité conférée à son aînée, l'exception de chose jugée.

La jurisprudence autrichienne révèle le même parallélisme entre litispendance et reconnaissance. La reconnaissance de plein droit a également été acquise très tôt en droit autrichien.<sup>3144</sup> Ceci explique que la Cour Suprême autrichienne ait pu dès 1882 admettre l'exception de litispendance internationale à l'occasion d'une affaire de divorce engagée concurremment devant un tribunal russe.<sup>3145</sup> Cette jurisprudence sera confirmée par la suite.<sup>3146</sup>

**710. Lien entre litispendance et exception de chose jugée - la preuve par l'histoire - l'exemple de la jurisprudence allemande (suite) -** Le lien posé par la Cour impériale entre le régime des jugements étrangers et la litispendance permet d'expliquer, au moins en partie, le libéralisme précoce de la jurisprudence allemande : une fois admis l'existence d'un lien 'logique' entre la reconnaissance d'une décision étrangère et celle d'une simple procédure encore pendante,<sup>3147</sup> l'accueil de la litispendance s'imposa naturellement puisque ces mêmes tribunaux témoignaient déjà d'une grande ouverture à l'égard des jugements étrangers.<sup>3148</sup>

Pour être inévitable au vu de l'importante ouverture du système allemand aux décisions étrangères, l'accueil du déclinatoire de litispendance internationale en droit allemand était toutefois grandement facilité par les conditions posées à la reconnaissance des décisions étrangères. La reconnaissance était en effet certes de plein droit, elle n'en était pas moins subordonnée au respect de certaines conditions énumérées, de façon négative, à l'article 328. Or la liaison opérée entre les deux questions a permis aux tribunaux d'enfermer la

<sup>3143</sup> RG, 26 janvier 1892, traduction parue au "Bulletin de la jurisprudence allemande", *J.D.I.* 1893, 905-906.

Dans une espèce ultérieure où la saisine concurrente des tribunaux de Genève était invoquée à l'appui de l'exception de litispendance, le Reichsgericht décida que "*Das auf die Genfer Klage zu erwartende rechtskräftige Urteil des zuständigen Schweizer Gerichts ist fähig, im [Deutschland] anerkannt zu werden. [...] Deshalb steht die durch jene Klage begründete Rechtshängigkeit [...] der durch Aumfung eines deutschen Gerichts bewirkten Rechtshängigkeit gleich*" (RG, 25 août 1938, *RGZ*, vol. 158, (145), 147).

<sup>3144</sup> V. E. RIEZLER, *ac*, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 512.

<sup>3145</sup> OGH, 28 mars 1882, *Sammlung*, Bd. 20, 161, n° 8939, résumé au "Bulletin de la jurisprudence autrichienne", *J.D.I.*, 1886, 461-462.

<sup>3146</sup> P. ex. OGH, 26 novembre 1985, 2 Ob. 596/85, EFSlg.49, 331; OGH, 3 février 1982, *ZfRV.*, 1984, 145, note Konecny; et la jurisprudence citée par E. SCHUMANN, "Internationale Rechtshängigkeit (Streitabhängigkeit)", *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag Verfahrensrecht - Privatrecht*, W. RECHBERGER et al. (éds.), Vienne, Manzschel Verlag, 1986, (301), 306, note 18. V. en général sur l'exception de litispendance internationale en droit autrichien: F. MÄNHARDT, "Die Doppelprozeßführung im schweizerisch-österreichische Verhältnis - Ein Fall zur 'Internationalen Rechtshängigkeit' im Ehescheidungsprozeß", in *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht: Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag*, O.J. BALLON, Vienne, Manz, 1993, 339 e.s. HEIDERHOFF 1998, 83-84; E. SCHUMANN, "Internationale Rechtshängigkeit (Streithängigkeit)", in *Festschrift für W. Kralik*, Vienne, 1986, 301-316; A. BÄUMER, *ac*, Köln, Heymann, 1999, 51-52 et H. HOYER, "Zur Streithängigkeit im österreichischen internationalen Zivilprozessrecht", *Z. f. R. V.*, 1969, 241-261.

<sup>3147</sup> Lien dont la doctrine avait suggéré l'existence, Wach écrivait par exemple en 1885 que "Dans la mesure où un jugement étranger est susceptible de reconnaissance, la procédure étrangère et ses effets pour d'autres procès doivent également être reconnus" (WACH, *Handbuch des internationalen Zivilprozessrechts*, 1885 cité par B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 301. V. également F. MEILLI, *Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, O. Füssel, 1904, pp. 385-386 (selon qui "Die Anerkennung des ausländischen Prozesses und seine Wirkung für andere Prozesse kann nämlich nicht weiter reichen, als die Anerkennung des ausländischen Urteils").

<sup>3148</sup> S. BAUMGARTNER a abondé dans le même sens en soulignant le parallélisme entre la reconnaissance précoce de la litispendance et celle des jugements étrangers : S. BAUMGARTNER, "Related Actions", *ZZP Int.*, 1998, (203), 205-206.

litispendance dans les mêmes limites que celles posées à la reconnaissance des décisions étrangères. La jurisprudence a dès l'origine décidé que la litispendance ne pouvait être accueillie que lorsqu'il apparaissait que la future décision pourrait sortir ses effets dans le for.<sup>3149</sup>

Parmi les conditions de la reconnaissance des décisions étrangères figurait ainsi la fameuse exigence de réciprocité,<sup>3150</sup> qui constituait à l'époque, outre un véritable casse tête pratique, un obstacle important à la reconnaissance des jugements étrangers.<sup>3151</sup> La réciprocité pesait tout autant sur cette reconnaissance que sur l'accueil de la litispendance. C'est ainsi que l'exception de litispendance invoquée en 1900 au profit d'une procédure entamée au Chili a échoué sur le défaut de réciprocité.<sup>3152</sup> Cette même condition a également eu raison de la tentative de mettre fin à la procédure soumise au *Reichsgericht* en 1892, la réciprocité n'étant pas assurée avec la Hongrie.<sup>3153</sup>

La volonté de coordination des tribunaux allemands était en réalité somme toute limitée. Même s'il ne faut pas sous-estimer le caractère innovateur et audacieux de la jurisprudence du Tribunal impérial,<sup>3154</sup> l'importation de toutes les conditions posées pour la reconnaissance des décisions étrangères, et surtout de l'exigence de réciprocité, permet de comprendre à sa juste valeur la précocité de cette jurisprudence. Une fois la reconnaissance de plein droit acceptée, le pas à franchir pour accueillir la litispendance était modeste et il a été d'autant plus facilement franchi que le risque était limité par la condition de réciprocité.

Au contraire, l'attitude pour le moins plus réservée des tribunaux français et belges à la même époque (*supra*, n° 374) se comprend mieux lorsque l'on sait que la reconnaissance de plein droit n'a jamais été la règle générale pour les décisions étrangères. Lorsqu'elle s'est imposée, c'est uniquement au profit d'une catégorie particulière de décisions.<sup>3155</sup> Or

<sup>3149</sup> P. ex. RG, 26 janvier 1892, *J.D.I.*, 1893, 905-906.

<sup>3150</sup> Obstacle qui ne concernait que les espèces patrimoniales, les décisions extra-patrimoniales pouvant être reconnues dès lors que la compétence des tribunaux allemands n'était pas exclusive, v. F. A. M. RIAD, *oc.*, Paris, Sirey, 1955, 113-114.

<sup>3151</sup> V. les explications de G. A. L. DROZ, 1972,, 6-7, n° 9 à propos de la position des tribunaux allemands à l'égard des jugements étrangers : «Quand au droit allemand, il paraît très libéral dans la mesure où il ignore révision [au fond] et contrôle [de l'application de la règle de conflit], mais en pratique il est très restrictif puisqu'il refuse la reconnaissance aux jugements étrangers lorsque la réciprocité n'est pas assurée ».

<sup>3152</sup> OLG Hamburg, 27 oct. 1900, *J.D.I.*, 1902, 861-862.

<sup>3153</sup> RG, 26 janvier 1892, *J.D.I.*, 1893, 905-906. V. aussi RG, 13 avril 1901, *J.D.I.*, 1903, 188 - exception de litispendance est rejetée parce que la loi étrangère ne garantit pas la réciprocité.

<sup>3154</sup> Audace qui n'a pas été appréciée par tous les commentateurs. Plus d'un siècle après les premières décisions, un auteur comme M. Schütze estime encore que la jurisprudence allemande va trop loin, v. les références déjà citées tout au long de cette étude.

<sup>3155</sup> A savoir les décisions relatives à l'état et la capacité des personnes, v. déjà l'arrêt *Bulkeley* de la Cour de cassation française du 28 février 1860, *S.*, 1861, 1, 210, ccl. Dupin ; *D.*, 1860, 1, 57 et surtout les arrêts *de Wrede*, 9 mai 1900, *J.D.I.*, 1900, 613 et *Hainard*, 30 mars 1930, *S.*, 1930, I, 377, note Niboyet. En droit belge, la reconnaissance de plein droit des décisions étrangères en matière d'état et de capacité des personnes a d'abord été consacrée par l'arrêt du 6 août 1852, *de Terwinghe c. Hertey*, *Pas.*, 1853, I, 146, qui fondait la solution sur un appel à la tradition et la courtoisie internationale pour être ensuite confirmé par les arrêts du 19 janvier 1882, *de Bauffrenont*, *Pas.*, 1882, I, 36 et du 12 avril 1888, *Pas.*, 1888, I, 186, qui ont substitué à la tradition l'identification entre jugement étranger et loi étrangère comme fondement à la reconnaissance de plein droit. Ce n'est que dans la seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle que la solution va s'affirmer avec les arrêts du 16 janvier 1953, *De Pellaert*, *Pas.*, 1953, I, 335 et du 4 octobre 1956, *Closset*, *Pas.*, 1957, I, 88, pour trouver sa formulation définitive avec l'arrêt *Défontaine* du 29 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, 735 ; *R.C.J.B.*, 1975, 539, note P. GOTHOT. Sur l'évolution des fondements invoqués pour justifier la reconnaissance de plein droit des décisions étrangères, v. les réflexions en filigrane de l'étude de M. FALLON, « L'application de l'article 3, aliéna 3 du Code civil par la jurisprudence belge du XIX<sup>ème</sup> siècle », in *Liber memorialis François Laurent 1810-1887*, J. ERAUW et al (éds.), Bruxelles, Story-scientia, 1989, 765-782.

admettre le jeu de la litispendance internationale pour cette catégorie de décisions dans le prolongement de la reconnaissance de plein droit aurait été radical puisqu'au contraire des tribunaux allemands, leurs confrères français et belges ne pouvaient se réfugier derrière l'exigence de réciprocité, ni d'ailleurs derrière la révision au fond dont on acceptait, malgré quelques hésitations,<sup>3156</sup> qu'elle n'avait pas lieu d'être pour les décisions d'état et de capacité. L'effort de coordination aurait dès lors été d'une ampleur inédite pour l'époque, les tribunaux français et belges étant lié par la saisine première d'un juge étranger sans pouvoir alléguer un défaut de réciprocité. Dans ces conditions, on comprend que ces tribunaux se soient contenté dans un premier temps de constructions parfois alambiquées pour faire droit à l'impératif de coordination (*supra*, n° 380). En outre les droits de tradition française étaient beaucoup plus imprégnés de considérations liées à la souveraineté,<sup>3157</sup> qui rendaient difficiles, même pour les décisions bénéficiant de la reconnaissance de plein droit, l'accueil direct de la litispendance.<sup>3158</sup>

**711. Lien entre litispendance et exception de chose jugée – la preuve par l'histoire (suite)** – Le lien entre l'accueil de la litispendance et le sort réservé aux jugements étrangers permet de comprendre la précocité de la jurisprudence allemande.<sup>3159</sup> Il éclaire également d'autres aspects de la jurisprudence comparée. Pour s'en tenir au droit français, on peut ainsi évoquer la surprenante contemporanéité de l'abolition de la révision au fond des jugements étrangers et de la reconnaissance de la litispendance internationale, les deux arrêts de principe de la Cour de cassation sur ces questions n'étant séparé que de quelques années ou encore le véritable mimétisme que l'on a décelé entre les 'travestissements' de la litispendance au 19<sup>ème</sup> siècle (*supra*, n° 380) et l'ouverture modeste à la même époque aux jugements étrangers : dans les deux cas, les tribunaux français n'acceptaient d'accorder un quelconque crédit au produit de l'activité judiciaire étrangère que pour autant que celle-ci soit fondée sur l'idée du contrat judiciaire ou de la renonciation à exercer un privilège de juridiction.<sup>3160</sup>

De même, on a vu qu'au cours de l'histoire, on a invoqué alternativement soit le défaut d'effet des jugements étrangers pour rejeter la litispendance, soit au contraire l'assouplissement du régime de ces jugements pour justifier l'accueil de cette même exception. En 1989 encore, l'avocat général Franx près le Hoge Raad néerlandais pouvait-il invoquer l'absence de traité liant les Pays-Bas à la Suisse, et donc l'impossibilité

<sup>3156</sup> Notamment en Belgique où il a fallu attendre l'arrêt *Defontaine* précité pour avoir la confirmation définitive que la révision au fond était exclue pour la reconnaissance d'un jugement en matière d'état et de capacité. Les décisions antérieures étaient pour le moins floues sur la question de la nature du contrôle auquel devait procéder le juge belge.

<sup>3157</sup> Sur l'influence des questions de souveraineté sur le statut des jugements étrangers dans les droits de tradition française, v. F. K. JUENGER, « The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters », *Am J. Comp. L.*, 1988, (1), 5-9.

<sup>3158</sup> Cette comparaison historique met une fois de plus en lumière le caractère anachronique de la jurisprudence belge actuelle qui refuse de faire droit à l'exception de litispendance internationale hors convention même dans les matières où les décisions étrangères bénéficient d'une reconnaissance de plein droit débarrassée de toute révision au fond.

<sup>3159</sup> Les jurisprudences allemande et autrichienne continueront ainsi tout au long du siècle à faire bon accueil au déclinatoire de litispendance internationale, p. ex. BGH, 18 mars 1987, *N.J.W.*, 1987, 3083, note R. GEIMER; RG, 25 août 1938, *RGZ.*, vol. 158, 145. Pour le droit autrichien, v. A. BURGSTALLER (éd.), *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Vienne, Orac, 2000, 5-6.

<sup>3160</sup> On évoquera également *infra* une autre illustration du lien entre litispendance internationale et régime des jugements étrangers, à savoir la précocité du droit conventionnel, qui fut la première porte d'entrée de l'exception de litispendance, que ce soit en droit français, belge, italien ou encore néerlandais. Encore une fois, il faut y voir l'influence de l'assouplissement du régime des jugements étrangers qu'apportaient ces conventions.

de mettre un jugement de ce dernier pays à exécution dans le premier, pour interdire au juge néerlandais de donner suite à une exception de litispendance.<sup>3161</sup>

Enfin, la plus ou moins grande rigidité du régime des jugements étrangers permet-elle encore aujourd'hui de tracer avec de précision les limites du royaume de la litispendance : ainsi, celle-ci n'est pas acceptée dans les pays Scandinaves dont on connaît le peu d'enthousiasme qu'ils montrent à l'égard des jugements étrangers.<sup>3162</sup>

**712. Absence de lien entre coordination internationale et régime des jugements étrangers dans les pays de *common law*** - L'histoire a montré l'irrésistible attachement entre litispendance internationale et effet des jugements étrangers.<sup>3163</sup> Le lien, incontestable, évoqué entre déférence à l'égard du juge étranger et l'attitude générale à l'égard des décisions étrangères ne se vérifie toutefois pas dans les droits de la *common law*. Comme on l'a noté, "En Angleterre, les effets de la litispendance sont traités en dehors du contexte de la reconnaissance des jugements étrangers".<sup>3164</sup> Il n'a jamais été question dans l'histoire de la doctrine du *forum non conveniens* de faire dépendre la volonté des tribunaux de surseoir à statuer au profit d'un tribunal étranger réputé mieux placé de l'accueil réservé aux décisions étrangères.

En réalité, la question posée par l'exception de for inapproprié est foncièrement différente : alors que la litispendance s'intéresse avant tout à une procédure étrangère déjà existante dont il faut apprécier si elle justifie un sursis, le *forum non conveniens* concerne au premier chef la qualité de la compétence exercée par les tribunaux du for, en comparaison avec le titre auquel peut prétendre, même potentiellement, un tribunal étranger. La perspective est différente, il ne s'agit plus de respect pour une *procédure* étrangère, mais bien de respect pour une *compétence* étrangère. On comprend dès lors que

<sup>3161</sup> L'avocat général expliqua en effet que "evenmin is er een executieverdrag tussen beide landen, waardoor een Zwitsers vonnis in aanmerking komt voor tenuitvoerlegging in Nederland. Welnu dan mag de later geadieerde Nederlandse rechter zich niet van beoordeling van de hoofdvordering onthouden", HR., 22 novembre 1989, *N.J.*, 1990, n° 689, 2775, 2780, n° 2.7.

<sup>3162</sup> Les commentateurs de ces pays font d'ailleurs le lien entre les deux, M. BOGDAN, "Sweden", in *Declining Jurisdiction*, 374-375, L. PALSSON, "The Institute of *Lis Pendens* in Internationale Civil Procedure", in *Scand. L. S.*, 1970, 79 et J. LAPPALAINEN, « Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions : Finland », in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (169), 180 ; H. BULL, « Recognition and Enforcement in Norway of Foreign Judgments Outside the Scope of Application of the Brussels and Lugano Conventions », paru dans le même ouvrage, (425), 428-429 et 444-445.

<sup>3163</sup> On ajoutera qu'il est une autre raison qui explique que les tribunaux allemands aient dès l'origine fait le lien entre exception de litispendance et régime des jugements étrangers. A l'origine en effet l'exception de litispendance donnait lieu à un dessaisissement du juge allemand second saisi, et non à un simple sursis à statuer. La jurisprudence s'inspirait en effet de la disposition pertinente du droit interne, qui ne prévoyait pas d'autre possibilité pour le juge second saisi que de se dessaisir. C'est d'ailleurs encore le cas aujourd'hui avec le § 261 du ZPO. Le dessaisissement se justifie selon les principes du droit allemand de la procédure parce que l'existence d'une procédure concurrente fait perdre au demandeur l'intérêt requis pour engager une deuxième procédure ; celle-ci ne peut dès lors qu'être déclarée irrecevable, d'où le dessaisissement. Au vu des conséquences pour le moins drastiques de la litispendance, il importait dès lors de s'assurer que la justice étrangère pouvait produire un résultat utile, ce que permettait de vérifier le pronostic de reconnaissance. Aujourd'hui, la jurisprudence accepte, en s'inspirant du § 148 ZPO, de privilégier le sursis à statuer au dessaisissement, comme l'avait déjà suggéré M. HABSCHEID, "Zur Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RabelsZ.*, 1967, (254), 266-269, du moins lorsque le pronostic de reconnaissance conduit à un résultat en demi-teintes, suggestion reprise par l'ensemble de la doctrine, par exemple H. SCHACK, 1997, 300, n° 764 ; W. HAU, 160 et dans la jurisprudence, OLG Karlsruhe, *FamRZ.*, 1970, 410, 412. M. Dohm a même proposé de faire complètement abstraction du § 261 et de n'appliquer que le seul § 148 (CH. DOHM, a.c., 1996, pp. 272 e.s.). *Comp. B. HEIDERHOFF*, a.c., 1998, 233-249.

<sup>3164</sup> B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 301.

le *forum non conveniens* n'ait pas grandi à l'ombre du régime des jugements étrangers mais ait vu son sort au contraire lié à l'évolution des règles de compétence du for.

713. Absence de lien entre coordination internationale et régime des jugements étrangers dans les pays de *common law* (suite) - Si l'abstention internationale n'a jamais directement été liée au sort réservé aux jugements étrangers dans les droits de tradition anglaise, il n'en reste pas moins que l'on peut déceler dans la doctrine moderne du *forum non conveniens* une trace de ce que l'on a appelé le pronostic de reconnaissance. Comme le note un observateur averti du *forum non conveniens*, "il ne saurait être question pour un juge de renoncer à sa compétence sur base du *forum non conveniens* lorsqu'il est prévisible que le jugement qui serait rendu à l'étranger ne pourra être reconnu dans le for, à défaut de remplir les conditions prévues par la loi du for pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères".<sup>3165</sup>

De façon diffuse au moins, le pronostic de reconnaissance joue dès lors également le rôle de limite au dessaisissement pour cause de for non approprié. Ce pronostic ne figure certes pas dans la liste des critères dégagés par la Chambre des Lords dans l'affaire *Spiliada*. La flexibilité des différentes formules du *forum non conveniens* permet toutefois aux tribunaux de tenir compte de cette circonstance lorsque ceci s'avère nécessaire. Ainsi dans une affaire soumise aux tribunaux anglais en 1997, le probable manque d'effet en Angleterre du futur jugement étranger a-t-il été invoqué en première instance comme une des raisons pour refuser le 'stay' demandé au profit des tribunaux new yorkais également saisis.<sup>3166</sup> Il en va de même aux Etats-Unis, où la Cour Suprême avait déjà fait mention dans son arrêt *Gulf Oil* de "l'exécution du jugement qui sera éventuellement obtenu".<sup>3167</sup> Ici aussi, les tribunaux ne sont pas indifférents au sort que connaîtra l'éventuel jugement du tribunal au profit duquel il leur est demandé de se dessaisir.<sup>3168</sup>

Enfin, la Haute Cour d'Australie a confirmé l'importance accordée au pronostic de reconnaissance dans l'affaire *Henry* déjà évoquée.<sup>3169</sup> En l'espèce il s'agissait de savoir quels éléments le juge australien se devait de prendre en compte dans son appréciation du caractère approprié des fors en présence. Après avoir constaté que la question ne se posait que pour autant que les deux fors soient compétents, la Cour précisa qu'il était également nécessaire "d'examiner si chacun des tribunaux donnera effet aux décisions de l'autre". Et la Cour d'ajouter que "s'il apparaît que le tribunal australien ne donnera pas suite à la décision étrangère, ceci devrait faire échouer toute tentative d'obtenir que le juge s'abstienne".<sup>3170</sup> On le voit, l'efficacité internationale de la future décision étrangère est également susceptible de limiter le recours au *forum non conveniens*.

<sup>3165</sup> A. NUYS, 352, n° 323.

<sup>3166</sup> *Meridien BIA O v Bank of New York*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 437, 442 (C.A.) De larges extraits de la décision du juge de première instance sont reproduits par les juges d'appel, qui approuvent le raisonnement suivi. En l'espèce le problème découlait de l'absence aux yeux du droit anglais de compétence indirecte dans le chef des juges new-yorkais. Le juge Strauss QC a ainsi décidé que "it cannot be right for me to stay an action so that the issue can be determined in a court whose judgment an English court would or might not recognize".

<sup>3167</sup> *Gulf Oil Corp. v Gilbert*, 330 U.S. 501, 508 : après avoir énuméré les différents facteurs relatifs à la bonne administration de la preuve, la Cour souligne également qu'il sera parfois nécessaire de tenir compte des difficultés relatives à l'exécution du jugement qui sera éventuellement prononcé ("There may also be questions as to the enforceability of a judgment if one is obtained"). V. également *Piper Aircraft Co v Reyno, Personal Representative of the E states of Feibilly et al.*, 454 U.S. 235, 102 S. Ct. 252, 70 L.Ed. 2d 419 (1981).

<sup>3168</sup> V. les décisions citées par A. NUYS, note 578, p. 353.

<sup>3169</sup> *Henry v Henry*, [1995-96] 185 CLR 571.

<sup>3170</sup> "[...] it will be relevant to consider whether each will recognise the other's orders and decrees. If the orders of the foreign court will not be recognised in Australia, that should ordinarily dispose of any suggestion that the local proceedings should not continue", *Henry v Henry*, [1995-96] 185 CLR 571, 592. En l'espèce la Haute Cour

Il reste qu'entre *forum non conveniens* et régime des jugements étrangers, les relations sont pour le moins anecdotiques et non réellement fusionnelles comme dans la tradition civile. La doctrine du *forum non conveniens* n'est en définitive pas la fille du régime des jugements étrangers.

**714. Lien entre litispendance et exception de chose jugée - Légitimité -** Le rapprochement entre la coordination par l'abstention et l'efficacité internationale des jugements est aussi compréhensible que classique. Dans les deux cas, il s'agit en effet pour un ordre juridique d'accorder un certain crédit à l'activité judiciaire d'un autre. Un esprit synthétique amateur des catégories abstraites pourrait même évoquer à cet égard un concept général du respect dû au fait judiciaire étranger,<sup>3171</sup> qu'il soit encore en cours ou ait déjà abouti à une décision en bonne et due forme.<sup>3172</sup>

Même si l'on hésite à s'engager dans une théorie générale de ce genre, il nous semble que la coordination internationale par l'abstention du juge premier saisi a tout à gagner de s'inspirer du régime des jugements étrangers. Une fois posé que le partage entre fors concurrents doit s'opérer sur la base d'un critère somme toute limité, on ne peut en effet nier le besoin de circonscrire le geste de coordination. Il en aurait été autrement si l'on avait retenu la possibilité de partager les deux fors en en appelant au caractère plus ou moins approprié de l'un ou de l'autre. Dans ce cas, l'appréciation même du for prioritaire, appréciation globale qui permet la prise en considération de toutes les circonstances, aurait déjà permis d'intégrer les données qui font généralement partie du contrôle de la décision étrangère.

---

s'assura du fait qu'une éventuelle décision de divorce rendue par les juridictions monégasques serait bien reconnue en Australie.

<sup>3171</sup> L'expression 'fait juridictionnel étranger' est empruntée à PH. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence. Etude de droit international privé*, thèse dactyl., Paris II, 1981, cité par H. MUIR WATT, "Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur", in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1991, 312, n° 13.

M. Holleaux insistait déjà sur cette parenté. En introduisant la communication qu'il a présenté au comité français en 1973, il soulignait que la situation de litispendance internationale "constitue une des hypothèses de contact possible entre une procédure française et une procédure étrangère" (*Travaux comité français DIP*, 1971-73, (203), 204). Il en déduisait que le "traitement que cette situation recevra [...] mérite, pour être bien interprété, d'être replacé dans l'ensemble des contacts de ce type, la question générale étant : jusqu'à quel point le système juridique français est-il disposé à reconnaître une procédure étrangère ?" (idem). V. aussi I. SZASZY, ac, Leiden, Sijthoff, 1967, 524 qui écrivait que "[...] the problems of the recognition of decisions of foreign courts and of litispendance abroad are merely facets of a by far more universal problem, viz. : what are the domestic effects of an action brought, or in progress, or already completed abroad?". Cet auteur a également esquissé une théorie générale des effets dans le for d'une procédure étrangère, pp. 529-540. M.-L. NIBOYET-HOEGY, *lc*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, (71), 73-74 va jusqu'à comparer la litispendance au rameau dépendant de l'arbre qui serait l'exception de chose jugée à l'étranger.

<sup>3172</sup> En ajoutant subsidiairement l'hypothèse de la reconnaissance d'une clause d'élection de for au profit d'un tribunal étranger, qui pourrait également constituer une hypothèse d'ouverture au fait judiciaire étranger, même si elle se fonde tout autant sur l'autonomie de la volonté que sur l'appréciation des qualités de la justice étrangère. Pour autant, l'influence qu'exerce le principe d'autonomie de la volonté ne fait pas complètement disparaître la dimension 'ouverture au fait judiciaire étranger', comme le montre le fait que le Code de procédure civile italien de 1940 déjà évoqué répudiait les clauses d'élection de for au profit des juges étrangers. Selon l'article 2, on ne pouvait déroger à la juridiction italienne en faveur d'une juridiction étrangère ou d'arbitres statuant à l'étranger, à moins qu'il ne s'agisse d'une cause relative à des obligations entre étrangers ou contre un étranger et un national non résident et non domicilié en Italie, v. L. MARMO, « La compétence internationale exorbitante et les articles 2 et 4 du Code de procédure civile italien », *N.T.I.R.*, *De conflictu Legum Bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kolleruijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, (324), 328-330 ainsi que G. MORELLI, *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milan, Giuffrè, 1961, p. 125. Il nous semble dès lors que le traitement accordé aux clauses d'élection de for étrangères peut s'analyser selon la même dialectique 'ouverture c. repli nationaliste' que la déférence internationale ou le sort des jugements étrangers.

Au contraire, la priorité du juge premier saisi ne permet pas au juge second saisi d'apprécier la légitimité de la saisine du for concurrent, ni la suite qui sera réservée à la future décision étrangère, puisqu'il doit se contenter de constater l'ordre chronologique dans lequel les tribunaux ont été saisi. Quoi de plus logique dès lors que de privilégier le rapprochement avec l'efficacité internationale de la future décision du juge premier saisi pour donner un peu plus de chair à l'examen par le juge second saisi et déterminer dans le même temps les limites de la déférence ? Cette filiation vient quasi naturellement aux juristes formés à la tradition de droit civil. M. Mayer écrivait ainsi qu'il "est normal que les conditions posées [pour l'admission de l'exception de litispendance] soient les mêmes à l'égard de la reconnaissance des jugements étrangers", dès lors qu'à l'instar de cette dernière, la litispendance "implique que la justice française renonce, au profit d'une justice étrangère, à se réaliser dans le cas concret [...]".<sup>3173</sup>

La faveur dont jouit en droit comparé le pronostic de reconnaissance, faveur qui est tellement générale que l'on a pu parler d'une "méthode" liant l'abstention au pronostic de reconnaissance,<sup>3174</sup> nous semble légitime. Il serait en effet peu judicieux d'admettre qu'un juge renvoie les parties devant un autre dont il sait pertinemment qu'il ne pourra pas mettre la décision à exécution. Va-t-on par exemple autoriser le juge belge saisi d'une demande en divorce entre deux époux belges à céder la priorité à un juge étranger parce que celui-ci a été saisi antérieurement alors que l'on sait que sa décision restera lettre morte en Belgique, mettant en péril un éventuel re-mariage de l'un des époux ? L'abstention aurait alors paradoxalement pour résultat de conduire à une situation de *matrimonium claudicans* qu'elle cherche précisément à éviter. Il faut dès lors admettre que le pronostic de reconnaissance constitue en principe une limite judicieuse de l'abstention.<sup>3175</sup>

**715. Lien entre litispendance et exception de chose jugée – Légitimité en droit conventionnel** – Le pronostic de reconnaissance, qui a les faveurs de la majorité de la doctrine,<sup>3176</sup> se comprend dans la mesure où un Etat entend s'assurer qu'un autre qui

<sup>3173</sup> P. MAYER, 1998, 286, n° 445 (nous soulignons). L. PALSSON, *l.c.*, *Scandin. Studies Law*, 1970, (59), 91 allait même plus loin puisqu'il expliquait "the principle should be retained that all conditions that are material to the recognition of foreign judgments should be taken into account also for the purpose of recognizing a foreign lis pendens".

<sup>3174</sup> M. FAWCETT en particulier oppose à l'approche 'mécanique', qui consiste pour un juge à déférer au juge premier saisi, une autre approche qui engloberait le pronostic de reconnaissance ("General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 36 e.s.).

Il paraît pour le moins réducteur de parler à propos du pronostic de reconnaissance d'une 'méthode' particulière de solutions des conflits de procédures. La distinction proposée par M. Fawcett se voulait sans doute avant tout pédagogique, visant à illustrer la possibilité d'assortir le mécanisme 'cru' de la litispendance tel qu'il fonctionne dans l'espace judiciaire européen, d'une condition supplémentaire permettant une certaine souplesse. L'existence d'un pronostic de reconnaissance ne change cependant pas la nature de la méthode, qui se fonde sur la déférence déduite de la priorité temporelle pour résoudre la concurrence de procédures. Elle vient tout au plus y apporter une correction, par ailleurs bienvenue. Dans ses critiques de l'approche ainsi dégagée, (pp. 38 e.s.) M. Fawcett vise d'ailleurs bien plutôt les difficultés nées du recours à la chronologie procédurale que celle soulevées par le pronostic de reconnaissance.

<sup>3175</sup> On ajoutera que le pronostic de reconnaissance vient parfois limiter cette autre manifestation de l'ouverture au fait judiciaire étranger que constitue la reconnaissance de l'effet dérogatoire d'une clause d'élection de for, v. par exemple l'article 6, al. 2 du projet de Code belge de dip qui subordonne le dessaisissement du juge belge à qui l'on oppose une clause en faveur d'une juridiction étrangère à la condition que la décision étrangère à venir pourra être reconnue ou exécutée en Belgique. *Comp.* avec le droit allemand où cette condition est inconnue, v. H. SCHACK, *IZVR*, 3<sup>ème</sup> éd., 200, n° 449 : « Die Derogation bleibt auch dann wirksam, wenn sich im Urteilsstaat kein vollstreckungstaugliches Vermögen befindet, oder das Urteil im Inland nicht anerkannt werden sollte » et les références citées.

<sup>3176</sup> V. p. ex. R. GEIMER, 1997, 672 ; J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 28 ; C. C. A. VOSKUIL, *l.c.*, in *De conflictu Legum. Bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kollervijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, (502), 508 et 511 ; L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 73 et 85 ; I. SZASZY, *ac.*, Leiden, Sijthoff, 1967, 525-526 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *DIP*, 6<sup>ème</sup> éd., 548, n° 459 (*MM. Loussouarn*



revendique la priorité pour ses tribunaux, est digne de confiance, c'est-à-dire que la décision à venir ne restera pas lettre morte. On peut dès lors se demander s'il est une place pour ce pronostic en droit conventionnel. Les conventions internationales de droit judiciaire visent en effet avant tout à faciliter, avec plus ou moins de fortune, la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions des Etats contractants. La libéralisation conventionnelle du régime des jugements étrangers ne sera pas sans réduire la pertinence du pronostic de reconnaissance.

C'est ce que confirme l'analyse de droit comparé, qui révèle que l'existence du pronostic de reconnaissance en droit conventionnel est fonction de la rigueur du principe de reconnaissance auquel adhèrent les Etats contractants. Ainsi, il n'est pas question de subordonner la litispendance prévue dans les conditions doubles à un quelconque pronostic de reconnaissance. On ne trouve nulle trace d'une telle exigence dans la Convention de Bruxelles, ni dans les instruments qui s'en sont inspirés. Les commentateurs s'accordent d'ailleurs avec la jurisprudence<sup>3177</sup> pour dire qu'un tel pronostic serait incompatible avec la litispendance telle qu'elle est conçue dans l'espace judiciaire européen.<sup>3178</sup> Ces conventions assurent un régime simplifié de reconnaissance et d'exécution, qui rend inutile tout examen *in concreto* des conditions de reconnaissance.<sup>3179</sup> Il n'y a dès lors plus lieu de chercher à s'assurer que le jugement à venir pourra sortir ses effets dans le for second saisi. De manière générale, la ratification d'un tel instrument emporte d'ailleurs, outre une très forte obligation de reconnaissance, l'acceptation implicite de l'égalité entre les tribunaux nationaux et dès lors l'aveu que la justice étrangère première saisie est digne de confiance.<sup>3180</sup>

---

et *Bonnel* estiment que cette condition est "légitime, car on aperçoit mal pourquoi un tribunal français se dessaisirait au profit d'une juridiction étrangère préalablement saisie, mais dont la décision n'aurait aucune chance de produire effet en France"). Mme. NIBOYET-HOEGY se demandait dans le même sens "[p]ourquoi tiendrait-on compte, en effet d'une procédure étrangère en cours, si l'aboutissement de cette procédure - le jugement étranger à intervenir - devrait rester lettre morte en France?" (*Travaux comité français D.I.P.*, 1995-96, 73). V. également G. A. L. DROZ, *ac*, *Recueil des cours*, 1991-IV, t. 229, 65, n° 53 ("S'il est probable que la décision étrangère ne sera pas reconnue, il est inutile d'attendre qu'elle soit rendue et de permettre ensuite une fois la non-reconnaissance établie, qu'un nouveau procès soit intenté dans le second pays").

Comme le note M. *Fawcett*, "There is an obvious logic in the recognition prognosis in that a foreign action can be regarded as being a premature foreign judgment" ("General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 36).

<sup>3177</sup> BGH, 8 janvier 1995, *N.J.W.*, 1995, 1758; *R.I.W.*, 1995, 413; *IPRax*, 1996, 192; [1996] *I.L.Pr.* 292; OLG Köln, 13 décembre 1990, *N.J.W.*, 1991, 1427; *R.I.W.*, 1991, 328; *IPRax*, 1992, 89; *Répertoire de Jurisprudence communautaire*, Série D, I-21 B-6.

<sup>3178</sup> P. HERZOG, "Brussels and Lugano : Should You Race to the Courthouse or Race for a Judgment?", *Am. J. Comp. L.*, 1995, 389; R. GEIMER, 1997, 674, n° 2692; H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 210, n° 291; J. KROPHOLLER, 1998, 297-298; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *ac*, Paris, Jupiter, 1985, 125, n° 219; S. ISENBERG-EPPLE, *ac*, 1992, 87-90; L. PALSSON, "Lis Pendens under the Brussels and Lugano Conventions", in *Festskrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG et al. (éds.), Iustus Forlag, Uppsala, 1997, (709), 723.

<sup>3179</sup> C'est le motif qu'invoque M. Droz pour justifier l'absence de pronostic de reconnaissance, G. A. L. DROZ, 1972, 224.

<sup>3180</sup> D'aucuns regrettent l'absence d'une condition liée à la reconnaissance du futur jugement étranger dans le régime européen, p. ex. H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 210, n° 291. V. également G. DROZ, 1972, 193-194, n° 313, qui semblait suggérer une exception à l'article 21 lorsqu'il est manifeste que l'article 28 empêchera la reconnaissance de la décision du juge premier saisi. Il est vrai que dans le système de la Convention, le juge second saisi doit donner priorité au juge premier saisi sans savoir si la décision de ce dernier pourra sortir ses effets dans le for. On peut cependant douter qu'un éventuel pronostic de reconnaissance permette de résoudre le problème. La seule difficulté éventuelle pourrait naître d'une contradiction avec l'ordre public du for; les questions de compétence indirecte ne jouant qu'un rôle fort réduit dans l'instance de reconnaissance, et lorsqu'elles sont en jeu, comme par exemple en cas de compétence exclusive d'un juge, on peut penser qu'il n'y aura pas abstention (*supra*, n° 173). Or un refus de reconnaissance tiré d'une violation de l'ordre public est imprévisible au stade de la litispendance ! Le pronostic de reconnaissance se révélerait donc être un coup dans l'eau.



716. **Lien entre litispendance et exception de chose jugée – Légitimité en droit conventionnel (suite)** – Il n'en va pas de même dans les conventions simples, qui subordonnent parfois le jeu de la litispendance à un pronostic de reconnaissance.<sup>3181</sup> Lorsque deux Etats s'engagent 'simplement', l'absence de règles de compétence communes rend plus aléatoire la reconnaissance des décisions. On comprend dès lors que certaines conventions simples ne prévoient pas de mécanisme de litispendance et que lorsqu'une telle exception est intégrée au cadre conventionnel, elle soit parfois assortie d'une condition liée à la reconnaissance de la future décision. Le caractère plus lâche de l'obligation de reconnaissance dans ces conventions fait logiquement peser une hypothèque sur la possibilité d'accepter, sans autre garde-fou, la coordination réciproque des procédures concurrentes.

La subordination des règles de litispendance prévue par les deux conventions de La Haye portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers à un même pronostic de reconnaissance s'explique selon la même logique : dans les deux cas, l'ambition universelle du texte est allée de pair avec une diminution de la confiance entre Etats contractants et une dilution de l'obligation de reconnaissance. Lorsque l'on s'engage à reconnaître les décisions émanant d'Etats situés aux quatre coins du monde, il devient plus difficile de présumer de façon irréfragable que la justice étrangère en faveur duquel le dessaisissement est demandé, remplit les conditions élémentaires d'une bonne justice, ce dont témoigne le mécanisme des accords supplémentaires mis en place pour le texte de 1971.<sup>3182</sup> L'ampleur conférée à l'impératif de reconnaissance est dès lors moindre, ce que trahit la possibilité pour le juge requis de contrôler la compétence indirecte du juge d'origine.<sup>3183</sup> On ne s'étonnera dès lors pas de lire à l'article 20 de cette Convention que l'exception de litispendance est subordonnée à la "[...] condition que cette action puisse donner lieu à une décision que les autorités du premier Etat seraient obligées de reconnaître en vertu de la Convention".

De la même manière, l'article 21 du projet de Convention de La Haye prévoit lui aussi que l'exception de litispendance ne peut être reçue que "s'il est à prévoir que ce tribunal rendra un jugement susceptible d'être reconnu en vertu de la Convention dans l'Etat du tribunal saisi en second lieu [...]". Cette condition se comprend : s'agissant d'une convention mixte à portée mondiale, le degré de confiance entre futurs Etats contractants est pour le moins réduit.<sup>3184</sup> Le juge requis conserve ainsi un important pouvoir de contrôle sur la décision étrangère, notamment à l'égard de la compétence assumée par le juge d'origine (art. 27). En outre, le projet confère un large champ d'application à l'exception de litispendance : celle-ci pourra être invoquée non seulement lorsque les deux tribunaux tirent leur compétence d'un chef de compétence 'blanc', mais également lorsque le tribunal second saisi l'est sur base de son droit national en vertu de l'article 17 (for

<sup>3181</sup> V. p.ex. l'article 12 de la Convention italo-autrichienne du 16 novembre 1971 qui prévoit expressément une condition liée au pronostic de reconnaissance ; l'article 14 *in fine* de la convention italo-belge du 6 avril 1962 ainsi que l'article 10 - 1 de la convention belgo-suisse du 29 avril 1959 qui, *in fine*, dispose que la litispendance nécessite que la future décision puisse être reconnue dans l'autre Etat. D'autres conventions comportent une exigence, somme toute assez évidente, portant sur la compétence du juge premier saisi.

<sup>3182</sup> Selon l'article 21 de la convention, "Les décisions rendues dans un Etat contractant ne seront reconnues ou déclarées exécutoires dans un autre Etat contractant conformément aux dispositions des articles précédents, que si ces deux Etats après être devenus Parties à la Convention en sont ainsi convenus par accord complémentaire". La nécessité de conclure de tel accord a sans doute hypothéqué le succès de la Convention.

<sup>3183</sup> Art. 4(1) et 10 de la Convention.

<sup>3184</sup> Les derniers projets font d'ailleurs état d'une obligation de 'bilatéraliser' la convention, comme c'était déjà le cas en 1971. V. les différentes versions de l'article 42 du projet de Convention tel qu'arrêté en juin 2001.

gris).<sup>3185</sup> Dans ces conditions, on comprend que le juge second saisi soit autorisé à se prévaloir du défaut d'efficacité internationale de la future décision étrangère pour refuser de faire droit à l'exception de litispendance.

**717. Lien entre litispendance et exception de chose jugée (fin)** - En dehors du cadre particulier du droit conventionnel, la présomption de reconnaissance - et dès lors d'équivalence des justices nationales - ne se vérifie plus. Il importe alors de prévoir la possibilité pour le juge de l'abstention d'examiner si la future décision étrangère pourra effectivement être reconnue.

S'il paraît judicieux en principe de s'inspirer du régime des jugements étrangers, et plus particulièrement de l'exception de chose jugée étrangère, pour cerner les limites de la coordination internationale, encore faut-il s'entendre sur le rôle des conditions liées à la reconnaissance de la future décision étrangère. Il y a lieu d'examiner maintenant de quelle manière le régime des jugements étrangers peut limiter la priorité du juge premier saisi.

## 2. LE PRONOSTIC DE RECONNAISSANCE COMME EXPRESSION DU LIEN ENTRE LITISPENDANCE ET RÉGIME DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

**718. Introduction** - Comme l'expliquait M. *Holleaux*, "si l'accueil de l'exception [de litispendance] implique une reconnaissance de la procédure étrangère en cours, il n'est pas surprenant qu'on la subordonne aux conditions de reconnaissance de la procédure étrangère achevée".<sup>3186</sup>

On a déjà expliqué que cette subordination, qui prend la plupart du temps la forme d'un pronostic de la reconnaissance permettant au juge second saisi de refuser de s'incliner devant la saisine antérieure du tribunal concurrent dès lors qu'il apparaît que le premier ne reconnaîtra pas la décision à venir du second, constitue un tempérament judicieux et justifié à la priorité temporelle comme principe de solution des conflits de procédures. Il importe maintenant d'examiner quelle doit être la portée exacte de ce pronostic.

**719. Limites du pronostic de reconnaissance liées au caractère anticipé de l'appréciation par le juge second saisi** - Dès lors que l'on accepte la légitimité du pronostic de reconnaissance comme limite à la priorité du juge premier saisi, on invitera le juge second saisi à se reporter à la théorie de l'efficacité internationales des jugements étrangers pour vérifier que la priorité du juge premier saisi est légitime. Entre la reconnaissance d'une décision étrangère et la déférence à l'égard d'une procédure encore en cours, il est toutefois une différence importante, qui tient au *moment* auquel le juge du for apprécie la justice rendue au nom du souverain étranger. Dans un cas, il s'agit d'examiner une décision prononcée, au terme d'une procédure achevée, sur le cours de laquelle on dispose des informations nécessaires à l'évaluation; dans l'autre l'exercice est *prospectif*, puisque l'examen porte sur une procédure en cours.

Cette différence impose d'aménager quelque peu la portée du pronostic de reconnaissance, qui ne peut constituer la copie aveugle de l'examen par le juge requis

<sup>3185</sup> Le quatrième paragraphe de la disposition prévoit en effet que "Les dispositions des paragraphes précédents s'appliquent au tribunal saisi en second lieu même si sa compétence est fondée sur le droit national de cet Etat conformément à l'article 17".

<sup>3186</sup> D. HOLLEAUX, *l.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1971-73, 215.

d'une décision étrangère. On peut ainsi d'emblée éliminer certaines des conditions auxquelles est traditionnellement subordonnée la reconnaissance d'une décision étrangère et qui sont manifestement inadaptées à la situation des procédures concurrentes encore pendantes – on pense par exemple aux conditions touchant à la décision même, particulièrement la production d'une copie authentique de la décision, mais également à son caractère exécutoire. Il en va de même des conditions portant sur les conflits de procédures, comme par exemple le motif de refus de reconnaissance tiré de l'inconciliabilité de la décision étrangère avec une décision rendue dans le for (*supra*, n° 358). S'agissant de l'appréciation d'une demande d'abstention, l'heure n'est pas encore venue de se préoccuper d'une éventuelle contradiction de décisions.

Voilà qui permet de mieux circonscrire l'effort de pronostic auquel doit se livrer le juge second saisi. Il est une autre difficulté liée au caractère anticipé de l'appréciation par le juge second saisi qu'il faut maintenant examiner.

**720. Limites du pronostic de reconnaissance liées au caractère anticipé de l'appréciation par le juge second saisi (suite) - Difficultés du pronostic de reconnaissance** – Même débarrassée de certaines conditions foncièrement inadaptées, l'appréciation par le juge second saisi de l'efficacité internationale probable de la future décision étrangère peut se révéler pour le moins difficile. Ce n'est pas en effet le moindre des paradoxes de l'exception de litispendance, telle qu'on la conçoit classiquement, que d'imposer au for second saisi de s'interroger sur le potentiel extraterritorial d'une décision encore en gestation! Il lui faudrait par exemple vérifier la compatibilité de cette future décision avec son ordre public, tâche dont on mesure aisément la difficulté.

Celle-ci a été soulignée à maintes reprises, certains comparant même l'office du juge à de la "divination".<sup>3187</sup> Dans sa 'croisade' contre le déclinatoire de litispendance internationale, M. Schütze a même pris appui sur ces difficultés pour dénoncer l'institution de la litispendance en général. En exigeant du juge qu'il se penche sur une décision future, on ferait de lui un "voyant", ce qui montre, selon M. Schütze, qu'il est peu judicieux d'étendre l'exception de litispendance aux espèces internationales.<sup>3188</sup>

Dans une décision rendue en 1989, un tribunal japonais s'est inspiré de ce raisonnement pour rejeter, *in concreto*, une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure américaine concurrente.<sup>3189</sup> En l'espèce, une entreprise japonaise, assignée aux

<sup>3187</sup> I. FADLALLAH, note sous TGI Paris, 7 juillet 1976, *R.C.D.I.P.*, 1977, (729), 734. La doctrine souligne unanimement la difficulté de l'exercice : P. NYGH, paper IIA précité, 18; A. HUET, *Juris-dasson*, no. 34 (qui parle d'un "exercice délicat"); J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction* 39; N. TROCKER, "Italy", in *Declining Jurisdiction*, 286; MM. HOLLEAUX, FOYER et DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 1987, 369, n° 777 ("d'une application délicate"); F. RIGAUX, "L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé", note sous Cass., 4 mai 1972, *R.C.J.B.*, 1973, 241 et idem, "Les dernières conventions sur l'efficacité internationale des jugements et des actes publics conclues par la Belgique", *J.T.*, 1961, 197-207, n° 7 (ce contrôle est impraticable, sauf pour ce qui est de la compétence de l'autre juge); R. GEIMER, 1997, 681, n° 2717 ("viele praktische Rechtsanwendungsprobleme").

<sup>3188</sup> V. parmi les nombreux écrits de l'auteur sur le thème, R. SCHÜTZE, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RabelsZ.*, 1967, (233), 245-247; "Die Wirkung ausländischer Rechtshängigkeit in inländischen Verfahren", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1991, 136-149 ("Eine Anerkennungsprognose ist regelmässig unmöglich. Der Richter müsste hellseherische Fähigkeiten haben ..."); *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, de Gruyter, 1985, 175-178 ("Jedes Anerkennungsprognose ist ein reines Ratespiel", p. 177. M. Schütze ajoutait que le pronostic est "unpraktikabel", "regelmäßig unmöglich" et que "Richter sind keine Hellseher", p. 177). Cet auteur a toujours contesté l'accueil de la litispendance internationale, et préconise d'ignorer la situation de litispendance. Sur cette attitude : W. HAU 114, A. BURCKHARDT, a.c., Heidelberg, 1997, 43-45 et surtout R. GEIMER, 673, n° 2689.

<sup>3189</sup> Affaire *Gould*: Trib. Tokyo, 30 mai 1989, résumé et commenté in *J.D.I.*, 1995, 403-405 et commenté par M. DOGAUCHI, "Concurrent Litigation...", *Jap. Am. Int'l L.*, 1994, 72-75 et 89-92 et du même, "Parallele Verfahren

Etats-Unis par un concurrent qui lui reprochait d'avoir fait main basse sur plusieurs secrets industriels, demandait aux juges japonais de constater qu'elle ne pouvait être tenue responsable des faits dont elle était accusée. Le concurrent s'opposa à cette seconde procédure au nom de la litispendance internationale. Tout en reprenant l'argument traditionnellement opposé à la litispendance internationale en droit japonais, à savoir celui de l'inapplicabilité de l'article 142 du CPC aux litiges internationaux,<sup>3190</sup> le tribunal déduisit de l'article 200 du même Code que le juge japonais pouvait rejeter une demande dont avait déjà été saisi un juge étranger, pour autant qu'il soit possible de prédire que la décision de ce dernier puisse sortir ses effets au Japon.

Une fois ce généreux principe posé, le tribunal se montra toutefois très strict dans son application : pour rejeter le déclinatoire de litispendance, il estima en effet qu'il était impossible de poser un pronostic raisonnable quant à la reconnaissance d'une future décision américaine, et en particulier d'examiner la condition liée à l'ordre public japonais, puisque la procédure américaine était toujours en cours. Comme on l'a souligné, le tribunal a ainsi placé la barre du pronostic de reconnaissance très haut.<sup>3191</sup> Cette décision qui applique le pronostic dans toute sa logique, ne laisse que peu de place à la coordination des procédures concurrentes.<sup>3192</sup>

---

im Japan und den USA", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, 1994, (163), 164-166 et 179-181. Comp. avec la décision du tribunal d'Osaka du 14 octobre 1974 dans l'affaire *Deutsch*, citée et commentée par T. SAWAKI, "Battle of Lawsuits : Lis Pendens in International Relations", *Jap. Ann. Int'l L.*, 1979-80, 17-18, qui refuse de tenir compte de la saisine préalable du juge américain.

<sup>3190</sup> Les tribunaux japonais rejettent classiquement l'application de l'article 142 (anciennement 231) du Code de Procédure Civile, qui prévoit une règle de litispendance, aux litiges internationaux, v. les décisions citées par T. SAWAKI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1979-80, (17), 19-20 et M. DOGAUCHI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1994, 87-88. Ainsi, le tribunal d'Osaka a-t-il décidé en 1973 d'ignorer l'action en cours devant un tribunal étranger en arguant que l'article 231 du Code de Procédure Civile ne visait que les litiges portés à la connaissance des tribunaux japonais : Trib. Osaka, 9 octobre 1973, cité dans *J.D.I.*, 1995, 404. V. également Trib. Tokyo, 27 mai 1965, *Jap. Annual Int'l Law*, 1968, 197 et Trib. Tokyo, 23 décembre 1955, *Jap. Annual Int'l L.*, 1958, 138 (action au Japon du gouvernement Taiwanais désireux d'obtenir d'une entreprise japonaise le remoursement d'un prêt, alors que ce même gouvernement avait déjà actionné la caution devant les tribunaux de Taïwan).

<sup>3191</sup> M. DOGAUCHI, *l.c.*, in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, (163), 173-176; Y. FURUTA, "International Parallel Litigation. Disposition of Duplicative Civil Proceedings in Japan and the U.S.", *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, (1), 50-52. La sévérité du raisonnement suivi s'expliquait sans doute par l'absence en droit japonais de toute possibilité de surseoir à statuer. Le juge qui veut déférer à un tribunal étranger n'a d'autre choix que de se dessaisir. L'article 130 (anciennement 220) du CCP n'autorise en effet le sursis à statuer qu'en cas de force majeure qui met le tribunal dans l'impossibilité de remplir ses fonctions : H. KOBAYASHI et Y. FURUTA, "Products Liability Act and Transnational Litigation in Japan", *Texas Int'l L.J.*, 1999, (93), 112. Le caractère inévitable du dessaisissement, une décision aux conséquences importantes, explique la rigueur avec laquelle le pronostic de reconnaissance est appliqué.

<sup>3192</sup> Les attendus de la Cour sont également intéressants dès lors qu'il révèlent les hésitations des juges sur l'accueil de l'exception de litispendance internationale en général : après avoir refusé l'application de l'exception de litispendance interne, les juges ont noté que la communauté internationale est constituée d'Etats indépendants et qu'il n'existe pas de principes généralement acceptés permettant de répartir les litiges. Ils soulignèrent toutefois qu'il ne serait pas raisonnable de rester absolument indifférent face à la concurrence de procédures, d'autant plus que les opérations de commerce ne sont pas limitées au territoire d'un Etat. La Cour en déduisit sans surprise la nécessité de prévenir les conflits de procédure du souci d'éviter les conflits de décisions et du principe de l'économie de procédures (Attendus reproduits par H. KOBAYASHI et Y. FURUTA, *l.c.*, *Texas Int'l L. J.*, 1999, (93), 109-110). En général sur le traitement des procédures concurrentes en droit japonais, v. M. DOGAUCHI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1994, 86-92 et du même l'étude précitée parue in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, 1994, (163), 176-181 ; Y. FURUTA, *l.c.*, *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, (1), 25-27 et 48-56 ainsi que T. SAWAKI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1979-80, (17), 19-21. Si la litispendance internationale n'a pas encore été pleinement acceptée en droit japonais, certaines décisions ont toutefois laissé la porte ouverte à une coordination des procédures concurrentes. Pour ce faire, les tribunaux en appellent généralement, comme ce fut le cas dans l'affaire *Gould*, au souci d'éviter les conflits de décisions et au principe de l'économie de procédures. Le raisonnement suivi ressemble alors fort à une exception de litispendance. D'autres tribunaux empruntent une autre voie pour aboutir à un résultat similaire. Plutôt que de raccrocher l'abstention au régime des jugements étrangers, le tribunal de Tokyo (Trib. Tokyo, 15 février 1984, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1985, 243 et les commentaires de M. DOGAUCHI, *l.c.*, *Jap. Ann. Int'l L.*, 1994, 88-89) a ainsi préféré profiter de l'exception de for non approprié qui est apparue dans la jurisprudence à partir des années 1980 (Sur ce développement, v. M.

721. **Difficultés du pronostic de reconnaissance et modalisation de l'effet de la litispendance** - En réalité, comme la doctrine l'a montré, l'exercice ne tient de la gageure que si l'on s'en tient, comme le tribunal de Tokyo, à une conception *stricte* du pronostic, tout entier soumis aux exigences posées pour la reconnaissance d'un jugement étranger. Il se révélera en effet difficile de vérifier, avant que le juge étranger ne se soit prononcé, les conditions liées au contenu du jugement étranger, comme par exemple le respect des droits de la défense au cours de la procédure étrangère ou encore l'absence de violation de l'ordre public. Au contraire, la vérification des conditions qui tiennent à la mise en branle de la procédure étrangère, à savoir la réalité et la loyauté de l'assignation du défendeur d'une part, et la compétence indirecte du juge étranger d'autre part, ne soulève pas plus de difficulté que dans le contexte de la reconnaissance d'un jugement étranger déjà prononcé.<sup>3193</sup> Le for de l'abstention disposera au stade de l'exception, de toutes les données nécessaires pour examiner ces derniers éléments.

L'incertitude<sup>3194</sup> qui subsiste quant aux conditions proprement *matérielles* du pronostic, n'est en réalité pas réshibitoire. Pour contourner l'obstacle, il suffit de modaliser le jeu de l'exception : dans un premier temps, une fois vérifiées les conditions se rapportant à l'introduction de la demande devant le juge étranger, le juge second saisi pourrait *surseoir à*

---

DOGAUCHI, *l.c.*, *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tübingen, Mohr, 1994, 173-176; Y. FURUTA, *l.c.*, *Pacific Rim L. Policy J.*, 1995, 29-32; A. NUYS, 154, n° 139). En l'espèce, une personne avait fait saisir le solde d'un compte en banque dont était titulaire la société aux destinées de laquelle présidait son mari. Malgré cette saisie, le mari parvint à transférer une partie de ses avoirs vers un autre compte. Après que la banque se vu obligée d'indemniser l'épouse, elle se retourna contre le mari et fit saisir un navire lui appartenant. Le mari répliqua en attaquant la banque devant les tribunaux californiens et japonais pour le dommage économique que lui avait causé cette saisie. Le tribunal constata d'abord qu'il était compétent parce que la banque possédait une succursale au Japon. Il refusa cependant d'exercer cette compétence en indiquant que les tribunaux de Californie étaient mieux placés pour statuer sur le litige. Outre la plus grande proximité de ce tribunal avec les moyens de preuve, le tribunal justifia cette décision en soulignant le risque d'une contradiction de décisions ainsi que les inconvénients que ferait peser sur le défendeur la concurrence de procédures. D'autres décisions se sont penchées sur le problème des procédures concurrentes dans le cadre de la clause d'exception à la compétence (cf. les décisions citées par Y. FURUTA, *l.c.*, 32-34, notamment Tokyo District Court, 19 juin 1989, *Japanese Annual Int'l Law*, 1990, 202 - la Cour considère la possibilité d'un dessaisissement pour cause de 'circonstances exceptionnelles', mais rejete l'exception en notant l'existence de liens substantiels entre le litige et le Japon et l'absence d'injustice dans le chef du défendeur si la procédure japonaise se poursuit au Japon - et Tokyo District Court, 29 janvier 1991, *Japanese Annual Int'l Law*, 1992, 171 - le litige portait sur une question de responsabilité du fait des produits, un consommateur américain ayant actionné une entreprise japonaise et son distributeur devant les tribunaux de Los Angeles. Le fabricant sollicita des tribunaux japonais une déclaration l'exonérant de toute responsabilité. Le tribunal fit droit à une exception de for approprié et se dessaisit, en notant entre autre que le tribunal américain avait été saisi en premier, que la procédure de discovery était achevée et que si les deux procédures se poursuivaient, un conflit de jugements s'en suivrait (Jap. Annual, 174-175)). On a pu écrire que cette dernière approche constituait la méthode préférée pour résoudre les conflits de procédure en droit japonais. H. KOBAYASHI et Y. FURUTA, *l.c.*, *Texas Int'l L. J.*, 1999, (93), 110. Pour la situation dans les autres pays asiatiques, v. les contributions rassemblées par M. PRYLES (éd.), *Dispute Resolution in Asia*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 324 p. et notamment pp. 75 e.s. pour la Chine, pp. 268 e.s., pour la Thaïlande et p. 302 e.s. pour le Vietnam. Pour le droit coréen, v. D. F. R. STILLER, *Das internationale Zivilprozessrecht der Republik Korea*, Tübingen, Mohr, 1989, 202-203; pour le droit chinois, v. H. VON SENGER et X. GUOJIAN, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht des Volksrepublik China*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, 506-507. Adde H. ZHENJIE, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in China : Rules, Interpretation and Practice", *N.I.L.R.*, 1999, (291), 304 ainsi que H. ZHENJIE, "International Jurisdiction of Chinese Courts in Contractual Matters : Rules, Interpretation and Practice", *N.I.L.R.*, 1999, (205), 224.

<sup>3193</sup> A. HUET, *Juris-dasseur*, Fasc. 581-43, n° 34; P. VOLKEN, *IPRG-Kommentar...*, Zürich, Schulthess, 1993, 77-78; H. SCHACK, 1996, 296, n° 755; D. HOLLEAUX, "La litispendance internationale", *Travaux comité français DIP*, 1971-73, 216-217.

<sup>3194</sup> M. Holleaux soulignait que l'incertitude quant à l'examen de régularité n'était pas le propre de l'exception de litispendance. Il expliquait à juste titre que "même en présence d'un jugement étranger, il arrive que le juge se heurte au manque de renseignements" : D. HOLLEAUX, *l.c.*, *Travaux comité français DIP*, 1971-73, 216-217.

*statuer*. Le dessaisissement n'interviendrait qu'une fois le juge premier saisi s'est prononcé, ce qui permettra la vérification des autres conditions sur base de la décision.<sup>3195</sup>

**722. Difficultés de l'appréciation anticipée et portée du pronostic de reconnaissance** - La modalisation des effets de l'abstention permet d'éviter la difficulté liée au caractère 'divinatoire' du pronostic. Elle a été adoptée de façon générale, notamment dans les différentes codifications déjà évoquées.<sup>3196</sup> Le sursis à statuer a ainsi été élevé au rang de conséquence *normale* de l'abstention. Ce faisant, le pronostic de reconnaissance change déjà de visage : coupé en deux, il ne vise plus dans sa première partie à s'assurer intégralement de la possibilité de donner effet à la future décision étrangère. Sa portée est réduite à une première appréciation de principe sur la qualité et la légitimité de l'instance étrangère.

Pour pallier la difficulté liée au caractère anticipatif de l'appréciation, la jurisprudence de certains pays été encore plus loin. En Allemagne et en Suisse, les tribunaux ont en effet réduit la portée du pronostic de reconnaissance pour le transformer en une appréciation globale qui s'accommode mieux du caractère encore précaire de la procédure étrangère objet de l'appréciation. La Cour fédérale allemande a ainsi décidé dans une affaire tranchée en 1957 que l'exception de litispendance devait être accueillie "pour autant qu'il n'apparaisse pas avec une probabilité voisine de la certitude que le futur jugement ne pourra pas être reconnu sur base du § 328 ZPO ou de l'article 30 du EGBGB".<sup>3197</sup> En d'autres termes, il appartient à la partie qui s'oppose au déclinatoire de litispendance de démontrer que selon toute probabilité le futur jugement étranger sera affecté d'un défaut le privant de toute efficacité internationale.<sup>3198</sup>

La charge de la preuve s'en trouve renversée, ainsi que la portée même de la condition.<sup>3199</sup> D'un pronostic de reconnaissance on est ainsi passé à une obligation pour le défendeur de montrer que la reconnaissance est exclue. Les commentateurs expliquent à la suite de

<sup>3195</sup> M. *Holleaux* proposait ainsi de modaliser les effets procéduraux de la litispendance « suivant le plus ou moins haut degré de certitude du pronostic » (*l.c.*, *Travaux comité français. DIP*, 1971-73, 218. Dans le même sens : W. HABSCHIED, *l.c.*, *RabelsZ.*, 1967, 266-269 (l'auteur suggérait de s'inspirer de l'article 148 du ZPO qui prévoit le sursis à statuer en cas de question préjudicielle); L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S.L.*, 970, (59), 92, note 2 ; P. NYGH, Paper ILA Committee, 18 (cet auteur proposait de moduler les conséquences de la litispendance en fonction de la probabilité de reconnaissance : si la reconnaissance ne fait pas de doute, le juge peut se dessaisir, si elle est incertaine, alors il est préférable qu'il suspende temporairement la procédure).

<sup>3196</sup> Selon l'article 14 du projet, le juge belge second saisi doit dans un premier temps surseoir à statuer, après avoir vérifié les conditions du pronostic de reconnaissance. Ce n'est que lorsque le juge étranger s'est prononcé, et que sa décision remplit les conditions nécessaires à sa reconnaissance qu'il se dessaisit. V. également le troisième paragraphe de l'article 9 de la loi fédérale suisse de dip.

<sup>3197</sup> BGH, 2 octobre 1957, *NJ.W.*, 103, 103 : "Solange aber nicht mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit der Erlaß eines Urteil zu erwarten ist, das auf Grund des § 328 ZPO oder Art. 30 EGBGB nicht anerkannt werden könnte, muß die Rechtshängigkeit [...] beachtet werden".

<sup>3198</sup> La compétence exclusive des ministères de la justice des Landers pour se prononcer sur la reconnaissance des décisions étrangères de divorce (v. le § 7, 1 *FamRändG.* déjà cité) n'empêche pas les tribunaux allemands de se prononcer sur la reconnaissance éventuelle d'un futur jugement lorsque la question se pose dans le cadre d'une exception de litispendance. La jurisprudence estime que l'article 7 ne trouve application que lorsque la décision étrangère a déjà été rendue : BGH, 26 janvier 1984, *IPRax*, 1984, 152 ; BGH, 18 mars 1987, *IPRax*, 1989, 104 et D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Verlag für Standesamtswesen, 149-150 ainsi que U. SPELLENBERG, *Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen*, 1997, 198-199, n° 454. V. aussi BGH, 26 janvier 1983, *IPRspr.*, 1983, n° 165, (424), 426.

<sup>3199</sup> La décision du BGH s'explique peut être par les circonstances particulières de la cause, s'agissant d'une procédure concurrente engagée en Allemagne de l'Est. Le BGH évoquait d'ailleurs le caractère "interzonal" de l'espèce. Il reste que les commentateurs accordent un portée générale à cette décision, v. B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 301 ; K. WÄHLER, "Westdeutschen Rechtsprechung internationalen Verfahrensrecht (1954-64)", *J.D.I.*, 1965, (137), 142.

cette décision qu'en cas de doute, il faudrait présumer que le pronostic s'avère positif.<sup>3200</sup> Le tribunal fédéral suisse a même été plus loin puisqu'il a décidé qu'il fallait accepter l'exception de litispendance "chaque fois que l'on ne peut raisonnablement exclure que la procédure pendante entre les mêmes parties à l'étranger débouche [...] sur une décision susceptible d'être reconnue en Suisse".<sup>3201</sup> Et le tribunal d'ajouter que la litispendance ne pourra être refusée que dès lors qu'il n'y a "aucune chance" d'obtenir la reconnaissance. La charge de la preuve s'en trouve renversée, il appartient au demandeur s'opposant à l'exception de "démontrer que l'on peut exclure, avec une vraisemblance confinante à la certitude, que la juridiction [étrangère] puisse rendre, dans un délai convenable, une décision susceptible d'être reconnue en Suisse". A la suite de cette jurisprudence, les tribunaux ont considérablement allégé la tâche du demandeur sur l'exception.<sup>3202</sup>

**723. Portée véritable du pronostic de reconnaissance** - Comme le montrent ces décisions, les tribunaux ne se sont pas contentés d'incorporer dans le pronostic de reconnaissance toutes les conditions posées à l'effet dans le for d'une décision étrangère. Au fil des décisions, le pronostic de reconnaissance a au contraire acquis une portée et un contenu qui lui est propre. Tel qu'il est conçu en droit suisse ou allemand, ce pronostic n'a que peu de ressemblance avec le contrôle auquel le juge requis devra procéder lorsqu'il est confronté à un jugement étranger. Aux multiples conditions posées pour la reconnaissance et l'exécution d'un tel jugement, les tribunaux ont substitué une appréciation *globale* qui invite le for second saisi à s'enquérir de la qualité de la justice étrangère, sans se tenir strictement aux conditions classiques de la théorie des effets des jugements étrangers.

Cette réduction de l'envergure du pronostic de reconnaissance se comprend au vu des difficultés pratiques d'une appréciation anticipée de l'efficacité internationale de la future décision étrangère. Elle permet également d'apercevoir la portée véritable du pronostic de reconnaissance. Tel qu'il est envisagé par les jurisprudences allemande et suisse, ce pronostic ne vise en effet pas seulement à s'assurer que la future décision du for étranger pourra être mise à exécution dans le for de l'abstention, mais également que la justice

<sup>3200</sup> R. GEIMER, 1997, n° 2719; H. SCHACK, 1996, 296, n° 755 et l'auteur explique également que "Ein Wahrscheinlichkeitsurteil genügt durchaus [...]"] puisque la litispendance ne conduit qu'à un sursis et non à un dessaisissement (296, n° 764). V. les nuances apportées par W. J. HABSCHEID, *l.c.*, *RebelsZ.*, 1967, 265-266 (qui propose de distinguer selon la nature des motifs de refus prévus par le § 328) et E. SCHUMANN, "Internationale Rechtshängigkeit (Streitanhängigkeit)", *Festschrift für Wifried Kralik zum 65. Geburtstag. Verfahrensrecht - Privatrecht*, W. RECHBERGER et al. (éds.), Vienne, Manzsche Verlag, 1986, (301), 309. Selon MM. Nagel et Gottwald, (*ac.*, 1997, 207, n° 76), le juge peut se contenter d'une « prima facie Prüfung ».

<sup>3201</sup> TF, 18 février 1992, ATF 118 II 188, 191; *Sem. Jun.*, 1992, 405. Sous l'ancien régime au contraire, le même Tribunal avait plus frileusement décidé que l'exception de litispendance n'était recevable que s'il était quasi-certain que le jugement rendu à l'étranger serait exécutoire et susceptible de reconnaissance en Suisse (ATF 114 II 83). Mme. *Wüttschlager* plaide pour une solution qui fait du défaut de reconnaissance la solution (1994, 126-128).

<sup>3202</sup> P. ex. la décision de la Cour d'Appel de Zürich, ZR, 1990, n° 87, citée par P. M. PATOCCHI et E. GEISINGER, *Code de droit international privé suisse annoté*, Lausanne, Payot, 1995, 97, selon laquelle une décision pouvant être reconnue en Suisse ne signifie guère que le juge saisi doit avoir la certitude que la décision étrangère pourra être reconnue; la vraisemblance de l'aptitude du jugement étranger à être reconnu suffit et le tribunal suisse doit juger ce point avec prudence, compte tenu du fait que d'éventuels défauts entachant le jugement étranger peuvent être rectifiés dans une procédure d'appel à l'étranger, notamment d'éventuelles erreurs en matière de notification. La doctrine en a également déduit qu'en cas de doute, il faut partir de l'idée que le jugement étranger pourra être reconnu en Suisse, I. SCHWANDER, "Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al. (éds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, (395), 412.



étrangère à laquelle on confie le soin de trancher le litige, est en mesure de s'acquitter honorablement de cette mission.<sup>3203</sup>

Cette réduction de la portée du pronostic de reconnaissance doit être approuvée. Il est en effet pour le moins réducteur de concevoir les limites de la priorité temporelle en se fondant uniquement sur la possibilité d'accorder effet à une future décision du juge premier saisi. L'expression même de 'pronostic de reconnaissance' (*'Anerkennungsprognose'*) laisse entendre que la future décision étrangère devra nécessairement pouvoir s'insérer dans le for second saisi. Il est toutefois des situations dans lesquelles la partie victorieuse n'éprouvera nul besoin d'obtenir la reconnaissance de la décision étrangère dans ce for. Ce sera par exemple le cas lorsque le for étranger prononce une décision accordant à une partie une somme d'argent, que le créancier du jugement pourra trouver dans le for ou dans un for tiers. Dans ce cas, la décision étrangère ne prétendra à aucun effet dans le for de l'abstention, si ce n'est pour témoigner du fait qu'il a été mis fin au litige.

De plus, tout miser sur un examen de l'effet extraterritorial potentiel de la future décision aboutirait à privilégier un seul des deux principes fondateurs de cette étude, à savoir le souci d'éviter la contradiction de jugements, au détriment de l'économie de procédures. Une règle d'abstention subordonnée à un pronostic de reconnaissance pourrait laisser se poursuivre des procédures concurrentes lorsque la situation ne fait apparaître aucun risque de décisions contradictoires, par exemple parce que le for second saisi restera imperméable à la décision étrangère. Ce serait faire peu de cas du principe d'économie de procédures que mettrait à mal la poursuite des procédures concurrentes. M. Fawcett avait déjà aperçu le problème, lorsqu'il observait que faire dépendre la règle de litispendance d'un pronostic de reconnaissance n'est acceptable que si "on conçoit les dangers des procédures concurrentes uniquement en termes de risque de décisions contradictoires".<sup>3204</sup>

**724. Portée véritable du pronostic de reconnaissance (suite)** – Le pronostic de reconnaissance doit sans doute être conçu de manière assez large, non pas pour vérifier exclusivement la possibilité d'une exécution de la future décision étrangère, mais de façon plus générale pour garantir que le litige confié au juge étranger est en de bonnes mains.<sup>3205</sup>

<sup>3203</sup> C'est ce qu'observe M. Nuyts, qui remarque très justement que "le dessaisissement d'un juge normalement compétent en faveur d'un juge étranger est fondé sur une présomption d'équivalence entre la justice étrangère et la justice du for, qui n'est plus rencontrée lorsque la décision étrangère n'est pas susceptible d'être reconnue dans le for" (A. NUYTS, p. 326, n° 353). Dans le même sens H. SCHACK, 1996, 295, n° 754, qui écrit que "Vom Rechtsschutzziel her gleichwertig ist das ausländische dem inländischen Verfahren femer nur dann, wenn da zu erwartende Urteil im Inland anerkennungsfähig ist". On pourrait même dire que le pronostic de reconnaissance n'intervient que comme raccourci pour évaluer la justice étrangère.

<sup>3204</sup> J. J. FAWCETT, "General Report", in *Declining Jurisdiction*, 38 : "The recognition prognosis method is only suitable fore dealing with *lis pendens* if the evils of parallel proceedings are seen solely in terms of the risk of irreconcilable judgments".

<sup>3205</sup> Une fois le pronostic de reconnaissance ainsi 'reconstruit', il reste à s'interroger sur d'éventuelles difficultés de mise à exécution de la décision étrangère. Celles-ci seront purement résiduelles, puisque les conditions retenues au titre du jugement d'équivalence garantiront que la future décision étrangère pourra s'insérer sans problème dans l'ordre juridique du for de l'abstention. La seule difficulté que cette opération pourrait présenter viendrait de circonstances proprement matérielles de la cause, et en particulier de la localisation du patrimoine du débiteur (probable) du jugement. On ne peut en effet exclure que le for de l'abstention constitue le centre de localisation de ce patrimoine. Un 'transfert' par le biais de la coordination obligerait alors le futur créancier du jugement à revenir une fois celui-ci prononcé, dans le for de l'abstention pour y demander l'exécution, si nécessaire en sollicitant l'exequatur de la décision. Doit-on pour autant paralyser la coordination dans ce cas, et tolérer ainsi la poursuite de deux procédures concurrentes? Entre l'accueil et le rejet pur et simple de la coordination, il existe sans doute une voie médiane. La pratique des tribunaux anglais et américains révèle en effet qu'il est possible d'envisager une coordination *conditionnée*, le for de l'abstention subordonnant le renvoi du litige au respect de certaines conditions. C'est la technique bien connue des 'undertakings', qui permettent de modaliser la décision du juge selon les circonstances particulières de la cause. On pourrait dès lors s'inspirer de la pratique anglaise, qui



Ainsi définie, la condition du pronostic de reconnaissance ne constitue plus la copie pure et simple des exigences posées à la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. L'emprunt à la théorie des jugements étrangers doit se faire de façon intelligente. Il faudra pour chacune des conditions traditionnelles de cette théorie se demander si elle est pertinente s'agissant d'examiner la revendication à la priorité exprimée par le tribunal premier saisi.

\* \*  
\*

---

permet une décision beaucoup plus fine en subordonnant le sursis à statuer au respect de certaines conditions, qui prennent la forme d'autant d'engagements ('undertakings) du demandeur sur l'exception, v. A. NUYTS, p. 371, n° 345 et p. 375, n° 348. Il serait en effet regrettable que des difficultés prévisibles portant sur l'exécution d'une future décision fassent échouer l'abstention et permettent ainsi le maintien de deux procédures concurrentes.

## B. Les éléments du pronostic de reconnaissance

**725. Introduction** – La section précédente a permis d'expliquer qu'il était sans doute préférable de substituer à un pronostic de reconnaissance compris de manière littérale, une appréciation fondée sur l'idée qu'équivalence entre justice du for et justice étrangère. Il reste à s'interroger sur la traduction concrète de cette exigence d'équivalence, formule noble mais pour le moins vague. On ne peut à notre sens se contenter d'une appréciation globale qui reposerait toute entière sur une analyse d'ensemble de la procédure étrangère en devenir. Ce serait laisser trop de place à la subjectivité de chaque juge et mettre en péril la sécurité juridique.

Pour s'assurer que la justice étrangère est digne de confiance, il semble de bonne politique de s'inspirer des conditions posées à l'efficacité internationale des jugements. On ne saurait sans autre forme de procès faire abstraction de ces conditions, la parenté entre la litispendance et l'exception de chose jugée étant trop forte. La différence entre les deux institutions, qui tient au degré d'effacement du for, plus prononcé dans un cas que dans un autre, obligera cependant à quelques aménagements. Il est exclu de reprendre ces conditions telles qu'on les pense dans la théorie des jugements étrangers.

A la réflexion, deux éléments nous semblent devoir former la base d'une interrogation permettant au for second saisi de laisser partir le litige vers le juge étranger l'esprit tranquille. Il y a d'une part l'examen de la *compétence* du for étranger, élément incontournable de toute ouverture au fait judiciaire étranger.<sup>3206</sup> D'autre part, on ne pourra éviter le traditionnel *ordre public*, qui signale les limites de l'ouverture du for de l'abstention. Ces conditions nous paraissent former le socle de base du jugement d'équivalence.<sup>3207</sup> Dans le même temps, elles constitueront autant de limites à l'abstention

Avant d'examiner ces conditions qui nous paraissent légitimes, il faut dire un mot d'une autre exigence classique des conflits de juridictions, qui ne nous paraît pas devoir être retenue pour limiter la priorité du juge premier saisi, à savoir la condition de réciprocité.

### 1. LES CONDITIONS À PROSCRIRE : LA RÉCIPROCITÉ

**726. Généralités – Deux modalités de la réciprocité** – On a déjà expliqué que le pronostic de reconnaissance ne saurait se comprendre comme la copie pure et simple des conditions posées à l'efficacité internationale des décisions étrangères. On comprendra ainsi facilement qu'il n'est pas de place, dans l'appréciation du juge second saisi, pour une

<sup>3206</sup> G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER notent que la condition de la compétence indirecte est présente dans tous les systèmes : "General Report", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 22.

<sup>3207</sup> La 'déconstruction' envisagée ici du pronostic de reconnaissance rejoint l'analyse que propose Picone dans le cadre particulier de sa méthode de référence à l'ordre juridique compétent : P. PICONE, "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1999, t. 276, 268-270. S'interrogeant sur la portée de la condition liée à la reconnaissance de la future décision étrangère, M. Picone suggère que la reconnaissance ne doit pas être "évaluée rigidelement sur la base des conditions prévues par les procédures de reconnaissance des jugements étrangers". Il faudrait au contraire porter un "[...] jugement sur l'équivalence du procès étranger avec celui qui est instauré par la suite dans le for [...]" (pp. 268-269, n° 95). Dépassant le cadre de l'abstention, M. Picone suggère de confier au juge le soin de vérifier si les deux ordres juridiques ont in casu adopté la même méthode de coordination, élargissant ainsi le pouvoir de contrôle du juge pour y comprendre une évaluation substantielle qui nous paraît déplacée.

quelconque révision au fond. Il est une autre condition que l'on rencontre parfois comme limite à l'effet des décisions étrangères, à savoir la réciprocité. On se demandera ainsi si l'abstention internationale doit être subordonnée à une exigence de réciprocité. Pour reprendre la définition proposée par M. Lagarde, la réciprocité "désigne le fait pour un Etat de faire dépendre le traitement qu'il donnera aux problèmes de droit international privé qui se posent dans son territoire du traitement donné par les Etat étrangers à des problèmes identiques qui se posent dans leur territoire".<sup>3208</sup> Concrètement l'exigence de réciprocité peut prendre deux formes en matière de coordination des procédures concurrentes : un Etat peut tout d'abord décider qu'il n'admettra l'abstention que lorsque celle-ci est prévue par une convention le liant à l'Etat étranger dont les tribunaux sont également saisis. Le mécanisme de la déférence est alors jugé ne pouvoir fonctionner que s'il s'insère dans un accord négocié comprenant des dispositions équilibrées et des concessions mutuelles.

Un Etat peut au contraire accepter l'exception de déférence sans le support d'un accord négocié, tout en exigeant cependant le respect dans chaque cas d'espèce d'une condition de réciprocité. A la différence de l'hypothèse précédente, l'abstention peut alors jouer indifféremment à l'égard de n'importe quel ordre juridique – sans que celui-ci ait au préalable été sélectionné comme étant digne de confiance. La condition de réciprocité vient toutefois limiter drastiquement le saut dans l'inconnu que représente l'application *erga omnes* de l'abstention.

**727. Passage d'une réciprocité à une autre** - Le droit allemand des conflits de juridiction en matière de collisions maritimes offre une excellente illustration du passage de la première à la seconde forme de réciprocité. Le § 738(a)(1) du Code de commerce allemand (HGB) prévoit une exception de litispendance particulière pour les procédures portant sur la réparation des dommages causés par la collision de navires. Cette disposition a pour effet d'intégrer au droit allemand les règles de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952 pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence civile en matière d'abordage.

L'exception de litispendance que prévoit cette convention (article 1(3)) n'est pas subordonnée à une exigence de réciprocité. Celle-ci serait superflue puisque par hypothèse la disposition n'est appelée à jouer que dans les relations entre Etats contractants. Si le législateur allemand a conclu à la nécessité de soumettre le § 738 (a) à une exigence de réciprocité, c'est que la transposition de la disposition conventionnelle en droit commun lui conférerait un caractère universel.<sup>3209</sup> L'exigence de réciprocité vient donc en limiter la portée.<sup>3210</sup>

<sup>3208</sup> P. LAGARDE, "La réciprocité en droit international privé", *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, (103-214), 111.

<sup>3209</sup> Selon cette disposition, le tribunal allemand s'effacera devant la saisine antérieure d'un tribunal étranger en cas de demande de compensation du dommage résultant de la collision de navires "wenn das Gericht des Staates, vor dem die Klage auf Schadenersatz anhängig ist, in Falle einer vor einem deutschen Gericht anhängigen Klage die Wirkungen der Rechtshängigkeit anerkennen würde", sur cette disposition v. J. BASEDOW, *VersR.*, 1978, 496 e.s. ainsi que R. GEIMER et R. SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, I/1, Beck, München, 1983, 643-644.

<sup>3210</sup> Le § 738(2) contient également une condition de réciprocité, qui vise à conférer aux tribunaux allemands une compétence au moins aussi étendue que celle que revendique les tribunaux du pays du défendeur, v. R. GEIMER et R. SCHÜTZE, *ac.*, I/1, Beck, München, 1983, 643-644 et en général H.-J. PUTTFARKEN, *Seehandelsrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1997, 307-308 et R. HERBER, *Seehandelsrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1999, 386-387.

En Belgique, c'est par le biais de l'article 637 du Code Judiciaire qu'a été donné suite à la Convention de Bruxelles. V. R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. II. Conflits de juridictions*, par M. WESER et P. JENARD, Bruxelles, Bruylant, 1985, 451-452. Le législateur belge n'a transposé que les règles de compétence en ignorant la règle de litispendance.

728. Une condition peu répandue - Le droit comparé révèle que l'exigence de réciprocité fait figure d'exception en matière de coordination des procédures concurrentes. Cette condition est par exemple absente du droit commun allemand,<sup>3211</sup> - ce qui peut surprendre lorsque l'on sait que ce droit fait de la réciprocité une condition de la reconnaissance des jugements étrangers et que la litispendance y est vue comme le prélude à l'effet accordé à ces jugements.<sup>3212</sup> Si l'idée de réciprocité n'a pas sa place dans le droit commun allemand de la litispendance,<sup>3213</sup> ce droit connaît une forme *indirecte* de réciprocité, qui ne porte pas directement sur la question de l'abstention, mais bien sur celle de la reconnaissance éventuelle de la future décision étrangère. L'exception de litispendance internationale ne peut en effet être accueillie qu'à la condition que la future décision étrangère puisse sortir ses effets en Allemagne (*infra*, n° 706). Or le § 328(1) du Code de procédure civile prévoit une condition de réciprocité pour la reconnaissance des décisions étrangères. La réciprocité n'affecte donc pas directement l'exception de litispendance, mais bien la condition du pronostic de reconnaissance.<sup>3214</sup>

A notre connaissance, seul le droit yougoslave prévoit une limitation de l'abstention au moyen d'une condition de réciprocité : selon l'article 80 de la loi du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois, les tribunaux yougoslaves ne peuvent en effet "interrompre" une procédure dont ils sont saisis en raison de la saisine antérieure d'un tribunal étranger "s'il existe la réciprocité".<sup>3215</sup> Cette condition a été reprise dans la récente loi slovène codifiant le droit international privé.<sup>3216</sup> L'article 88 de la loi prévoit

<sup>3211</sup> Constatation faite par H. SCHACK, 1996, 296, n° 755 ; R. GEIMER, 1997, 679, n° 2706 ainsi que W. HAU, 154. Pour l'absence de condition de réciprocité en droit suisse, v. O. VOGEL, "Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis", *Reu Suisse jurispr.*, 1990, (77), 81 ("Unbeachtlich ist [...] ob das ausländische Recht seinerseits die Rechtshängigkeit in einem - von dort aus gesehen - ausländischen Staat (also z.B. in der Schweiz) berücksichtigt").

<sup>3212</sup> M. Kerameus s'étonne également de cette dichotomie, K. D. KERAMEUS, "Rechtsvergleichende Bemerkungen zur internationalen Rechtshängigkeit", in *Festschrift für Karl Heinz Schaub zum 70. Geburtstag*, P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, Beck, 1990, (257), 267.

On connaît l'importance que revêt la condition de réciprocité en droit international privé allemand. Le législateur allemand en a fait une condition de l'efficacité des jugements étrangers (§ 328 (1)(5) ZPO), même si la jurisprudence s'est efforcée d'assouplir cette condition, en se contentant d'exiger que l'exécution d'un jugement allemand dans le for étranger ne se heurte pas à des difficultés plus importantes que la reconnaissance en Allemagne du jugement étranger, v. D. MARTINY, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomem Recht", in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984, 537-542. La réciprocité affecte également le mécanisme de la *cautio indicatum solvi* (§ 110, no 1 ZPO, v. H. SCHACK, 1996, 221-222, n° 565-566). C'est ce qui a permis à M. Schack de conclure que la réciprocité constituait un des principes fondamentaux du droit judiciaire international allemand (H. SCHACK, 1996, 14, n° 38. V. également R. GEIMER, 1997, 12, n° 35).

<sup>3213</sup> Sauf en ce qui concerne les procédures résultant d'un abordage de navires, qui tombent sous le coup du § 738 (a)(1) du HGB.

<sup>3214</sup> En ce sens, H. SCHACK, 1996, 296, n° 755. K. KERAMEUS, *loc. cit.*, in *Festschrift K. H. Schaub...*, 1990, 68, parle à cet égard de "mittelbare Relevanz" de la réciprocité pour l'exception de litispendance. Cette condition, pour être indirecte, n'en limite pas moins l'application de la litispendance, v. LG Hamburg, *IPRspr.*, 1976, n° 160 (réciprocité avec la Floride) et BGH, *IPRax*, 2001, 457 (avec la Colombie britannique).

<sup>3215</sup> Article 80, traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1983, 353. Cette disposition est apparemment toujours en vigueur pour les entités qui constituent la République de Yougoslavie. V. la décision de la Cour Suprême de Serbie, commentée par A. JAKSIC, "Die Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit in Ehesachen", *IPRax*, 2001, 156-158 - en l'espèce les tribunaux yougoslaves ont refusé de faire droit à une exception de litispendance invoquée au profit d'une procédure luxembourgeoise de divorce intentée antérieurement, en raison du caractère exclusif de la compétence des tribunaux yougoslaves pour statuer sur le divorce de deux nationaux.

<sup>3216</sup> Loi sur le droit international privé et la procédure du 30 juin 1999 parue au journal officiel slovène n° 56 du 13 juillet 1999, parue en traduction anglaise à la *R.D.I.P.P.*, 2000, 829 e.s., avec un commentaire de G. CONETTI, "La legge sul diritto internazionale privato della repubblica di Slovenia", *R.D.I.P.P.*, 2000, 569-578.

que le tribunal slovène se dessaisit en faveur du tribunal étranger saisi antérieurement "[...] (3) si la réciprocité existe entre les deux pays".<sup>3217</sup>

**729. Interrogation sur la légitimité de la réciprocité** - En dehors de cette consécration expresse, il ne semble pas que le déclinatoire de litispendance ou l'exception de for inapproprié ait été subordonné à une exigence de réciprocité. On peut toutefois se demander quelle serait la réaction d'un tribunal français ou suisse si le demandeur qui les a saisi s'opposait à l'exception de litispendance invoquée par son adversaire en démontrant qu'en aucun cas, le tribunal étranger premier saisi ne rendrait la politesse en accueillant une exception de litispendance lorsque le for est premier saisi. Il n'est pas exclu que le tribunal français tienne compte de cette considération dans son appréciation globale de l'exception.

Si la jurisprudence ne révèle pas d'instance dans laquelle la réciprocité a joué de cette manière, il demeure utile de s'interroger sur la pertinence de cette considération, dans ses deux manifestations.<sup>3218</sup> Nous commencerons par ce que M. Lagarde appelle la réciprocité "négociée", c'est-à-dire celle qui se traduit par un accord entre les Etats concernés.<sup>3219</sup>

(a) Abstention internationale et réciprocité négociée

**730. Le lien entre la déférence et le droit conventionnel** - L'idée de réciprocité peut tout d'abord conduire un Etat à ne concevoir l'abstention que dans un cadre conventionnel. La réciprocité prend alors une dimension particulière ; il ne sera pas besoin de vérifier au cas par cas que la condition de réciprocité est remplie. L'existence d'un cadre commun posant le principe et les modalités de l'abstention suffit en elle-même pour démontrer la réciprocité. On peut en effet présumer que les Etats donneront suite à l'exception d'abstention à chaque fois que les conditions sur lesquelles ils se sont accordés sont remplies.<sup>3220</sup>

<sup>3217</sup> "A court in the Republic of Slovenia shall at the request of a party, suspend the procedure if another procedure on the same matter has been initiated before a foreign court, between the same parties :

(1) If the charge in the suit conducted abroad was filed before the charge in the suit in the Republic of Slovenia was made ; or if a non-contentious procedure abroad started earlier than in the Republic of Slovenia ; (2) if it is probable that the foreign decision can be recognised in the Republic of Slovenia ; (3) if mutuality exists between the two countries".

<sup>3218</sup> L'idée de réciprocité peut également jouer un rôle *positif*, non pas en limitant le recours par les tribunaux du for à l'abstention en fonction de l'attitude du tribunal étranger, mais bien lorsqu'elle impose au for d'accorder autant d'effet à la procédure étrangère qu'il n'en demande du juge étranger à l'égard de sa propre procédure. Cette idée a été développée par M. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 83-84 ("foreign lis pendens should be recognized to the same extent as the forum demands respect for its own lis pendens abroad"). Elle permet de condamner l'Etat qui érige en motif de refus de reconnaissance des décisions étrangères la violation de la saisine antérieure de ses tribunaux, tout en refusant de s'effacer devant la saisine antérieure des mêmes tribunaux étrangers.

<sup>3219</sup> P. LAGARDE, *l.c.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 176, n° 85.

<sup>3220</sup> On peut se demander quelle serait la réaction des tribunaux belges par exemple si les tribunaux d'un autre Etat membre passaient systématiquement outre la litispendance prévue par l'article 21 de la Convention de Bruxelles, alors que les tribunaux belges ont été saisis les premiers... La seule expérience que nous livre la pratique de la Convention de Bruxelles est celle des accrochages entre tribunaux grecs et anglais à propos de l'affaire *Continental Bank*. On voit que les tribunaux grecs ont du subir les foudres des injonctions anglaises, alors qu'il aurait sans doute suffi d'interroger la Cour de Justice...

V. également P. LAGARDE, "La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux : son appréciation par le juge interne", *R.C.D.I.P.*, 1975, 25-44, sur la question de savoir si un juge peut refuser d'appliquer une convention internationale en invoquant le défaut d'application par les autorités d'un autre pays contractant.

L'histoire des conflits de juridictions révèle la précocité et la solidité du lien entre l'existence d'un cadre conventionnel, garant de la réciprocité et l'accueil de l'exception de déférence. Pour s'en tenir à l'exception de litispendance, on constate en effet que le droit conventionnel a constitué, dans de nombreuses juridictions, le premier véhicule qui a permis l'adoption de cette exception. Après avoir montré que l'histoire illustre l'affinité entre litispendance et droit conventionnel (i), on s'interrogera sur les limites de cette voie (ii).

(i) Litispendance et droit conventionnel : un lien éprouvé par l'histoire

731. **Introduction** - La litispendance n'a pas toujours été bien accueillie en droit conventionnel. Les conventions les plus anciennes, à commencer par le Traité d'Arau du 1er juin 1658 qui liait la France aux treize cantons suisses et à leurs alliés, se contentaient le plus souvent de faciliter l'exécution réciproque des jugements des souverains signataires. Quelques unes comprenaient également des règles de compétence internationale directe communes aux deux pays.<sup>3221</sup> Il ne semble pas cependant qu'elles aient prévu un mécanisme de litispendance. Ni le traité franco-italien du 24 mars 1760, ni le traité franco-badois du 16 avril 1846 ni enfin la convention franco-suisse du 15 juin 1869,<sup>3222</sup> ne prévoyaient de règle spécifique visant les conflits de procédure.<sup>3223</sup>

732. **Une première illustration du lien, la Convention franco-belge de 1899** - Il a fallu attendre 1899 et l'union de la France et de la Belgique par un traité toujours en vigueur, pour que la litispendance fasse son apparition en droit conventionnel. A notre connaissance, cette convention fut la première à prévoir expressément une règle de litispendance. L'article 4, § 1 de la Convention franco-belge constitue une innovation d'autant plus remarquable qu'à l'époque la jurisprudence des deux pays concernés se montrait pour le moins réticente à toute expression de déférence à l'égard de la saisine du juge étranger (*supra*, n° 374).<sup>3224</sup>

<sup>3221</sup> Par exemple la convention conclue le 15 juin 1869 entre la France et la Confédération suisse sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile, dont M. Pillet donnait une analyse détaillée et critique : A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Paris, Sirey, 1913, 69-245. Sur cette convention, *cons.* également CH. A. BROCHER, *Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, Genève, 1879. V. plus récemment l'étude de G. A. L. DROZ, "Le traité franco-suisse de 1869 à la lumière de la Convention de Lugano", in *Conflits et harmonisation - Kollision und Verebeintlichung - Conflict and Harmonization. Mélanges en l'honneur de A. E. von Oerbeck*, P. VOLKEN et W. A. STOFFEL (éd.), Fribourg, Ed. Universitaires, 1990, 379-404. Les conventions antérieures entre la France et la Suisse, en particulier la convention du 16 juillet 1828 contient une foule de dispositions, dont certaines portant sur la compétence directe. Elle ne prévoit toutefois pas d'exception de litispendance. Sur les conventions antérieures entre ces deux pays, v. A. PILLET, *op. cit.*, Paris, Sirey, 1913, 71-73.

<sup>3222</sup> Convention citée à la note précédente. G. FLATTET ("Convention franco-suisse du 15 juin 1869", *Juris-Classeur de Droit International*, Fasc. 590B) cite toutefois certaines décisions françaises et suisses qui ont accepté un déclinatoire de litispendance lorsque cette convention s'appliquait : Besançon, 1 mars 1905, *J.D.I.*, 1905, 655; C. Justice Civile Genève, 14 février 1930, *J.D.I.*, 1931, 522, citées à la p. 12, n° 103.

<sup>3223</sup> Sur ces traités, v. l'étude déjà citée de A. PILLET (Paris, Sirey, 1913). *Cons.* en outre le traité entre la France et l'Espagne du 7 janvier 1862; le traité entre la France et l'Autriche du 11 décembre 1866 et le traité entre la France et la Russie du 1 avril 1874, qui étaient également dépourvus de règle de litispendance.

<sup>3224</sup> M. Pillet y voyait d'ailleurs une "disposition tout à fait exceptionnelle", parce que "d'après le droit commun international, le principe admis est absolument contraire à celui que nous rencontrons dans notre traité" (A. PILLET, *op. cit.*, Paris, Sirey, 1913, 279).

Cette disposition, qui est toujours en vigueur aujourd'hui,<sup>3225</sup> ne se contente pas d'obliger le juge second saisi à s'abstenir. Elle semble organiser un véritable 'renvoi' de la cause au tribunal concurrent. Au demeurant elle brille par son imprécision, puisqu'elle ne contient aucune indication sur l'identité requise entre les deux litiges. La jurisprudence ne se priva pas par la suite d'apporter quelques précisions sur la portée et le fonctionnement de la règle, en la subordonnant notamment à la condition classique d'identité de cause, d'objet et de parties entre les litiges.<sup>3226</sup> Les tribunaux se sont également permis de vérifier la compétence du tribunal concurrentement saisi<sup>3227</sup> ainsi que d'exiger que soient remplies les conditions nécessaires à la reconnaissance dans le for de la future décision étrangère.<sup>3228</sup>

**733. Une convention qui fit école** - Cette première exception de litispendance fut donc vite enfermée dans des limites relativement étroites par des tribunaux dont on se doute qu'ils n'étaient pas enthousiastes face à cette innovation. La Convention n'en existait pas moins et l'exception de litispendance qu'elle consacrait était un fait. L'exemple fut rapidement suivi dans d'autres conventions bilatérales, à commencer par la convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925, dont l'article 6-1 reproduit (presque) entièrement les termes utilisés en 1899.<sup>3229</sup> Le succès de la formule ne fut cependant pas complet. Certaines conventions de l'entre-deux guerres ne se sont guère intéressées aux conflits de procédures. C'était par exemple le cas des conventions bilatérales conclues par le Royaume-Uni dans les années 1930, dont aucune ne prévoyait d'exception de litispendance.<sup>3230</sup> La litispendance brillait également par son absence dans d'autres conventions bilatérales.<sup>3231</sup> A la même époque, les négociateurs de la convention

<sup>3225</sup> V. l'aperçu des difficultés que pose aujourd'hui encore aux tribunaux le principe d'assimilation prévu par l'article 1, § 1er de la Convention, MM. FALLON, BORN, VAN BOXSTAEEL, 2001, 504-509. Sur l'exception de litispendance prévue par la convention, cons. des mêmes, pp. 509-510; N. WATTE, "Convention franco-belge du 8 juillet 1899", *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 591 et M. WESER, *Etude critique du Traité franco-belge du 8 juillet 1899*, Paris-Bruxelles, Sirey/Larcier, 1950, 160-179 ainsi que les applications suivantes : Comm. Bruxelles, 12 avril 1935, *J. Comm. Brux.*, 1936, 117; Comm. Bruxelles, 5 avril 1924, *J. Comm. Brux.*, 1924, 219; Paris, 8 juillet 1944, *S.*, 1945, II, 32.

<sup>3226</sup> Jurisprudence citée par N. WATTE, *l.c.*, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 591, 27, n° 149-154.

<sup>3227</sup> Par ex. Cass. fr., 9 déc. 1964, *J.D.I.*, 1965, 418; *R.C.D.I.P.*, 1966, 72, note M. WESER et la jurisprudence citée par N. WATTE, *l.c.*, *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 591, 28, n° 151.

<sup>3228</sup> N. WATTE, *l.c.*, *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 591, 27, n° 148; M. EKELMANS, *l.c.*, *R.D.C.B.*, 1993, 1097, n° 23; M. WESER et P. JENARD, *Droit international privé*, II, Bruxelles, Bruylant, 1985, 349; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 1993, 195, n° 812 (considèrent cette condition comme "implicite" pour la convention franco-belge). P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers*, I, Bruxelles, Bruylant, 1900, 5ème étude, n° 20.

<sup>3229</sup> Article 6-1° de la Convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925 (également toujours en vigueur, v. les applications récentes, par ex. Hof 's-Gravenhage, 12 oct. 1988, *N.I.P.R.*, 1989, n° 114; H.R., 28 mars 1980, *N.J.*, 1981, n° 130). L'article 6-1 ne contient pas plus que la disposition équivalente de la convention franco-belge précitée, de précisions sur la portée du mécanisme mis en place. Sur cette convention, v. J. H. P. BELLEFROID, *Toelichting van het Nederlandsch-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925...*, Nijmegen, Dekker & Van de Vegt, 1931, 165 p.

<sup>3230</sup> Sur cette convention, W. VAN HILLE, "Commentaire de la convention anglo-belge du 2 mai 1934 sur l'exécution réciproque des jugements", *Belgique judiciaire*, 1934, 66 e.s. La Convention est toujours en vigueur aujourd'hui, v. MM. FALLON, BORN, VAN BOXSTAEEL, 2001, 516-517.

<sup>3231</sup> V. la convention belgo-anglaise du 2 mai 1934, la Convention anglo-néerlandaise du 31 mai 1932 et la convention franco-britannique du 18 janvier 1934 (v. K. LIPSTEIN et H. GAUDEMET-TALLON, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 593). Ceci s'explique dans doute dans la mesure où ces conventions ont été conclues uniquement pour satisfaire à l'exigence de réciprocité que posait la loi anglaise du 13 avril 1933 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers - exigence de réciprocité qui ne pouvait être remplie qu'à la condition que la législation étrangère assure la réciprocité (réciprocité légale) (sur cette origine particulière, v. J. PERROUD, "La convention franco-britannique sur l'effet extra-territorial des jugements", *Revue critique de droit international*, 1936, (334-343), spéc. 333-335). On comprend que les conventions aient dès lors été rédigées sur base de cette législation particulière dont elles reprennent nombres d'éléments, en s'éloignant du modèle classique des conventions doubles de l'époque. On notera en outre qu'il s'agissait à chaque fois de conventions 'simples', sans règles de compétence.

scandinave sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières privées ne jugèrent pas non plus nécessaire de prévoir une règle de litispendance.<sup>3232</sup> Plus surprenante est l'absence de mécanisme de litispendance dans le traité de droit civil international conclu à Montevideo entre les Etats d'Amérique latine. Ce traité prévoyait en effet des règles de compétence directes communes aux Etats.<sup>3233</sup>

D'autres conventions s'inspirèrent toutefois de l'exemple franco-belge; l'innovation n'était pas réservée aux conventions 'doubles', elle fit également son apparition dans des traités 'simples' comme par exemple la Convention conclue entre l'Allemagne et l'Italie le 9 mars 1936.<sup>3234</sup> Certains traités conclus par la Suisse firent également bon accueil à l'exception de litispendance,<sup>3235</sup> tout comme les conventions conclues par l'Italie.<sup>3236</sup>

**734. Le droit conventionnel, propice à la confiance mutuelle** - L'exception de litispendance avait ainsi solidement pris pied dans le droit conventionnel. On ne doit pas s'étonner qu'elle ait trouvé là un terrain d'élection. Lorsque deux Etats s'engagent à reconnaître les décisions de leurs tribunaux, l'obligation ainsi souscrite contribue à renforcer la confiance mutuelle entre les juridictions. La "communauté de droit"<sup>3237</sup> qui se crée de la sorte entre Etat contractants facilite l'avancement de la coordination par le biais de la litispendance. Comme le notait M. Arminjon, en souscrivant à une convention d'exécution, "les parties ont reconnu que les lois et les institutions judiciaires de leurs cocontractants offraient des garanties suffisantes aux justiciables. Il n'y a donc pas d'inconvénient mais seulement des avantages à ce qu'un tribunal national se dessaisisse des instances déjà introduites devant les juges de l'un des Etats liés par ces dispositions avec celui au nom duquel ils rendent justice".<sup>3238</sup>

Le climat de confiance mutuelle se doublait d'une garantie de réciprocité : la litispendance acceptée mutuellement jouera dans les deux sens, ce qui peut apaiser certaines craintes.<sup>3239</sup> En outre, il est un impératif plus technique qui explique la reconnaissance précoce de la litispendance internationale dans le droit conventionnel. Les conventions d'exécution visant avant tout à assurer la libre circulation de décisions judiciaires entre Etats contractants, il importe en effet d'éviter que cette circulation ne soit troublée par

---

Ne contiennent pas non plus d'exception de litispendance les conventions suivantes : convention entre la Suisse et la Tchécoslovaquie du 12 décembre 1926, sur cette convention M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 50-51; convention germano-suisse du 2 novembre 1929 (M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 49-50); convention entre la Suisse et l'Espagne du 19 octobre 1896 (M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 50).

<sup>3232</sup> Sur cette convention, v. A. PHILIP, "The Scandinavian Conventions on Private International Law", *Recueil des cours*, 1959-I, t. 96, (245), 326-336.

<sup>3233</sup> G. A. L. DROZ, *ac*, *Recueil des cours*, 1991-IV, t. 229, 69-70.

<sup>3234</sup> Article 11 de la convention, v. p.ex. BGH, *FamRZ*, 1983, 366.

<sup>3235</sup> Article 7 de la Convention du 15 janvier 1936 entre la Suisse et la Suède, v. L. PALSSON, *lc*, *Scand. L. Studies*, 1970, (59), 78-79; article 8 de la Convention du 3 janvier 1933 entre la Suisse et l'Italie, v. F. POCAR, "La Convention italo-suisse du 3 janvier 1933 dans la perspective de la coopération judiciaire européenne", in *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Overbeck*, Fribourg, Ed. Universitaire, 1990, 405-420 et TF, ATF 118 II (180), 183.

<sup>3236</sup> A côté de la convention avec la Suisse, déjà citée, v. également l'article 19 de la Convention italo-française du 3 juin 1930 (sur cette disposition, J.-J. HANINE, "Convention franco-italienne du 3 juin 1930", *Juris-Classeur. Droit International*, Fasc. 592, 1988); article 9 de la convention entre l'Italie et les Pays-Bas du 7 mars 1935 (toujours en vigueur, v. les applications récentes, Rb. Maastricht, 11 avril 1996, *N.I.P.R.*, 1996, n° 225; Hof 's Hertogenboch, 15 janvier 1997, *N.I.P.R.*, 1997, 191).

<sup>3237</sup> Expression qu'utilisait P. ARMINJON à propos des Etats qui choisissent de s'unir par une convention, *Précis de droit international privé*, III, 2ème éd. par A. SCHLOEPFER, Dalloz, Paris, 1952, 254, n° 256.

<sup>3238</sup> P. ARMINJON, *ac*, Dalloz, Paris, 1952, 253, n° 254.

<sup>3239</sup> D'autant plus lorsque le mécanisme de déférence est fondé sur un critère en apparence neutre comme la chronologie procédurale, critère qui ne peut que difficilement avantager le for.



l'apparition de décisions contradictoires. C'est justement ce que permet l'exception de litispendance internationale, dont l'effet principal est d'anticiper sur une éventuelle exception de chose jugée.

La reconnaissance de la litispendance participait donc du souhait des Etats signataires de garantir l'efficacité internationale de leurs décisions.<sup>3240</sup> Ceci explique en outre pourquoi l'exception de litispendance ainsi reconnue était généralement soumise à la condition que le futur jugement étranger puisse sortir ses effets dans le for. Si tel n'était pas le cas, le danger d'une collision de décisions serait en effet écarté. A ces motifs s'ajoutaient, pour expliquer la présence de la litispendance dans les conventions doubles, la circonstance que les règles de compétence communes laissaient un certain choix aux plaideurs, qui pouvaient tenter leur chance auprès de plusieurs juridictions.<sup>3241</sup> On comprend dès lors que les conventions belgo-française et belgo-néerlandaise aient pris fermement position en faveur de la litispendance. A la même époque le Code dit de *Bustamante* se prononça également en faveur de l'exception.<sup>3242</sup>

**735. La litispendance, clause de style du droit conventionnel** - Après la seconde guerre mondiale, l'exception de litispendance devint une clause de style en droit conventionnel. On retrouvera ainsi le mécanisme de la litispendance dans les conventions (simples) liant la Belgique,<sup>3243</sup> l'Italie,<sup>3244</sup> certaines conventions conclues par la France,<sup>3245</sup> les conventions conclues par l'Autriche<sup>3246</sup> ainsi que l'Allemagne.<sup>3247</sup> Le succès de la

<sup>3240</sup> En ce sens J.-P. VERHEUL et M. W. C. FETERIS, *Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, II, *Overige verdragen en het commune ipr*, Maklu, Anvers, 251, n° 42.1; N. TROCHER, "Italy", *Determining Jurisdiction*, 288; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 1993, 195, n° 812.

<sup>3241</sup> P. ARMINJON (ac, Dalloz, Paris, 1952, 253, n° 254) : expliquait par exemple que "Quand des Etats se lient par une convention qui établit entre eux des règles de compétence commune et confère sur les territoires des parties contractantes aux décisions de justice de leurs tribunaux respectifs, autorité de chose jugée et force exécutoire sans exequatur [...] la litispendance est la conséquence logique de cette attribution réciproque de juridiction. Et comme cette sorte de communauté juridictionnelle facilite grandement les conflits qui naissent de la contrariété de jugements, la litispendance permet de prévenir de telles difficultés". Dans le même sens, A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire*, Paris, Sirey, 1913, 280 ("Les traités que l'on fait sur la compétence aboutissent fatalement à donner certains effets internationaux à l'exception de litispendance; au moins en est-il nécessairement ainsi dans tous les cas où ces traités consacrent des compétences concurrentes").

<sup>3242</sup> Art. 394 du Code dit de Bustamante, Union panaméricaine conclue à La Havane le 20 février 1928, disposition déjà citée, n° 397. Sur une première épreuve du projet, A. AUDINET, "Un projet de code de droit international privé", *Revue de droit international privé*, 1927, 1-17.

<sup>3243</sup> Article 14 de la Convention belgo-italienne du 6 avril 1962 (P. ex. Civ. Liège, 3 oct. 1985, *J.L.*, 1986, 134; *R.T.D.F.*, 1988, 123, note M. FALLON); article 10, al. 1 de la convention belgo-suisse du 29 avril 1959 (sur cette disposition, M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 48-49) (P.ex. Civ. Liège, 29 oct. 1982, *J.L.*, 1983, 81); article 15(1) de la Convention belgo-allemande du 30 juin 1958 (P. ex. Bruxelles, 1 juin 1981, *Pas.*, 1982, II, 18; *R.T.D.F.*, 1982, 442, obs. A. KOHL; Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, 806; *Arr. Cass.*, 1972, 824; *R.C.J.B.*, 1973, 233, note F. RIGAUX).

<sup>3244</sup> Convention belgo-italienne déjà citée; article 12 de la convention italo-autrichienne du 16 novembre 1971; article 11 de la Convention italo-allemande de 1936.

<sup>3245</sup> Article 14 de la convention franco-autrichienne du 15 juillet 1966, (sur cette disposition, F. MATSCHER, "Convention franco-autrichienne du 15 juillet 1966 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements", *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 610B); article 10 de la convention franco-espagnole du 28 mai 1969.

<sup>3246</sup> P. ex. convention franco-autrichienne déjà citée; Article 14 de la convention entre le Luxembourg et l'Autriche du 29 juillet 1971; article 17 de la convention entre l'Allemagne et l'Autriche du 6 juin 1959; article 8 de la convention du 16 décembre 1960 entre l'Autriche et la Suisse (sur cette disposition M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 46-47); article 18 de la convention entre l'Autriche et l'Espagne du 17 février 1984; article 9 de la convention du 25 avril 1968 entre la Suisse et l'Autriche (M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 47).

<sup>3247</sup> On mentionnera, outre les conventions belgo-allemande du 30 juin 1958, austro-allemande du 6 juin 1959 et italo-allemande déjà citées l'article 18 I de la Convention du 30 août 1962 entre l'Allemagne et les Pays-Bas; l'article 18 de la Convention du 4 novembre 1961 entre l'Allemagne et la Grèce; l'article 21 I de la Convention entre l'Allemagne et la Norvège du 10 juin 1981; l'article 21 I de la Convention du 18 novembre 1983 entre l'Allemagne et l'Espagne; l'article 44 I de la Convention entre la Tunisie et l'Allemagne du 19 juillet 1966; l'article 22 de la Convention entre l'Allemagne et Israël du 13 août 1980.

litispendance n'est certes pas universel, certaines conventions y restant réticentes,<sup>3248</sup> notamment celles conclues avec les pays nouvellement décolonisés.<sup>3249</sup> Certes également, comme le faisait remarquer M. Droz, certaines conventions n'accueillent l'exception que de manière limitée, par exemple en subordonnant son application à une condition d'identité des litiges définie de façon stricte.<sup>3250</sup> Il reste que les faits sont là : l'exception de litispendance est en passe de devenir une clause de style dans le droit conventionnel. Deux importantes conventions multilatérales vont confirmer cette évolution.

**736. Les conventions multilatérales** - Les années 1960 ont été décisives pour le développement de la coopération judiciaire internationale. Des négociations menées parallèlement pendant cette décennie, à Bruxelles et à La Haye, ont donné le jour à deux instruments inaugurant une ère nouvelle dans les relations privées internationales. On ne présente plus ni la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, ni la Convention de La Haye du 1 février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Les aléas de l'histoire ont fait que la première, une convention double très ambitieuse, a connu un succès considérable,<sup>3251</sup> alors que le texte plus modeste de La Haye, une convention simple qui ne s'éloignait que peu du modèle classique et n'engageait les Etats contractants qu'à des obligations limitées, est rapidement tombée dans l'oubli, faute de ratifications.<sup>3252</sup>

Les fortunes différentes qu'ont connues ces deux textes ne doivent pas faire oublier l'objectif commun de leurs rédacteurs, à savoir la simplification et la libéralisation du régime des jugements étrangers. Pour atteindre ce but, les Etats contractants ont jugé nécessaire d'adjoindre aux deux conventions une règle de litispendance, apportant une nouvelle reconnaissance ainsi qu'une importante légitimité au mécanisme. Voilà en effet pour la première fois l'exception de litispendance consacrée comme solution de principe des conflits de procédure par deux textes majeurs dont l'envergure dépasse les simples relations bilatérales entre deux pays.<sup>3253</sup>

Si des pays comme la Belgique et les Pays-Bas, dont le droit commun se montrait à l'époque encore très réticent face à l'exception de litispendance, en ont accepté le principe dans ces deux conventions, c'est que l'existence même du cadre conventionnel,

<sup>3248</sup> A titre d'exemple la convention belgo-autrichienne du 29 juin 1956 (convention simple); la convention gréco-allemande du 4 novembre 1961 (v. P. KARGADIS et E. MOUSTAIRA, "Greece", in *Delineating Jurisdiction*, 253-253); la convention belgo-allemande du 14 juillet 1960 et la convention franco-polonaise du 5 avril 1967.

<sup>3249</sup> On peut par exemple évoquer la convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 (convention simple, v. M. EL ARBI HACHEM, "La convention franco-tunisienne du 28 juin 1972", *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 594, p. 11, n° 73); la convention franco-malgache du 4 juin 1973 (convention simple, pas d'exception de litispendance, v. A. RAHARINARIVONIRINA, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 598, 1987).

<sup>3250</sup> M. DROZ (192, n° 299) cite par exemple la convention franco-espagnole du 28 mars 1969, qui exige que la "même demande" soit pendante entre parties.

<sup>3251</sup> Elargie successivement aux nouveaux Etats membres lors de leur accession à ce qui est aujourd'hui l'Union européenne, la Convention de Bruxelles est aujourd'hui en vigueur entre les 15 Etats membres. En outre, une convention parallèle a été signée à Lugano en 1988 entre les Etats de l'Union européenne et ceux de l'AELE dont la Suisse. On rappellera que depuis le 1er mars 2002, le Règlement 44/2001 remplace au sein de l'Union européenne, la Convention de Bruxelles - sauf pour les relations avec le Danemark.

<sup>3252</sup> Cette convention n'a été ratifiée que par les Pays-Bas, Chypre et le Portugal. Sur cette convention, v. l'étude d'ensemble de A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, 1980-II, t. 167, 9-112.

<sup>3253</sup> V. déjà toutefois, pour un secteur plus limité, l'article 31, al. 2 de la Convention CMR du 19 mai 1956 relative aux contrats de transport international de marchandises par route ainsi que l'article 1-3 de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952 sur la compétence en matière de collision de navires.

avec ce qu'il suppose de confiance entre Etats contractants et de reconnaissance quasi-automatique, facilitait d'autant ce geste de coordination.

On retiendra également qu'une différence importante séparait les deux règles : alors que le dessaisissement est rendu obligatoire dans la Convention européenne, l'article 20 de la Convention de La Haye n'en fait qu'une simple *faculté* pour le juge second saisi. La différence est de taille. Le caractère facultatif de la litispendance dans la convention 'mondiale' s'explique précisément par l'ambition du texte, dont l'application n'est pas limitée à un espace régional limité, composé d'Etats aux traditions juridiques fort proches.

**737. Conventions multilatérales ultérieures** - D'autres conventions multilatérales ont suivi la voie tracée par les instruments de Bruxelles et de La Haye. La plupart de ces conventions ne concernent toutefois que des matières particulières.<sup>3254</sup> Il en va de même des conventions de La Haye qui établissent également un mécanisme de priorité au profit du juge premier saisi.<sup>3255</sup> Au total la litispendance internationale est bel et bien devenue une disposition incontournable du droit conventionnel. Cette consécration n'a pas manqué d'exercer une certaine influence sur le droit commun des Etats.

(ii) Les limites du lien entre litispendance et droit conventionnel

**738. Légitimité du lien entre déférence internationale et réciprocité conventionnelle** - Aujourd'hui encore, certaines juridictions lient déférence internationale et réciprocité conventionnelle. C'est le cas des tribunaux belges, insensibles aux procédures concurrentes en dehors d'une convention. Cette attitude continue à limiter fortement la coordination des procédures concurrentes engagées dans les pays scandinaves, qui n'accordent crédit à la litispendance que lorsque celle-ci s'inscrit dans une convention bi- ou multilatérale (*supra*, n° 401).

On ne peut nier l'énorme avantage que représente la réciprocité 'négociée' pour le mécanisme de l'abstention. Lorsque l'exigence de réciprocité aboutit à confiner l'abstention à un mécanisme conventionnel, on évite - outre les nombreuses difficultés d'application d'une condition de réciprocité imposée unilatéralement, cf. *infra* - les impasses qui découlent de la diversité des mécanismes de coordination. On ne peut en effet exclure que dans une situation de conflit de procédures donnée, les deux Etats concernés continuent à prendre connaissance du litige alors même qu'ils ont à leur

<sup>3254</sup> V. par exemple l'article 21 IV de la Convention des Nations-Unies du 30 mars 1978 sur le transport de marchandises par la mer; l'article 8 du Protocole du 5 octobre 1973 sur la compétence judiciaire et la reconnaissance de décisions portant sur le droit à l'obtention d'un brevet européen - sur cette dernière disposition, cfr. J.J. FAWCETT et P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 60-61. V. également l'article 22 de la *Convention de la Communauté des Etats Indépendants (CEI) du 22 janvier 1993 sur l'aide juridique et les rapports en matière de droit civil, droit de la famille et droit pénal*, reproduite à la *Reu. crit. dr. int. privé*, 1997, 151 e.s.

<sup>3255</sup> V. par exemple, l'article 13 de la Convention du 19 octobre 1996 sur la Protection des Enfants ainsi que l'article 12 de la Convention du 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (P. ex. Rb. Maastricht, 11 avril 1996, *N.I.P.R.*, 1996, n° 225 et Hof 's-Hertogenbosch, 15 janvier 1997, *N.I.P.R.*, 1997, n° 191).

L'article 7 de la Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for - qui n'est jamais entrée en vigueur - fait également mention d'une "exception de litispendance" visant le cas d'une clause d'élection de for non exclusive. Cette disposition doit se lire avec l'article 6 qui prévoit que l'obligation pour les autres tribunaux que les tribunaux choisis par les parties, de se déclarer incompétent, ne vaut pas "lorsque le choix fait par les parties n'est pas exclusif".

disposition des règles de coordination, parce que les critères qu'ils utilisent pour déterminer quel tribunal doit s'abstenir conduisent à des résultats différents. Ce danger est logiquement écarté lorsque les deux juridictions partagent la même règle d'abstention.

Outre d'offrir de meilleures garanties de résolution des conflits de procédures, l'adoption d'une règle d'abstention par voie conventionnelle permettra également l'abandon de certaines conditions onéreuses jugées indispensables lorsque l'abstention est unilatérale. Généralement la convention comprendra une obligation de reconnaissance mutuelle des décisions, ce qui ne sera pas sans avoir une influence sur la condition du pronostic de reconnaissance. On peut également espérer un assouplissement consistant en une extension du champ d'application de l'abstention à des situations autres que celles présentant une identité parfaite.

**739. Légitimité du lien entre déférence internationale et réciprocité conventionnelle (suite)** – La voie conventionnelle est certainement la voie royale pour une coordination efficace. Pour autant il ne faudrait pas en conclure qu'il n'y a pas place pour l'abstention en dehors du doux cocon des accords négociés. Il faut au contraire regretter que certaines juridictions ne fassent place à la déférence internationale que lorsque celle-ci s'impose en vertu d'une obligation conventionnelle. L'absence de cadre conventionnel ne signifie pas en effet que les conflits de procédures se révéleront inoffensifs. Au contraire on peut redouter qu'ils ne soient d'autant plus nuisibles lorsque les Etats concernés ne sont pas liés par une obligation de reconnaissance mutuelle des décisions.

En réservant la déférence aux situations couvertes par une convention, un Etat confine en outre ce mécanisme à un nombre limité de situations. Même s'il le voulait, il lui serait en effet virtuellement impossible de négocier une convention avec tous les pays avec lesquels ses citoyens peuvent établir des relations. La négociation de telles conventions peut s'avérer longue et laborieuse, et buter sur des obstacles étrangers au règlement des conflits de procédure.<sup>3256</sup> Alors que la réciprocité 'unilatérale' peut encore en appeler à un apparent effet pédagogique (*infra*, n° 740), il n'en va pas de même pour la conclusion de conventions. On peut au contraire douter de l'efficacité du procédé s'il s'agit d'inciter les Etats étrangers à engager des négociations pour bénéficier du mécanisme de l'abstention. On imagine difficilement un Etat engager des négociations avec un autre dans le seul but de parvenir à un règlement des conflits de procédure. Réserver l'abstention aux situations couvertes par l'abstention aura donc comme effet d'en restreindre l'application et non d'encourager la conclusion d'une telle convention.

Enfin il ne faut pas oublier qu'une solution conventionnelle nécessite un accord des parties sur une règle de coordination. Or on a vu que coexistaient sur cette question des approches bien différentes. La négociation d'une règle commune pourra dès lors parfois s'avérer difficile.

**740. Conclusion sur la réciprocité négociée** – En définitive il nous semble peu satisfaisant de n'envisager la déférence internationale que dans le cadre d'une réciprocité négociée. On va voir que les objections ne sont pas moins nombreuses lorsque l'exigence

<sup>3256</sup> Le projet de convention anglo-américaine négocié dans les années 1970 déjà évoqué dans cette étude a ainsi été la victime de la peur des assureurs anglais d'être tenus d'indemniser leurs assurés pour les condamnations prononcées par les jurys américains, dont ils redoutaient le caractère exorbitant. Comme le notent MM. *Batiffol et Lagarde* (DIP, I, 32, n° 21), "les accords diplomatiques sont laborieux à négocier".

de réciprocité se traduit par une condition supplémentaire insérée dans une règle d'abstention qu'un Etat choisit librement de s'imposer.

(b) Abstention internationale unilatérale et réciprocité

741. **Objections de principe** - L'insertion d'une condition de réciprocité dans une règle d'abstention qu'un Etat s'impose unilatéralement rencontre des objections de deux ordres.

On peut tout d'abord avoir des doutes sur la *pertinence* et la *justification* de l'exigence de réciprocité. L'exigence de réciprocité impose au for de ne s'abstenir en faveur du tribunal étranger que s'il est à prévoir que ce dernier lui rendra la pareille dans des circonstances similaires. Selon que l'on adopte la théorie de la bouteille à moitié pleine ou à moitié vide, une condition de réciprocité comprise en ce sens constitue soit un encouragement à adhérer à un certain standard, soit une mesure de rétorsion. La plupart du temps, les Etats en appelleront à la première justification, à savoir inciter les autres juridictions à embrasser l'abstention pour en obtenir le bénéfique au profit de leur tribunaux. On peut toutefois craindre, avec M. Lagarde, que la deuxième justification ne l'emporte sur la première,<sup>3257</sup> et que la réciprocité ne conduise en fait qu'à ramener la pratique des Etats au plus petit commun dénominateur.<sup>3258</sup>

Comme le note cet auteur, "[l']Etat qui pose la condition de réciprocité prétend faire pression sur un Etat étranger en dérégulant la situation normale et juste de problèmes de droit privé. Le résultat est détestable. L'Etat du for accepte de consacrer une solution injuste dans un litige individuel en raison d'une circonstance totalement extérieure à ce litige [...] [C]ette injustice individuelle laissera la plus souvent indifférent l'Etat étranger qui n'en aura sans doute pas connaissance et ne changera pas pour autant sa législation".<sup>3259</sup> Il est en effet peu probable que l'exigence de réciprocité posée par exemple par le droit yougoslave ait incité un Etat étranger à se préoccuper de la question de la coordination des procédures.<sup>3260</sup>

<sup>3257</sup> Pour le passage de la "réciprocité-convenance" à la "réciprocité-rétorsion", v. P. LAGARDE, *oc.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 120-123, n° 11-13.

<sup>3258</sup> En ce sens pour la reconnaissance des jugements étrangers, A. T. VON MEHREN, *oc.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 50 ("[...] the normal tendency of a reciprocity requirement is probably to generalize lower, rather than incalculate higher, standards of practice"). En général pour la réciprocité en droit international privé, H. SCHACK, *IZVR*, 2002, 15, n° 38 (réciprocité conduit à un "Stillstand auf der unteren Ebene", c'est-à-dire à un nivellement par le bas) et dans le même ouvrage, 339, n° 872.

<sup>3259</sup> P. LAGARDE, *oc.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 162, n° 65.

<sup>3260</sup> Les chercheurs de l'Institut Max Planck ont émis de sérieux doutes sur la validité de la réciprocité comme encouragement dans le cadre du régime des jugements étrangers lors de la réforme du droit international privé allemand dans les années 1980. Répondant à ceux qui invoquent la pression qu'exerce l'exigence de réciprocité sur le droit étranger, ils notent que l'Angleterre a conclu de nombreux traités bilatéraux avec des pays qui ne posaient pas d'exigence de réciprocité, mais paradoxalement pas avec l'Allemagne, qui manie l'arme de la réciprocité... Quant à une éventuelle influence sur la pratique française, jugée exorbitante, de la révision au fond, ils observent que les débats qui ont précédé l'abandon de cette révision avec l'arrêt Munzer ont surtout révélé le souci d'adopter une pratique plus ouverte que celui d'améliorer le sort des jugements français à l'étranger ("Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts. Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983", *RechtsZ.*, 1983, (595), 674-675). Et les chercheurs de conclure que "Ein Land, das sich um die Liberalisierung der internationalen Urteilsanerkennung bemühen will, muß selbst den ersten Schritt tun", (p. 675). V. également D. MARTINY, *oc.*, in *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, III/1, 575, n° 1300 (qui, à la suite de M. Nagel, parle de "Schlag ins Wasser"). *Comp.* cependant avec l'opinion de A. T. von Mehren, qui suggère que la décision de la Cour de Cassation française d'abandonner la révision au fond en 1964 (jurisprudence Munzer) a été précipitée par le refus des tribunaux allemands de reconnaître les jugements français faute de réciprocité (*oc.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 49).

S'il s'agit d'inspirer aux autres Etats une attitude également ouverte l'exigence de réciprocité semble *superflue*. Adopter l'abstention sans autre condition de réciprocité constituerait à notre sens un encouragement aussi grand, et sans doute plus efficace, que la demi carotte ou le demi bâton de la réciprocité. Ne dit-on pas que le bon exemple est la meilleure des incitations ?<sup>3261</sup> L'exigence de réciprocité est non seulement superflue, elle est également *déplacée*. Comme le note M. Lagarde, "[l]e procédé est discutable car il fait intervenir des facteurs politiques là où ils n'ont pas normalement leur place".<sup>3262</sup> En réalité on aboutit à priver les parties d'un règlement harmonieux de leurs relations au nom de la "dignité abstraite de l'Etat".<sup>3263</sup> C'est desservir et faire passer au second plan les intérêts légitimes des justiciables que d'en faire les victimes de l'obstruction d'un Etat étranger. On fonde en effet la solution du conflit de procédures sur des éléments *extérieurs* aux circonstances de la cause, sur lesquelles les parties n'ont aucune prise.<sup>3264</sup> Le refus de permettre la coordination au nom de l'attitude du for concurrent choque d'autant plus que l'on peut douter, comme on l'a vu, de l'efficacité de la réciprocité comme mesure de rétorsion. La plupart des litiges visés n'intéressant que des intérêts strictement privés, il ne faut pas s'étonner que le bilan de la réciprocité soit au mieux mitigé. Les Etats ne remarqueront en réalité qu'à peine les inconvénients qui résultent pour les justiciables de leur refus de s'incliner devant les appels à plus d'ouverture.

**742. Difficultés pratiques de la réciprocité** - À ces objections de principe s'en ajoutent d'autres qui tiennent à la *difficulté de la mise en oeuvre* de l'exigence de réciprocité.<sup>3265</sup> Ces difficultés sont bien connues des praticiens belges, qui ont été confrontés au texte de l'article 636 du Code judiciaire - qui permet au défendeur de décliner la compétence que

<sup>3261</sup> Le législateur allemand semble avoir compris que l'exigence de réciprocité n'aura que peu d'effet sur la propension des Etats à accorder effets aux jugements allemands. L'article 102 de l'*Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung* ne prévoit pas de condition de réciprocité pour la reconnaissance des jugements étrangers de faillite. Le commentaire du gouvernement fédéral précise que l'abandon de l'exigence de réciprocité est conforme à la "justice internationale" et qu'en posant l'exemple d'une reconnaissance sans quid pro quo immédiat, on pouvait espérer une plus grande bienveillance des autres Etats à l'égard des décisions allemandes (cité par R. GEIMER, *IZPR*, 4<sup>ème</sup> éd., 15, n° 35a, qui approuve ce qu'il considère être "die internationalpädagogisch richtige Methode" : « Man geht mit gutem Beispiel voran, anstatt [...] (meist erfolglos) zu warten, daß die anderen die ersten Schritt tun ». On remarquera que la réciprocité n'est pas une condition de la reconnaissance des jugements portant sur l'Etat, comme par exemple les décisions accordant le divorce, v. U. SPELLENBERG, "Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen", in *J. Von Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, 3<sup>me</sup> éd., vol. XX, Berlin, Sellier/de Gruyter, 1997, 396, n° 588-590.

<sup>3262</sup> P. LAGARDE, *oc*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 152, n° 51 (à propos de l'exigence de réciprocité prévue dans une règle de compétence telle que l'article 638 du Code judiciaire). Dans le même sens pour la reconnaissance des jugements étrangers, A. T. VON MEHREN, *oc*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 50 (note que "burdening private individuals in an effort to affect the practices of a legal order [...] is problematical") ainsi que D. MARTINY, *oc*, in *Handbuch des internationalen Verfahrensrecht*, III/1, 574, n° 1297 et F. K. JUENGER, "The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters", *Am J. Comp. L.*, 1988, (1), 32 ("Reciprocity has the purpose of inducing other nations to improve their recognition practices. But even if the specter of retaliation should in fact serve to liberalize judgments recognition, that end hardly justifies the means. It seems unfair to penalize private litigants - who are neither to blame nor in a position to change matters - for the rendition state's lack of comity"). En général, H. SCHACK, 1996, 13, n° 38 et 339, n° 873 ainsi que la critique du § 328(1) ZPO par les chercheurs de l'Institut Max Planck, qui y voient une "Dominanz staatlicher Interessen" : "Die Rechte des einzelnen müssen gewissermaßen als Geisel einsteigen für das Wohlverhalten des fremden Staates gegenüber deutschen Urteilen" (*l.c.*, *RebelsZ.*, 1983, (595), 677).

<sup>3263</sup> P. LAGARDE, *oc*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 153, n° 51.

<sup>3264</sup> On retrouve ici l'idée que le conflit de juridictions n'est pas d'abord un conflit de souverainetés, mais plutôt un ensemble de règles devant permettre la résolution harmonieuse de litiges intéressant au premier chef les intérêts privés des parties.

<sup>3265</sup> En général, P. LAGARDE, *oc*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 162-175. V. aussi A. T. VON MEHREN, *oc*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 50 ("[...] administration of reciprocity clauses can be complicated. Especially where case-law systems are involved, difficulty may be encountered in establishing the relevant foreign law") et D. MARTINY, *oc*, in *Handbuch des internationalen Verfahrensrecht*, III/1, 577-578.

le tribunal belge tire de la résidence du demandeur dans le for, lorsqu'il apporte la preuve que, dans son pays, un défendeur belge pourrait dans des circonstances équivalentes décliner la compétence des juridictions locales.<sup>3266</sup>

La difficulté traditionnelle en la matière est celle de l'établissement de la réciprocité.<sup>3267</sup> Le for devra en effet s'attacher à déterminer quelle serait la décision du juge étranger dans des circonstances comparables.

L'exercice ne devrait pas poser de difficultés insurmontables lorsque le contenu du droit étranger peut facilement être déterminé. Il en va autrement lorsque l'abstention est une création purement jurisprudentielle, aux contours mouvants – comme c'est le cas en droit américain, où la doctrine de l'*"international abstention"* n'en est qu'à ses premiers pas (*supra*, n° 569). Il devient alors plus difficile de déterminer si le for étranger accepterait ou non dans des circonstances comparables de s'abstenir. Il en est d'autant plus ainsi lorsque la règle d'abstention étrangère ne procède pas par simple automatisme, par exemple en accordant la priorité au for premier saisi, mais est fondée sur une évaluation globale du caractère approprié des fors en présence. Il faudra alors beaucoup de perspicacité au juge du for pour déterminer comment se prononcerait le juge étranger.<sup>3268</sup>

Ces difficultés pourraient être évitées si le for adopte une version '*abstraite*' de la réciprocité – c'est-à-dire si l'examen de la réciprocité porte non pas sur la décision que prendrait le for étranger dans une situation comparable, mais seulement sur l'attitude générale de ce for à l'égard de l'abstention.<sup>3269</sup> Il semble d'ailleurs que dans les pays où la réciprocité fait encore partie du droit positif de la reconnaissance, les tribunaux aient adopté une interprétation libérale de cette condition.<sup>3270</sup> Même sous cette forme atténuée,

<sup>3266</sup> V. surtout Civ. Liège, 3 février 1966, *R. B. Dr. Int'l.*, 1968, 610 ; Comm. Liège, 14 avril 1972, *J.L.*, 1971-72, 278 ; Civ. Bruxelles, 30 janvier 1970, *J.T.*, 1970, 498 ; Civ. Bruxelles, 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, III, 145 ; Civ. Huy, 20 octobre 1971, *J.L.*, 1971-72, 70 ; Civ. Liège, 26 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 1292 ; Bruxelles, 16 mars 1989, *J.T.*, 1989, 550. Cette règle a un caractère *subsidaire*, et ne peut être invoquée qu'à défaut d'autres chefs de compétence. Elle se distingue des règles comparables en droit autrichien, portugais et dans l'ancien droit italien, parce que l'extension de la compétence du for peut être invoquée par toute personne ayant un domicile ou une résidence en Belgique, et non seulement par les demandeurs nationaux, v. pour une comparaison P. LAGARDE, *ac.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 149-150, n° 47.

MM. *Rigaux* et *Fallon* jugent le mécanisme "excessivement rigide, inutilement complexe et sans doute suranné" (*Droit international privé*, t. II, 203, no. 820). M. *Jenard* et Mme. *Weser* notaient que "le système est non seulement complexe, mais se heurte aussi à de sérieuses difficultés de preuve lorsqu'il n'existe pas de Traité entre la Belgique et le pays de l'étranger" (R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. II. Conflits de juridictions*, par M. WESER et P. JENARD, Bruxelles, Bruylant, 1985).

L'article 636 reprend en fait le texte de l'article 54 de la loi du 25 mars 1876, pour une application de cette dernière disposition, v. p. ex. Cass., 17 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, 824; Cass., 4 octobre 1965, *Pas.*, 1966, I, 208.

<sup>3267</sup> M. Lagarde souligne également la difficulté de déterminer l'ordre juridique de référence, il sera parfois délicat de déterminer l'Etat qui doit satisfaire à la condition de réciprocité. Lorsque la réciprocité conditionne l'extension de la compétence juridictionnelle du for, doit-on par exemple s'attacher au for de la nationalité ou à celui du domicile du défendeur ? (P. LAGARDE, *ac.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 263-266). Ce problème ne se pose pas pour l'abstention, l'ordre juridique étranger ayant été par hypothèse saisi du litige.

<sup>3268</sup> V. par exemple Bruxelles, 1 décembre 1994, *Pas.*, 1994, II, 11 (la Cour d'Appel procède à une analyse minutieuse de la jurisprudence américaine pour déterminer si oui ou non le droit américain possède un *forum actoris*, on conçoit l'incertitude qui entoure un tel exercice s'agissant de déterminer ce qu'un juge déciderait dans un cas hypothétique...).

<sup>3269</sup> V. pour d'autres modalités permettant d'assouplir l'exigence de réciprocité, P. LAGARDE, *ac.*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 142-146, qui évoque notamment la possibilité de réduire l'exigence de réciprocité par le biais de la charge de la preuve. On peut par exemple accepter l'abstention pour autant que le demandeur ne prouve pas que celle-ci serait refusée.

<sup>3270</sup> V. les informations analysées par G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 34 (qui évoque en particulier le cas de l'Espagne, où la Cour Suprême a modifié la charge de la preuve de la réciprocité, en l'imputant à



il sera parfois délicat de percer à jour les mystères du droit étranger. Doit-on par exemple considérer que le droit américain adopte une position favorable à l'abstention, alors que de nombreux tribunaux proclament leur attachement à la tolérance des conflits de procédures, tout en se réservant la possibilité de recourir à l'injonction? En réalité, l'exigence de réciprocité pose un problème aigu de connaissance du droit étranger.<sup>3271</sup>

Dans la situation particulière des conflits de procédures, la difficulté est certes moindre, puisque par hypothèse le for concurrent est lui aussi saisi. On pourrait donc se contenter d'attendre qu'il se prononce sur une éventuelle exception de déférence pour que s'éclaire sa position. On en arriverait toutefois non seulement à retarder d'autant la solution du conflit de procédures, mais aussi à créer d'inextricables difficultés s'il s'avérait que la loi étrangère subordonne elle aussi la déférence à une exigence de réciprocité – phénomène du cercle vicieux, qui affecte paradoxalement la réciprocité lorsqu'elle se généralise.<sup>3272</sup>

On peut conclure avec M. Lagarde que "[l]a difficulté d'apprécier la condition de réciprocité est si sérieuse que l'on peut se demander si l'autorité judiciaire est suffisamment outillée pour se charger de cette tâche".<sup>3273</sup>

**743. Conclusion : Une condition contre-productive** - En définitive il faut conclure au rejet de l'exigence de réciprocité lorsqu'elle vient grever une règle d'abstention unilatérale.<sup>3274</sup> Cette exigence conduit à des considérables difficultés d'application pratique. Elle est également contre-productive et inutilement restrictive. On constate d'ailleurs qu'un accord se fait pour condamner la réciprocité non seulement dans le cadre

la partie qui s'oppose à la reconnaissance. Sur cette jurisprudence, v. F. HERNANZ, "Recognition - Exequatur - Of Foreign Judgments, Especially of US Divorces Judgments, in Spain", *Am J. Comp. L.*, 1990, (567), 581.

Seule l'Autriche s'en tient toujours à une acceptation stricte de la réciprocité, qui doit être constatée par déclaration ministérielle ou faire l'objet d'un traité, v. l'article 79 de l'Executionsordnung de 1896 et les commentaires de W. H. RECHBERGER et U. FRAUENBERGER-PFEILER, "Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel ausserhalb des Anwendungsbereiches des Brüsseler und Luganer Übereinkommens : Österreich", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (47), 58 et A. BURGSTALLER e.a. (éd.), *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Vienne, Orac, 2000, 16

<sup>3271</sup> Problème qui fait la joie des commentateurs allemands... L'examen, pays par pays, de la condition de réciprocité du § 328(1) ZPO occupe par exemple près de 100 pages dans le commentaire que consacrait M. Martiny à cette disposition, D. MARTINY, *ac*, in *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, 580-678. Inutile de dire que cette énumération ne résiste pas aux outrages du temps!

<sup>3272</sup> V. par exemple en matière de reconnaissance des décisions étrangères, BGH, 15 novembre 1967, *BGHZ*, vol. 49, 50 et en général, P. LAGARDE, *ac*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 167-168, n°73 et D. MARTINY, *ac*, in *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, 576-577, n° 1301-1302.

<sup>3273</sup> P. LAGARDE, *ac*, *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 170, n° 76. V. également les observations de l'Institut Max Planck, (*Lc*, *RabelsZ*, 1983, 676-677), qui explique que la réciprocité prévue par l'article 328(1) ZPO est "unpraktikabel", les chercheurs de l'Institut étant bien placés pour l'apprécier puisqu'il est souvent fait appel à leurs services pour apprécier l'existence de la réciprocité. Ces mêmes chercheurs soulignent par exemple que bien souvent une décision sur l'exigence de réciprocité sera influencée par la publication ou non de décisions étrangères en matière de reconnaissance.

<sup>3274</sup> V. également les réflexions à ce sujet de S. B. BURBANK, *Lc*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 233 : "An argument can be made that, at least in the absence of reciprocity, American courts should not in general defer to parallel litigation abroad [...]. This argument is not without force. Yet, some of the costs of parallel international litigation are visited on domestic parties and domestic courts. Moreover, the general faith in other legal systems evidenced by the United States' generous judgment recognition practice surely has a firmer basis today than it did 100 years ago. So does the concept of an international system whose needs should be considered in the formulation and application of national law. These considerations suggest that an attempt to rely on a normative principle of dual jurisdiction would ring hollow. Unless the goal were to take back part of the territory surrendered by international recognition practice, such a crude rule would not be necessary to protect the interests that, according to that practice, are relevant. And such a goal would be hard to defend at a time when the need for courts to rely on each other in order to serve justice has been recognized in an increasing number of international civil litigation cases."



spécifique de l'abstention,<sup>3275</sup> mais de manière générale pour le conflit de juridictions<sup>3276</sup> – sans parler du conflit de lois où l'idée de réciprocité a depuis longtemps été abandonnée.<sup>3277</sup>

## 2. LES CONDITIONS LÉGITIMES : COMPÉTENCE ET ORDRE PUBLIC

744. **Introduction** - La section précédente a permis de débarrasser la priorité du juge premier saisi de l'exigence de réciprocité. Après avoir délimité ainsi de façon *négative* le pronostic de reconnaissance, il est temps de lui donner une forme plus concrète. Pour ce faire, nous ferons appel à deux éléments bien connus des conflits de juridiction, en s'interrogeant à la fois sur leur pertinence et ensuite sur leur traduction concrète dans le cadre du mécanisme de coordination.<sup>3278</sup>

La première exigence retenue porte sur la *compétence* du juge premier saisi (a). Elle pourra faire l'objet d'une appréciation immédiate de la part du juge second saisi, le caractère anticipé de l'appréciation ne posant pas de difficultés particulières puisque dans la plupart des cas, le juge premier saisi aura déjà statué sur sa compétence. Il n'en va pas de même de la seconde exigence, qui se rattache à la réserve d'*ordre public* (b). On verra que le caractère anticipé de l'appréciation oblige à aménager considérablement cette condition pour lui donner un contenu spécifique qui soit pertinent pour la problématique des procédures concurrentes.

Dans l'ordre des choses, l'exception d'abstention sera acceptée – ou rejetée le cas échéant - de façon provisoire une fois l'appréciation liée à la compétence du juge premier saisi effectuée. A ce stade, il n'est pas encore question de dessaisissement, mais seulement d'un sursis provisoire à statuer. Ce sursis pourra être confirmé ou infirmé par la suite, au terme d'un deuxième examen. Le sursis à statuer doit en effet être conçu comme un *fiat* conditionnel, qui peut être retiré s'il s'avérait que la procédure étrangère ne méritait pas la confiance qu'on lui accorde. C'est ici qu'intervient l'inévitable ordre public, qui signale les limites de l'ouverture du for de l'abstention. Cette condition ne peut être appréciée qu'en 'cours de route', une violation de l'ordre public pouvant justifier le retrait de la confiance accordée sur base d'un examen provisoire.

<sup>3275</sup> V. déjà, VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, II, réimpression 1966, 549 : l'exigence de réciprocité en matière de litispendance est "absurde", ("widersinnig"). Plus récemment, K. KERAMEUS, *l.c.*, in *Festschrift Schaub...*, 1990, (257), 268 et H. VAN HOUTTE, "La réciprocité des règles de conflit dans les Conventions de La Haye", *Reu. Belge Dr. Int.*, 1991, 491-503.

<sup>3276</sup> Pour la reconnaissance des jugements, v. A. T. VON MEHREN, *ac.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 50 et en droit allemand, D. MARTINY, *ac.*, in *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrecht*, 573-578 et P. NAGEL, "Die Berücksichtigung der Interessen der einzelnenn Rechtsuchenden bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile – Eine erneute Kritik an dem Postulat der Gegenseitigkeit", *Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA*, 1962, 43-60; F. K. JUENGER, *l.c.*, *Am. J. Comp. L.*, 1988, 31-34. *Comp.* toutefois le projet de loi fédérale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers présenté par l'*American Law Institute* en mai 2002, qui prévoit une condition de réciprocité (§ 5 (c) du projet).

En général, H. SCHACK, 1996, 13-14, n° 38 et surtout la proposition de l'Institut Max Planck d'abandonner la réciprocité dans le cadre du § 328(1) ZPO : *l.c.*, *RabelsZ.*, 1983, (595), 674-680.

<sup>3277</sup> En général, A. ERNST, *Gegenseitigkeit und Vergeltung im IPR*, thèse Zürich, 1950.

<sup>3278</sup> Il ne nous semble inutile de s'interroger sur la régularité et la loyauté de l'assignation au défendeur. Cette question ne pose pas de problèmes différents dans le contexte de l'abstention que dans le contexte de l'efficacité des jugements.

## (a) La condition de la compétence-litispendance

745. **Introduction** - La compétence du juge étranger a déjà été étudiée sous l'angle de ce que nous avons appelé l'*accessibilité*, lorsqu'il s'est agit de définir le domaine du mécanisme de coordination (*supra*, n° 453). Si cet élément revient ici, c'est sous un autre angle : il ne s'agit plus de savoir si le juge étranger pourra, en vertu de ses règles de compétence, se charger de trancher le litige, mais bien d'examiner si le for de l'abstention peut tolérer les revendications de compétence du for concurrent. Après avoir expliqué pourquoi et quand l'examen de ce que l'on a appelé la compétence-litispendance du for étranger s'impose (i), nous examinerons quelle forme il doit prendre (ii).

## (i) Nécessité d'un examen de la compétence - litispendance

746. **La compétence-litispendance, une condition répandue** - On a vu que le pronostic de reconnaissance constituait un passage obligé de la litispendance dans de nombreux droits (*supra*, n° 704). L'examen de la compétence indirecte constituant une 'valeur sûre' du contrôle du jugement étranger, cette condition fera logiquement partie de celles posées à la priorité du juge premier saisi.

Ainsi, selon son droit commun, le juge français second saisi doit-il, avant de s'effacer au profit de son collègue étranger, vérifier la compétence indirecte de celui-ci, qui constitue une condition classique de l'effet reconnu au jugement étranger. La Cour de Cassation a pour ce faire tout simplement 'importé' l'exigence du 'lien caractérisé' qu'elle a développé pour la reconnaissance des jugements étrangers. Ainsi, pour casser une décision de la Cour d'Appel de Paris, qui avait rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit d'une instance en divorce algérienne, au motif que la nationalité commune algérienne ne justifiait pas la compétence du juge algérien, la Cour a expliqué que cette nationalité "constitue un rattachement caractérisé avec l'Algérie", qui justifie de reconnaître la litispendance.<sup>3279</sup> Telle qu'elle est envisagée en Belgique, l'exception de litispendance internationale nécessitera également un examen de la compétence du juge étranger, puisque selon l'article 14 du projet de Code, la litispendance ne peut être admise qu'à la condition que la future décision étrangère soit susceptible de reconnaissance en Belgique. Partant, les règles de compétence indirecte posées pour l'efficacité d'une décision étrangère sont intégrées à la litispendance. C'est également par le biais de l'*Anerkennungsprognose* que la condition de la compétence indirecte doit être vérifiée pour l'accueil de la litispendance en droit commun allemand.<sup>3280</sup>

<sup>3279</sup> Cass. fr., 15 juin 1994, *R.C.D.I.P.*, 1996, 127, note B. ANCEL ; *J.C.P.*, 1994, éd. G., IV, n° 2052; *D.*, 1994, Somm., 352, obs. B. AUDIT. V. également Cass., 8 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 35 (la Cour casse la décision entreprise qui avait rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit du tribunal américain premier saisi, en observant que la Cour d'Appel n'avait pas recherché "si le tribunal étranger [...] n'était pas compétent au regard des règles françaises de compétence internationale indirecte [...]") (nous soulignons). En général sur l'exigence de compétence dans le chef du juge étranger, v. H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, (122), 127-129 et A. HUET, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 581-43, nos. 9-19. Avant l'arrêt *Sirnath*, la doctrine expliquait qu'il n'y avait litispendance que lorsque le tribunal étranger était compétent selon les règles françaises de compétence, p. ex. A. HUET, *J.D.I.*, 1970, 711 et les références citées par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts...*, Paris, Dalloz, 1998, 445.

<sup>3280</sup> V. H. SCHACK, 1997, 295-296 (l'auteur décrit de façon générale l'*Anerkennungsprognose*, d'où il ressort que la future décision étrangère doit satisfaire aux conditions posées pour la reconnaissance, en ce compris la condition liée à la compétence). V. déjà VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, II, réimpression 1966, 547-548. En général, N. FRAGISTAS, "La compétence internationale en droit privé", *Recueil des cours*, 1961-III, t. 104, (159), 181-182.

La question de la compétence étrangère n'apparaît pas directement dans le dessaisissement pour cause de for non approprié, si ce n'est pour vérifier l'accessibilité du juge étranger (*supra*, n° 457). L'examen de la légitimité de la revendication de compétence du for étranger forme toutefois le coeur même du mécanisme. L'exception de for plus approprié vise en effet dans son ensemble à 'renvoyer' le litige devant un for dont le titre est réputé meilleur. L'analyse de la qualité de la compétence du juge étranger occupe une place centrale, et fait d'ailleurs l'objet d'une appréciation très sophistiquée, principalement sous l'angle de la proximité. Toute la doctrine du *forum non conveniens* vise en effet à vérifier que le for étranger possède une vocation supérieure à trancher le litige, c'est-à-dire au fond que les règles de compétence étrangères ont *in casu* mieux fait leur travail.

A la différence de l'examen de la compétence indirecte, l'analyse en termes de for approprié ne vise pas tant à s'assurer que la revendication de compétence dans le chef du for étranger peut être tolérée, parce qu'elle répond à un standard minimum, mais bien que le for étranger peut légitimement prétendre à un titre *supérieur*. L'examen ne se limite dès lors pas à la compétence du juge étranger, mais porte sur toutes les circonstances. L'esprit est toutefois le même.

L'importance accordée à cet élément et la technique (prise en considération directe ou par le biais du pronostic de reconnaissance) diffèrent. Sur le fond, les deux pratiques se rejoignent toutefois pour faire dépendre le dessaisissement d'une évaluation du titre que possède le for étranger pour se prononcer.

**747. Une exception, l'espace judiciaire européen** - L'abstention est généralement subordonnée à un examen par le for de l'abstention, ne fut-ce que de manière indirecte, comme dans le *forum non conveniens*, de la compétence revendiquée par le for étranger, afin d'en évaluer la légitimité. Il est pourtant un régime spécifique qui fait exception à cette règle générale, c'est celui de l'espace judiciaire européen. Dans le cadre de la litispendance européenne, le juge second saisi n'a en effet pas la possibilité de s'assurer de la légitimité de la revendication de compétence dans le chef de son collègue étranger premier saisi. Il est au contraire invité à lui faire confiance.

Le régime européen va encore plus loin puisqu'il est *interdit* au juge second saisi de contrôler la décision du juge étranger sur ce point. La Cour de Justice a en effet constaté dans l'arrêt *Overseas Union Insurance* que la seule dérogation que prévoit l'article 21 à l'obligation du juge second saisi de se dessaisir, "est la faculté de surseoir à statuer, laquelle ne peut être exercée que si la compétence du juge saisi en premier est contestée"<sup>3281</sup> Et la Cour d'en déduire que le juge saisi en second "ne saurait procéder lui-même à la vérification de la compétence du juge saisi en premier lieu"<sup>3282</sup> Si la Cour ne semble pas faire la distinction entre la vérification de l'accessibilité du for étranger et celle de la compétence-litispendance, les deux sont également frappés d'infamie dans le système européen.<sup>3283</sup>

L'interdiction absolue faite au juge second saisi de contrôler la compétence de son collègue s'explique d'abord en raison de l'existence de règles de compétence communes : comme le rappelle la Cour de Justice, "le juge saisi en second lieu n'est, en aucun cas,

<sup>3281</sup> C.J.C.E., affaire n° C-351/89, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. e.a. c. New Hampshire Insurance Company*, Rec., 1991, I-3342, n° 21.

<sup>3282</sup> Idem, I-3342, n° 25.

<sup>3283</sup> V. *supra* ce qui en a été dit à propos de la compétence exclusive, n° 183.

mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier”, puisque les règles de compétence de la Convention “peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité” par chacun des juges.<sup>3284</sup>

A l'existence de règles de compétence partagées s'ajoute dans le régime européen l'idée de *confiance mutuelle* et d'appartenance à un même espace judiciaire pour bannir tout contrôle de compétence.

**748. Légitimité du contrôle de la compétence-litispendance** – On ne saurait trop insister sur la nature particulière de l'espace judiciaire européen. Il suffit d'examiner le régime de la litispendance dans d'autres conventions doubles pour apercevoir le caractère exceptionnel de l'interdiction du contrôle de la compétence-litispendance. Ainsi, on constate que la jurisprudence se permet dans le cadre de la convention franco-belge, pour apprécier l'exception de litispendance, de vérifier la compétence du tribunal de l'autre pays.<sup>3285</sup> Il faut dire que cette convention n'a de double que le nom : elle ne prévoit que peu de règles de compétence propres, se contentant en règle générale de renvoyer au droit national des Etats en vertu du principe dit d'*assimilation*.<sup>3286</sup> Les tribunaux seront donc souvent appelés à faire application de leurs propres règles de compétence, ce qui justifie un contrôle de la part de l'autre juge en cas de litispendance.<sup>3287</sup>

Le contraste entre la Convention de Bruxelles et les autres conventions doubles, nous apprend que le contrôle de la compétence-litispendance ne peut disparaître que grâce à l'existence conjuguée de règles de compétence communes, qui excluent toute mauvaise surprise relative à l'exercice d'une compétence exorbitante, et d'une solide dose de confiance, qui permet de présumer que chacun va respecter ses engagements.<sup>3288</sup> A défaut un contrôle de la compétence-litispendance s'avère nécessaire. Il sera facile à organiser puisqu'il suffira au juge second saisi de se référer aux règles de compétence communes pour en vérifier le respect, celui-ci garantissant la légitimité de l'exercice de compétence par le juge étranger.

On aperçoit ainsi dans quelle mesure un contrôle de la compétence-litispendance s'avère nécessaire. La réponse à cette question dépendra du contexte : lorsque la démarche s'intègre dans un cadre 'intégrationniste' du type de la Convention de Bruxelles, l'existence de règles de compétence communes à tous les tribunaux et l'esprit de

<sup>3284</sup> C.J.C.E., affaire Overseas précitée, *Rec.*, 1991, I-3342, n° 23.

<sup>3285</sup> P. ex. Cass. civ. I, 9 décembre 1964, *J.D.I.*, 1965, 418 ; *R.C.D.I.P.*, 1966, 72, note M. WESER ; TGI Metz, 4 novembre 1970, *J.D.I.*, 1972, 314. Mme. Watté approuve cette jurisprudence (*loc. cit.*, *Juris-Classeur*, p. 28, n° 151).

<sup>3286</sup> Art. 1, § 1. Sur les difficultés, récurrentes, posées par ce principe, v. MM. Fallon, Born et van Boxstael, 2001, 504, n° 251 e.s.

<sup>3287</sup> Notons que ces conventions prévoient également un contrôle de la compétence indirecte au stade de la reconnaissance, p.ex. art. 11-5 de la Convention franco-belge et article 11 de la convention belgo-néerlandaise. M. Holleaux s'étonnait de l'existence de ce contrôle, en expliquant que « quand deux ou plusieurs Etats conviennent de règles communes de compétence directe, leur attitude implique la croyance que les juges du ou des partenaires appliqueront correctement les règles communes ». Et M. Holleaux de qualifier l'introduction d'un contrôle de la compétence indirecte dans ce cadre, de « retour de suspicion difficilement compréhensible » (*ac.*, Paris, Dalloz, 1970, p. 2).

<sup>3288</sup> Ceci suppose cependant que l'on présume que les tribunaux appliqueront les règles de compétence de bonne foi, dans l'esprit 'internationaliste' ou 'communautaire' qui doit les guider. Présumer le contraire risquerait précisément d'attiser les méfiances. La possibilité d'en référer à une instance supérieure pour trancher d'éventuels conflits fait beaucoup pour réduire la crainte d'un quelconque abus. On ne peut pour autant exclure qu'un cadre conventionnel prévoyant des règles de compétence commune puisse permettre de réduire au minimum un éventuel contrôle de compétence, même en l'absence de tribunal suprême, pour autant que les ordres juridiques concernés ne soient pas trop éloignés, comme en témoigne l'expérience de la Convention de Lugano.

confiance mutuelle qui informe une réglementation de ce type, font disparaître la nécessité de procéder à un contrôle de la légitimité de la revendication de compétence dans le chef du for étranger. Point n'est besoin en effet de craindre que les parties soient 'renvoyées' devant un tribunal à la compétence douteuse ou extravagante. Le cas échéant, il pourrait être fait exception à cette règle lorsque le litige met en jeu une compétence exclusive du for.<sup>3289</sup> Dans ce cas, on peut facilement accepter que le for se réserve le droit de vérifier la légitimité de la revendication de compétence du for étranger.<sup>3290</sup>

**749. Légitimité du contrôle de la compétence-litispendance (suite)** – En l'absence de règles de compétence communes ou de la volonté de s'unir dans un espace judiciaire, il semble plus difficile de faire l'impasse sur un contrôle, même minimum, du titre sur lequel le for étranger fonde sa compétence.<sup>3291</sup> Une forme, même limitée, de contrôle de la compétence-litispendance s'impose d'autant plus, comme le note M. Bueber, que le droit des gens ne fournit aucune protection contre une extension abusive du pouvoir juridictionnel de l'Etat.<sup>3292</sup> La rigueur de ce contrôle dépendra de l'esprit d'ouverture et de la confiance accordée aux tribunaux étrangers.

Ainsi, dans une convention mixte du type de celle qui est négociée à La Haye, l'existence de règles de compétence directe ne suffira sans doute pas à rassurer les Etats contractants sur la légitimité de la revendication de compétence par les tribunaux des autres Etats. On constate d'ailleurs que le projet de convention prévoit un contrôle de la compétence indirecte au stade de la reconnaissance.<sup>3293</sup> Il en ira certainement de même dans l'exception de litispendance, dont on voit mal comment elle pourrait aller plus loin que ne le font les règles en matière de reconnaissance et d'exécution.<sup>3294</sup> *A fortiori* en est-il de

<sup>3289</sup> On sait que la question n'a pas encore reçu de réponse définitive dans le cadre de la Convention de Bruxelles. Si la Cour semble tolérer une exception à l'interdiction du contrôle de compétence lorsque le for second saisi est investi d'une compétence exclusive au sens de l'article 16, on peut douter qu'il en soit de même lorsque ce même for fonde sa compétence sur un accord des parties (*supra*, n° 182 e.s.). Le sort des compétences dites de protection est tout aussi incertain.

<sup>3290</sup> On observera toutefois qu'au sein de l'espace judiciaire européen, l'exception de litispendance peut trouver à s'appliquer non seulement lorsque les tribunaux tirent leur compétence d'une règle communautaire, mais également en cas d'application, par le biais de l'article 4, d'une règle de compétence internationale du droit commun d'un des Etats. C'est ce que la Cour de Justice a expressément décidé dans l'affaire *Overseas Union Insurance*, en se fondant une fois encore sur le danger de contradiction entre jugements : C.J.C.E., aff. C-351/89, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. e.a. c. New Hampshire Insurance Company, Rec.*, 1991, I-3342, n° 14 à 17. Même dans ce cas toutefois, la Cour ne tolère pas que le juge second saisi fasse dépendre le jeu de la litispendance d'un examen de la compétence du juge premier saisi. Voilà un nouvel indice du caractère 'exorbitant' de la litispendance européenne, toute entière soumise à l'impératif de libre circulation des jugements. On a déjà expliqué tout le mal que l'on pensait de cette décision.

<sup>3291</sup> On peut comprendre en ce sens la remarque de M. Bueber qui, après avoir exposé le système de l'article 21, précise que « Applicable dans un contexte non-conventionnel, l'article 9 LDIP ne peut prévoir simplement que, avant de retenir les effets de la litispendance, la compétence du tribunal premier saisi à l'étranger soit établie selon son propre droit » : A. BUCHER, 1998, 108, n° 306.

<sup>3292</sup> A. BUCHER, 1998, 197, n° 627, qui explique pour l'efficacité des jugements que "[...] des règles permettant un certain contrôle de la compétence indirecte [...] sont en effet indispensables en l'absence d'une protection fondée sur le droit des gens à l'encontre d'une extension excessive du pouvoir juridictionnel d'un Etat étranger, notamment lorsqu'il s'agit de fors exorbitants".

<sup>3293</sup> Art. 27.

<sup>3294</sup> L'article 21 du projet de Convention prévoit d'ailleurs que l'exception de litispendance ne peut être invoquée que "si le premier tribunal saisi est compétent" (article 21(1)). Bien que le texte de cette disposition, ni d'ailleurs le Rapport Explicatif de MM. Pocar et Nygh (p. 86) ne le précisent pas, on peut déduire de l'économie générale de la Convention que le juge second saisi ne fera droit à l'exception de litispendance qu'après avoir vérifié la compétence du juge premier saisi au regard des règles de compétence prévues par la Convention.

La nature 'mixte' de la Convention soulève une difficulté supplémentaire, celle de savoir si l'exception de litispendance peut être invoquée lorsque le juge premier saisi fonde sa compétence sur une disposition du droit national simplement 'tolérée' par la Convention. Le projet de Convention répond par la négative, puisqu'il exige que la future décision du juge premier saisi soit "susceptible d'être reconnue en vertu de la Convention". Or

même pour une règle d'abstention adoptée unilatéralement par un Etat. Celle-ci valant par définition pour tous les Etats non couverts par une convention, il serait difficile pour l'Etat qui s'engage dans cet effort de coordination unilatéral, de renoncer à tout contrôle de la compétence du juge étranger.

En conclusion, il nous semble légitime de faire dépendre le mécanisme de coordination d'une condition liée à la *qualité* de la compétence du juge étranger. Seul le cadre très particulier de l'espace judiciaire européen permet de se passer d'une telle condition. Il reste à examiner quelle *forme* peut prendre un éventuel contrôle de la compétence-litispendance.

(ii) Modalités du contrôle de la compétence-litispendance

750. **Introduction** - L'examen de la compétence-litispendance peut s'inspirer pour une large part de ce qui se fait en matière de compétence indirecte : le moment auquel se déroule le contrôle est certes différent – l'activité judiciaire étrangère étant en cours et non encore achevée – mais le but de l'examen rejoint celui assigné au contrôle de la compétence indirecte : il s'agit de vérifier si la revendication de compétence dans le chef du tribunal étranger peut trouver grâce aux yeux du for de l'abstention, de sorte que celui-ci consente à s'incliner devant la (future) décision du juge étranger. La différence chronologique ne tient à notre sens ni à la nature, ni au but du contrôle, même si elle peut inciter à une certaine prudence dans l'appréciation, s'agissant de renvoyer les parties en cours de procédure et non simplement de se plier devant une décision étrangère.

751. **Exclusion du contrôle à la lumière des règles étrangères** – La question du contrôle de la compétence du juge étranger a déjà fait l'objet de savantes recherches dans le cadre de la théorie des effets des jugements étrangers.<sup>3295</sup> Si en droit comparé il n'y a pas unanimité sur l'identité des règles de compétence indirecte, on constate toutefois qu'un accord se fait pour exclure ce que M. *Holleaux* appelait les doctrines de l'*unilatéralité*, qui se référaient principalement aux règles de compétence directe du tribunal étranger pour évaluer l'exercice de compétence dans son chef. Ce faisant, le juge requis contrôlait en réalité plus la régularité de la décision étrangère que la possibilité de l'intégrer dans l'ordre juridique du for, ce qui traduisait une méprise certaine sur la *nature* du contrôle.<sup>3296</sup>

---

selon l'article 24, les dispositions de la Convention relatives à la reconnaissance et l'exécution ne bénéficient qu'aux décisions rendues par un tribunal qui tire sa compétence directement de la Convention. Par contre le juge second saisi est tenu par l'exception de litispendance même si sa compétence est fondée sur le droit national (article 21(4)). Cette assymétrie s'explique puisque lorsque le juge premier saisi est un for 'gris', sa décision ne devra pas être reconnue par le for concurrent saisi en vertu de la Convention, alors que l'inverse n'est pas vrai.

<sup>3295</sup> V. surtout l'étude de D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, 456 p. Curs. également R. GEIMER, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile. Insbesondere zur Frage der Präklusion neuerer Tatsachen und der Bindung an die tatsächlichen Feststellungen des ausländische Gerichts*, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht vol. 42, Bielefeld, Gieseking, 1966, 176 p. et A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments – General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 9-112, spéc. 50-85. V. également A. BRIGGS, "Which Foreign Judgments Should We Recognize Today?", *I.C.L.Q.*, 1987, 240-257; M. FRICKE, *Anerkennungszuständigkeit zwischen Spiegelbildgrundsatz und Generalklausel. Die deutsche Anerkennungszuständigkeitsregel im rechtsvergleichender, rechtshistorischer und rechtspolitischer Sicht*, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht vol. 128, Bielefeld, Gieseking, 1990, 128 p. et A. PONSARD, "Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères", *Trauaux comité français D.I.P.*, 1985-86, 47 e.s.

<sup>3296</sup> Au demeurant, il serait bien présomptueux pour le juge requis de prétendre contrôler le respect par le juge d'origine de ses propres règles. Sur la survivance dans certaines 'démocraties populaires' de théories inspirées de l'unilatéralité, v. F. K. JUENGER, « The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters », *Am J. Comp. L.*, 1988, 14. Avec G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, on peut constater que la théorie de l'unilatéralité a

Ces constatations gardent toute leur force pour le contrôle de la compétence-litispendance par le tribunal second saisi. Celui-ci ne peut raisonnablement se contenter d'examiner la compétence du juge étranger à la lumière des règles de ce dernier, sous peine de se livrer pieds et poings liés aux revendications exorbitantes de compétence de ce for. L'exercice relèverait d'ailleurs de la gageure, surtout à l'égard de jugements émanant de pays où les règles de compétence n'ont pas été couchées dans des dispositions législatives précises.<sup>3297</sup> Il n'y a donc pas lieu d'accorder une quelconque importance à la *lex fori* étrangère dans le règlement de la compétence-litispendance.<sup>3298</sup>

**752. Distinction compétence directe et compétence-litispendance** - Le droit comparé révèle également un accord pour accepter la nécessité de distinguer compétence *directe* et *indirecte* : là où la première porte sur les circonstances dans lesquelles les tribunaux du for sont autorisés à prendre connaissance d'un litige, la seconde fait partie d'un ensemble de conditions posées à l'intégration d'une décision étrangère dans ce même for. Comme l'a montré M. *Holleaux*, il n'y a pas de lien 'logique' entre les deux questions et il serait erroné de vouloir déduire la solution du problème de la compétence indirecte de celle que l'on donne à la question de la compétence directe.

Encore une fois, ces constatations ne perdent rien de leur valeur lorsqu'il s'agit pour le for de l'abstention de contrôler la compétence-litispendance. Tout comme pour la reconnaissance d'un jugement étranger, il s'agit en effet de déterminer si le for peut tolérer la revendication de compétence du for étranger.<sup>3299</sup>

**753. Rejet de la bilatéralisation des règles de compétence du for** - On constate toutefois qu'aucun accord ne se fait sur l'identité des principes qui devraient permettre d'évaluer la compétence-litispendance ainsi comprise.<sup>3300</sup> Un premier système consiste à *bilatéraliser*, dans un esprit d'égalité, les règles de compétence du for pour jauger la revendication étrangère. Il ne s'agit pas tant de prétendre que ces règles décident de la compétence du juge étranger, fonctionnant comme des règles de répartition des litiges, que d'utiliser ces règles comme une mesure abstraite de l'exercice de compétence.<sup>3301</sup>

---

aujourd'hui complètement disparu, "General Report", in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 22.

<sup>3297</sup> Sur cette difficulté, G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, *loc. cit.*, in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), ouvrage précité, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 22. Cette difficulté se manifeste également dans l'examen de la condition de réciprocité, *supra*, n° 740.

<sup>3298</sup> On constate d'ailleurs que l'unilatéralité simple absolue n'est guère qu'une solution *théorique*, les systèmes qui prévoyaient le contrôle de la compétence indirecte selon cette méthode admettant une réserve d'ordre public à l'application de la *lex fori* étrangère pour la vérification de la compétence du juge étranger dont émane la décision, p. ex. D. HOLLEAUX, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 1970, 11-14 et les nombreuses décisions citées ; sur le rôle de l'exception d'ordre public dans ce contexte en droit français avant l'arrêt *Simitch*, v. BATHIFOL et LAGARDE, t. II, 569-570, n° 719.

<sup>3299</sup> La seule différence tient au fait que dans le cadre de la théorie des effets des jugements étrangers, le contrôle de l'activité judiciaire étrangère peut se baser sur le 'produit fini' de celle-ci. Lorsque c'est l'abstention qui est en jeu, le for étranger ne s'est par hypothèse pas encore prononcé, ce qui rapproche le contrôle de la compétence-litispendance d'un pari sur le futur. Cfr. *supra*, n° 718 sur la difficultés pratiques du pronostic de reconnaissance.

<sup>3300</sup> Pour une présentation générale, v. P. MAYER, 1998, 239-244 et B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts*, Paris, Dalloz, 1998, 445 e.s.

<sup>3301</sup> M. Holleaux distinguait à ce sujet la *bilatéralité*, solution proprement *inductive* qui se fourvoyait en décidant que les règles de compétence du for ne se bornent pas à décider de la compétence des juges de l'Etat, mais également de celles des juges étrangers, de la *bilatéralisation*, solution *finaliste* qui voyait dans les règles de compétence directe du pays de reconnaissance un "modèle de ce que pourrait être une réglementation idéale de la compétence internationale" (D. HOLLEAUX, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 1970, 377, n° 399 et sur cette distinction, 122, n° 105 e.s.).



La théorie de la "bilatéralisation" selon l'expression française<sup>3302</sup> a ainsi les faveurs des législateurs allemand, italien et autrichien.<sup>3303</sup> La bilatéralisation des règles de compétence directe du for a l'avantage de pouvoir être aisément mise en pratique, puisque le juge peut se contenter de se référer à un corpus de règles qui lui est familier. Elle introduit également une certaine *égalité* entre les Etats, dès lors que le for reconnaît au tribunal étranger une compétence au moins aussi grande que celle qu'il revendique pour ses propres tribunaux.<sup>3304</sup>

**754. Rejet de la bilatéralisation des règles de compétence du for (suite)** - Cette méthode n'échappe toutefois pas à la critique, en particulier parce qu'elle revient à imposer au for étranger la conception que se fait le for de l'abstention de la compétence internationale, en excluant d'avance que d'éventuelles règles de compétence étrangères différentes puissent être raisonnables.<sup>3305</sup> Quand on sait que les règles de compétence directe ne sont pas toujours le fruit d'une réflexion aboutie sur la légitimité de revendication de compétence, il devient plus délicat d'exiger le respect de ces dispositions par le juge étranger.<sup>3306</sup> On constate d'ailleurs que l'argument du respect de l'égalité

<sup>3302</sup> Selon la terminologie allemande il s'agit du 'Spiegelbildsprinzip'.

<sup>3303</sup> Se fondant sur une vaste étude comparative, M. Juenger constate que la théorie de la bilatéralisation est la plus répandue : F. K. JUENGER, *loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 1988, 15. Elle a en tout cas les faveurs des droits d'inspiration germanique. V. par exemple le § 328(1) du ZPO allemand et le § 80, no. 1 de l'Executionsverordnung autrichien. Pour une application en matière de litispendance, v. p. ex. BGH, 12 février 1992, *NJW-RR*, 1992, 642 ; *FamRZ.*, 1992, 1058 ; *IPRax*, 1994, 40, note LURKE ; *IPRspr.*, 1992, 476, n° 211 (exception de litispendance invoquée dans une procédure de divorce en faveur d'une instance pendante en France, le BGH vérifie que le tribunal français est bien compétent "bei spiegelbildliche Anwendung des § 606 a I/1 ZPO").

La récente codification italienne a confirmé le principe de la bilatéralisation qui était déjà en vigueur avec l'article 797, al. 1 du Code de procédure civile de 1942. L'article 64(1)(a) de la loi n° 218 du 31 mai 1995 prévoit que le jugement étranger est reconnu en Italie si le juge étranger "pouvait connaître de la cause selon les principes de compétence internationale propres à l'ordre juridique italien", sur cette disposition, v. T. BALLARINO et A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Milan, Cedam, 1999, 159-160. Sur les solutions de l'ancien droit italien, v. D. HOLLEAUX, *op. cit.*, Paris, Dalloz, 1970, 123-124.

<sup>3304</sup> M. Schwab p.ex. voit dans cet esprit d'égalité l'argument décisif en faveur du *Spiegelbildsprinzip* (IZVR, 2002, 359, n° 831 : "Das Spiegelbildsprinzip verwirklicht also durchaus fortschrittlich die Zuständigkeitsgleichheit zwischen den Staaten. Der Umfang der Anerkennungszuständigkeit reicht genauso weit wie die Entscheidungszuständigkeit, die der Anerkennungsstaat für sich selbst beansprucht").

Certains voient dans l'idée d'égalité une manifestation de la 'courtoisie internationale'. Approuvant l'élargissement du critère de la compétence indirecte à la suite de l'élargissement comparable des chefs de compétence directs, un juge anglais notait qu'"il serait contraire au principe et incompatible avec la courtoisie internationale que les tribunaux anglais refusent de reconnaître une compétence que, *mutatis mutandis*, ils réclament pour eux-mêmes" (Lord Hodson dans l'affaire *Travers v Holley*, [1953] 3 W.L.R. 507, selon la traduction de la décision parue à la *R.C.D.I.P.*, 1956, 316, note R. GRAVESON).

<sup>3305</sup> On notera par exemple que l'évolution de la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance de décisions étrangères de divorce a été entre autre justifiée par l'idée que la simple bilatéralisation des critères de compétence directe était trop restrictive, parce qu'elle ne permettait pas de reconnaître des jugements rendus par des tribunaux étrangers sur la base d'une règle de compétence inconnue du droit anglais mais pourtant raisonnable. V. surtout l'arrêt *Indyka v Indyka* de la Chambre des Lords ([1967] 1 A.C. 853, [1967] 3 W.L.R. 510, [1967] 2 All ER 689 (H.L.)) et les commentaires de PH. FRANCESAKIS, "Un bond dans la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance des décisions étrangères - L'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire du divorce Indyka", *R.C.D.I.P.*, 1969, 601-637, spéc. 623-628. Il n'est pas sans intérêt de rappeler, comme le font MM. Cheshire et North (1999, 422-423), que cette décision a sans doute été la première à consacrer la notion de 'real and substantial connection' en matière de compétence indirecte.

<sup>3306</sup> Après avoir démonté un à un les arguments invoqués à l'appui de la bilatéralisation, M. Holleaux expliquait que "le principe réel" de ce système était que les règles de compétence directe du for étaient "présumées fournir le modèle de ce que pourrait être une réglementation idéale de la compétence internationale" (*op. cit.*, Paris, Dalloz, 1970, 377, n° 399). Cette observation fort pertinente n'appelle pas d'autre commentaire que le constat, banal, que la perfection n'est pas de ce monde... M. Juenger observait en outre que le principe du miroir "is at once too narrow and too broad. It is too narrow because the forum's rules may be unduly restrictive, which jeopardizes the recognition of judgments that rest on an otherwise unobjectionable basis. Conversely, the mirror-image



souveraine, invoqué à l'appui de la bilatéralisation, est souvent battu en brèche, notamment lorsque le for revendique une compétence exclusive à l'égard de certains litiges, compétence dont l'existence empêchera toute reconnaissance de la décision étrangère.<sup>3307</sup> L'idée de réciprocité qui fonde le système de la bilatéralisation apparaît dès lors n'être qu'une justification bien maigre du système, le for se permettant quelques entorses au principe lorsqu'il l'estime nécessaire.<sup>3308</sup>

La bilatéralisation procède ensuite d'une généralisation qui peut se révéler réductrice entre compétence directe et indirecte. Les objectifs assignés à la règle de compétence directe ne sont en effet pas nécessairement ceux qu'un ordre juridique entend faire respecter par le biais du contrôle de la compétence indirecte.<sup>3309</sup> On a vu que la détermination de la compétence directe des tribunaux d'un pays répond nécessairement à une pluralité d'objectifs (*supra*, n° 108). Parmi ceux-ci il en est qui peuvent également fonder le contrôle de la compétence indirecte - on pense par exemple au souci de protection du défendeur. Rien ne dit toutefois qu'il en sera ainsi pour tous les objectifs assignés aux règles de compétence directe.

**755. Création d'une règle spécifique de compétence-litispendance** - La bilatéralisation des règles de compétence du for ne satisfait pas. Cette méthode n'est toutefois pas la seule envisageable. Procédant sur le même modèle non déductif, certains droits nationaux ont ainsi préféré se passer de toute référence à leurs propres règles de compétence et créer au contraire une ou plusieurs règles spécifiques portant sur la compétence indirecte. A son tour, cette dernière méthode connaît plusieurs variantes. La jurisprudence française par exemple s'est orientée vers une approche *flexible* fondée sur l'exigence générale de l'existence d'un 'lien raisonnable' entre le for étranger et le litige.<sup>3310</sup>

---

principle projects into the foreign legal system all of the recognition state's jurisdictional assertions, however extravagant they may be" (*Id.*, *Am J. Comp. L.*, 1988, 15).

<sup>3307</sup> Dans ce cas, la revendication de compétence par le for étranger ne sera normalement pas honorée, même si elle correspond à une autre règle de compétence commune du for. V. p. ex. en droit allemand, H. SCHACK, 1997, 325, n° 835. En général, critique de la bilatéralisation sous cet aspect, A. T. VON MEHREN, *ac*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 60-61.

<sup>3308</sup> Plus de détails, D. HOLLEAUX, *ac*, Paris, Dalloz, 1970, 374-377 (M. Holleaux expliquait qu'"à la différence d'un système fondé sur l'idée de réciprocité, le système de la bilatéralisation, tel qu'il est ordinairement compris, tolère fort bien l'attitude consistant à refuser aux autres ce qu'on se permet soi-même" (377, n° 398). Dans la doctrine allemande, des voix s'élèvent pour ces raisons et d'autres, contre le 'Spiegelbildsprinzip', P. GOTTWALD, *Z.Z.P.*, 1990, 273 e.s. et J. BASEDOW, "Variationen über die spiegelbildliche Anwendung deutsche Zuständigkeitsrechts", *IPRax*, 1994, 183-186.

<sup>3309</sup> En ce sens, G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER, *lc*, in *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, (1), 22-23.

<sup>3310</sup> Jurisprudence *Simitch*, Cass. fr., 6 février 1985, *R.C.D.I.P.*, 1985, 369 ; *J.D.I.*, 1985, 460, note A. HUET ; *D.*, 1985, 469, note MASSIF. Dans cette affaire, qui portait sur l'exequatur en France d'un jugement anglais ayant alloué, à titre de mesure provisoire au cours d'une instance en divorce, une pension alimentaire à une épouse, la Cour a décidé, dans un attendu de principe, que "le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux", tout en réservant l'hypothèse de la compétence exclusive des tribunaux français. Sur l'interprétation de l'exigence du lien caractérisé constitutif de la compétence internationale indirecte, v. Cass. fr. 5 mai 1998, *R.C.D.I.P.*, 1998, 662, note H. MUIR WATT.

Le droit canadien s'oriente dans la même direction. Dans l'affaire *Morguard* (*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* (1991) 76 D.L.R. (4th) 256 et les commentaires de CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 4ème éd., Toronto, Butterworths, 1997, 56-58 et 280-282 ; J. BLOM, *Can. Bar Rev.*, 1991, 733 e.s. ; P. GLENN, *McGill L.J.*, 1992, 537 e.s.), la Cour Suprême a décidé qu'un jugement devait être reconnu pour autant que le tribunal d'origine "properly, or appropriately, exercised jurisdiction in the action", ce qui suppose que le for d'origine "has a real and substantial connection with the action". Depuis lors confirmé dans *Hunt v. T. & N. plc* (1993) 109 D.L.R. (4th) 16. Cette décision qui ne concernait au départ que la reconnaissance de jugements d'autres provinces, a depuis lors été étendue aux espèces internationales, p. ex. *United States of America v. Ivey*, (1995) 130 D.L.R. (4th) 674. *M.M. North* et *Fawcett* plaident pour l'adoption d'un tel système flexible en droit anglais (CHESHIRE et NORTH, 1999, 422) et dans le même sens A. BRIGGS, *lc*, *L.Q.R.*, 1992, 549. *Comp. J.* HARRIS, *lc*, *Ox. J. L. S.*,

Une autre variante consiste à dresser une liste des chefs de compétence jugés acceptables, qui seront les seuls à pouvoir légitimer, aux yeux du for, l'exercice de compétence par le for étranger.<sup>3311</sup> Enfin, on peut également imaginer de procéder par élimination en établissant une liste des chefs de compétence jugés inacceptables, qui disqualifieront la procédure étrangère, comme le font certaines conventions.<sup>3312</sup>

**756. Création d'une règle spécifique de compétence-litispendance (suite)** – La création de règles spécifiques de compétence indirecte n'est pas sans soulever de difficiles questions. Si elle séduit par une flexibilité qui fait parfois défaut au droit international privé continental, l'approche française pêche par contre par une fâcheuse incertitude. Laisser le juge du for se prononcer sur l'existence d'un lien 'caractérisé' entre le for étranger et le litige, c'est priver les parties de la possibilité de prévoir avec la certitude requise si la décision qu'ils tentent d'obtenir, va effectivement pouvoir sortir ses effets dans le for requis.<sup>3313</sup> Or l'abstention, tout comme la reconnaissance des jugements étrangers, est toute entière au service des intérêts des justiciables dont il serait inopportun de décevoir les attentes. On peut en outre se demander s'il existe une différence réelle entre l'exigence du lien caractérisé et l'absence de fraude ou d'artifice.<sup>3314</sup>

Quant à la méthode de la 'liste noire', qui consiste à recenser de façon exhaustive les chefs de compétence jugés inacceptables, elle a l'avantage de garantir une certaine sécurité juridique pour les parties, qui peuvent prévoir si le juge étranger acceptera de s'effacer devant la saisine du for. Elle est également d'une application aisée pour le juge, qui ne doit pas s'interroger sur l'existence d'un quelconque lien 'raisonnable'. La confection d'une telle liste ne devrait pas poser de difficultés insurmontables, un accord semblant se dessiner sur les chefs de compétence les plus exorbitants.<sup>3315</sup> En outre, cette méthode permet d'éviter le soupçon d'impérialisme qui affecte la vérification de la

1997, 477 (la reconnaissance doit être accordée ou non selon que le tribunal anglais est prêt à accorder une injonction anti-suit contre la procédure étrangère).

<sup>3311</sup> Cette méthode semble convenir plus particulièrement pour le droit conventionnel. Elle a notamment été adoptée pour la Convention de La Haye du 1er février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, v. l'article 10 et pour un commentaire détaillé de cette disposition, A. T. VON MEHREN, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 64-72.

<sup>3312</sup> P. ex. articles 1 et 2 de la Convention austro-allemande du 6 juin 1959 et l'article 3 de la convention gréco-allemande du 4 novembre 1961. La Convention scandinave est également bâtie sur ce modèle, qui ne reprend que deux fors 'prohibés', à savoir d'une part la présence de biens et d'autre part la présence temporaire du défendeur. V. également l'approche très libérale adoptée par l'article 570 du Code judiciaire : seule la compétence fondée sur la nationalité du demandeur est proscrite – ce qui doit se comprendre comme une réaction contre le privilège de nationalité toujours en vigueur en France. On peut se demander si cette approche minimaliste ne fait pas peser une certaine tension sur l'exception d'ordre public et la tentation de recours à la notion de 'fraude à la loi'. *Cors.* aussi le récent projet de loi fédérale américaine proposé par l'*American Law Institute*, qui procède également par la négative en excluant d'emblée la reconnaissance des jugements étrangers fondés sur certains chefs de compétence limitativement énumérés (§ 6).

<sup>3313</sup> M. Schack, dont on connaît la réticence à l'encontre de la formule similaire des 'minimum contacts' (*supra*, n° 56), évoque à propos de l'approche française le spectre d'une "Große Rechtsunsicherheit" (H. SCHACK, *IZVR*, 2002, 359, n° 833). Dans sa préface à l'étude de D. Holleaux, M. Batiïffol insistait déjà sur les « exigences de prévisibilité et de cohérence » (préface, p. VII) pour exprimer des doutes sur la solution préconisée par M. Holleaux, qui préconisait "une appréciation concrète" de chaque cas, toute entière soumise à "l'intérêt procédural [des] plaideur[s], envisagé en particulier sous l'angle des droits de la défense" (p. 380, n° 402).

<sup>3314</sup> V. en ce sens, les doutes de H. MUIR WATT, note sous Cass. fr., 5 mai 1998, *R.C.D.I.P.*, 1998, 665, qui parle de "leurre" et doute de la possibilité de pouvoir réellement séparer les deux. En matière de litispendance, Cass. fr., 15 juin 1994, *R.C.D.I.P.*, 1996, 127, note B. ANCEL (la Cour reproche à l'arrêt attaqué d'avoir refusé une exception de litispendance au profit d'une instance en divorce algérienne. Elle constate qu'en l'espèce, les tribunaux algériens possédaient un rattachement caractérisé avec la cause, ce qui aurait tout aussi bien pu montrer l'absence de fraude).

<sup>3315</sup> *Supra* n° 37. On pourrait par exemple s'inspirer de la liste noire de la Convention de Bruxelles ou de celle de la Convention de La Haye.

compétence du for étranger sur base des règles du for. A celles-ci mieux vaut substituer une liste de fors exorbitants universellement admis. Comme le faisait remarquer M. Holleaux, une telle méthode risque toutefois de manquer de la flexibilité requise.<sup>3316</sup> Les règles de compétence peuvent évoluer, et rendre une éventuelle liste noire rapidement obsolète. M. Holleaux expliquait en outre qu'une règle *a priori* très choquante peut s'avérer tout à fait justifiable dans une espèce particulière, ce que ne permettrait pas de rencontrer un contrôle fondé sur une liste noire arrêtée *ab initio*.<sup>3317</sup>

**757. Préférence pour une approche mixte de la compétence-litispendance** – Les inconvénients de la création d'une ou de plusieurs règles spécifiques de compétence-litispendance nous incitent à préférer l'adoption d'un *système mixte*, tel que l'on retrouve dans deux codifications récentes. Le législateur québécois a ainsi tenté de combiner la prévisibilité de la bilatéralisation avec la flexibilité offerte par l'appréciation au cas par cas. Selon l'article 3164 du Code civil, "[l]a compétence des autorités étrangères est établie suivant les règles de compétence applicables aux autorités québécoises [...]". Le principe de la bilatéralisation est toutefois nuancé puisque la même disposition précise *in fine* qu'il n'y a reconnaissance "que dans la mesure où le litige se rattache de façon importante à l'Etat dont l'autorité a été saisie". Ce faisant, on a l'impression que le législateur québécois doute de la légitimité de ses propres règles de compétence!<sup>3318</sup> De plus le principe de la bilatéralisation ne s'appliquera pas dans certains domaines, comme les actions personnelles à caractère patrimonial ou en matière de filiation ou de divorce.

Le système proposé au législateur belge se rapproche de celui en vigueur au Québec par son approche hybride, tout en poussant la réflexion plus loin. Le projet de Code belge de droit international privé procède à un "réajustement" - selon l'expression du rapport explicatif - du contrôle de la compétence indirecte. Poursuivant sur la lancée du Code judiciaire de 1968, qui avait déjà réduit le contrôle de la compétence indirecte au strict minimum, le projet de Code supprime en principe le contrôle, en y substituant un contrôle de la *fraude à la loi* (article 25, § 1(3)). Le Code prévoit toutefois la possibilité pour le juge belge de contrôler directement la compétence du juge étranger dans certaines matières spéciales, par exemple lorsque le juge belge dispose d'une compétence exclusive (article 25, § 1, (7)).<sup>3319</sup> Enfin, l'article 25, § 1, (8) permet de refuser de reconnaître une décision étrangère lorsque le juge d'origine n'a pu fonder sa compétence que sur la simple présence d'une personne ou de biens sans relation directe avec le litige.

Ce système, aux accents à la fois sophistiqués et minimalistes, séduit. En réservant d'emblée les cas de compétence exclusives, érigés en obstacles absolus à la réception d'un jugement étranger, le projet peut se permettre de ne retenir qu'une règle fort libérale pour le *quod plerumque fit*. Il reste à voir si ce système ne laisse pas une place trop importante à la casuistique, mettant en cela en péril la nécessaire prévisibilité des solutions.

<sup>3316</sup> En ce sens, D. HOLLEAUX, *ac*, Paris, Dalloz, 1970, 382-383, n° 402-403 (qui ne conçoit l'adoption d'une telle méthode que dans un cadre conventionnel).

<sup>3317</sup> 383, n° 403.

<sup>3318</sup> Pour plus de détails, E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 416-432, n° 175-186. Ces auteurs démontrent que la formule adoptée par le législateur québécois peut conduire à des résultats imprévisibles, notamment parce que la bilatéralisation ne se limite pas aux règles de compétence proprement dites, mais porte également sur la disposition du forum non conveniens prévue par le même Code.

<sup>3319</sup> V. également l'article 57 pour la répudiation, l'article 72 pour l'adoption, l'article 115 pour les personnes morales et l'article 121 pour l'insolvabilité.

758. **Conclusion - Réserve des cas de compétence exclusive et condition de la fraude-litispendance** - En conclusion, une fois que le juge étranger a statué sur sa propre compétence, il nous semble légitime de permettre au for de l'abstention de procéder à une évaluation de la compétence-litispendance, du moins lorsque l'abstention est pratiquée unilatéralement. Cette évaluation devrait selon nous être fondée sur une définition spécifique de la compétence-litispendance du for étranger. Lorsque l'abstention s'intègre dans une solution conventionnelle, ce contrôle doit de préférence être effectué sur base d'une liste noire.<sup>3320</sup> L'abstention unilatérale peut se dispenser d'un contrôle de la compétence-litispendance, auquel il convient de substituer une clause de sauvegarde visant à réprimer la fraude.<sup>3321</sup> On voit déjà que l'abstention n'est pas une démarche en un temps, mais doit se décomposer en plusieurs phases.

\* \*  
\*

---

<sup>3320</sup> On ne reviendra plus sur les questions de procédure et en particulier celle de savoir si la question de la compétence du juge étranger doit être soulevée d'office par le for et si celui-ci est lié par les constatations de fait ou de droit qui fondent la décision du juge étranger de se déclarer compétent, v. en général pour la reconnaissance des jugements étrangers, A. T. VON MEHREN, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 1980-II, t. 167, 75-85.

<sup>3321</sup> Pour laquelle on peut s'inspirer de ce qui se fait en matière de jugement étranger. L'article 25 (3) du projet de Code belge de droit international privé dispose ainsi que ne sera pas reconnue, ni mise à exécution une décision étrangère obtenue « en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper au droit applicable en vertu de la présente loi ».

## (b) Ordre public et coordination des procédures concurrentes

759. **Introduction** - À côté de l'examen de la compétence indirecte, le respect de l'ordre public du for requis constitue sans nul doute le motif de refus le plus connu en matière d'efficacité des jugements étrangers.<sup>3322</sup> On peut dès lors se demander si ce concept pourrait jouer un rôle en matière de coordination des procédures concurrentes et, le cas échéant, sous quelle forme.

D'emblée on peut exclure d'emprunter à la théorie de l'efficacité des jugements étrangers le contrôle 'classique' de l'ordre public : un tel examen, à supposer qu'il soit jugé nécessaire, serait déplacé. Au moment où se pose la question de la coordination, il ne peut en effet être question de vérifier le contenu ou plutôt l'effet recherché par une décision étrangère encore en gestation. Un contrôle éventuel déduit de l'ordre public devrait nécessairement porter sur d'autres éléments que le 'produit fini' de l'oeuvre judiciaire étrangère.

Même si le contenu du contrôle doit être différent, l'idée que le for second saisi se réserve, pour des situations exceptionnelles, la possibilité de refuser le bénéfice de la coordination, au nom de considérations touchant à l'ordre public, séduit intuitivement. Après tout, si le for pose une telle limite pour l'efficacité de la décision étrangère, pourquoi ne ferait-il pas de même lorsque la coordination de procédures est en jeu? Le droit comparé confirme la pertinence de l'intuition. Un rapide aperçu nous apprend en effet que l'idée de soumettre le mécanisme de coordination à certaines exigences que le for juge essentielles, est fort répandue. Par la force des choses, il ne s'agit pas tant de délimiter les effets du jugement étranger que de s'attacher au cours de la procédure devant le juge étranger. Les exigences posées se rattachent toutes d'une manière ou d'une autre au principe d'une bonne administration de la justice. Tantôt il s'agira de se préoccuper de l'intégrité de la justice étrangère, tantôt la coordination sera refusée en raison du dépassement du délai raisonnable. Tel nous paraît être l'enjeu de l'application de l'ordre public aux conflits de procédures.

Avant d'expliquer quel pourrait être la portée d'une limitation déduite des exigences d'une bonne administration de la justice (§ 2), il faut tout d'abord s'interroger sur la pertinence d'une telle condition (§ 1). On apercevra ainsi que la question appelle une réponse différente selon que l'abstention s'insère ou non dans un mécanisme conventionnel.

## (i) La pertinence d'une condition déduite des exigences d'une bonne administration de la justice

760. **Introduction** - Les exemples évoqués tout au long de cette étude ont montré la diversité des situations dans lesquelles on rencontre des conflits de procédures. On peut ainsi imaginer que le demandeur à l'étranger se voit imposer le paiement d'une caution d'un montant tel qu'elle rende impossible la poursuite de la procédure étrangère au profit de laquelle l'abstention est invoquée.<sup>3323</sup> Le tribunal à qui il est demandé de s'abstenir

<sup>3322</sup> Il figure d'ailleurs parmi les motifs que F. K. JUENGER qualifie d'"universel" (*loc. cit.*, *Am J. Comp. L.*, 1988, (1), 21 e.s.). V. également F. RIGAUX, t. I, 1987, 151, n° 224.

<sup>3323</sup> V. l'affaire *Pondea* : Cass. fr., 16 mars 1999, *J.D.I.*, 1999, 773, note A. HUET; *R.T.D. civ.*, 1999, 469 et note R. PERROT ainsi que les commentaires de H. MUIR WATT in *Reu. Gén. Procéd. int.*, 1999, 747. *Adde* G. A. L. DROZ,

peut également constater que son homologue étranger interdira au défendeur de se faire représenter par un avocat s'il ne comparait pas personnellement.<sup>3324</sup> Même s'il fait preuve d'un sain esprit de relativité, le for de l'abstention peut dans ces hypothèses, et bien d'autres, hésiter à confier au tribunal étranger le soin de trancher le litige.

Cette hésitation est légitime. L'expérience de la litispendance internationale et du *forum non conveniens* ont en effet montré qu'il pouvait dans certains cas s'avérer peu judicieux d'exiger d'un juge qu'il cède la priorité à un autre. Avant de donner forme à une éventuelle clause d'exception, il faut s'interroger sur sa légitimité. Pour ce faire, on évoquera dans un premier temps les expériences des droits anglais et néerlandais, qui illustrent dans quel contexte le remède est appelé à jouer (A). On se demandera ensuite dans quelle mesure une telle clause est opportune (B).

A. La bonne administration de la justice comme limite à la coordination en droit comparé

**761. Introduction** - Pour illustrer le rôle que peut jouer une condition déduite de l'ordre public, on peut s'inspirer du droit comparé. Celui-ci offre en effet une riche panoplie de situations dans lesquelles les tribunaux ont jugé nécessaire de limiter l'effort de coordination du fait de considérations empruntées à la bonne administration de la justice. Les exemples suivant permettront de mieux cerner l'intervention éventuelle de l'ordre public dans le jeu de la coordination.

**762. Les limites de la litispendance en droit néerlandais** - Le premier exemple vient des Pays-Bas. On a vu que les tribunaux néerlandais ne se sont que récemment converti aux joies de la litispendance internationale (*supra*, n° 403). Cette conversion ne s'est pas faite à l'aveuglette. Dès l'entame, les tribunaux se sont réservés une importante marge de manoeuvre pour évaluer la fiabilité de la justice étrangère. Dans sa décision de principe de 1995, qui a mis fin à l'isolement en acceptant que le juge néerlandais puisse faire droit à une exception de litispendance,<sup>3325</sup> la Cour Suprême a en effet apporté une nuance importante en précisant que le demandeur dans la procédure néerlandaise pouvait s'opposer au déclinatoire de litispendance en faisant valoir un *intérêt légitime* ("redelijk belang") à voir la seconde procédure aboutir.

En l'espèce cette réserve a immédiatement été mise à profit pour rejeter le sursis demandé en faveur d'une procédure concurrente engagée par la même demanderesse, citoyenne néerlandaise mariée à un citoyen indonésien, devant les tribunaux indonésiens. La Cour d'Appel avait en effet conclu que l'état de santé précaire de l'épouse nécessitait une conclusion rapide du litige que ne pouvait garantir la justice indonésienne.<sup>3326</sup> Le Hoge Raad n'a pas désavoué les juges d'appel et a confirmé que l'épouse avait fait la preuve d'un intérêt légitime qui l'autorisait à poursuivre sa demande en divorce devant les tribunaux

<sup>3324</sup> "Variations Pordea (A propos de l'arrêt de la Cour de cassation, 1ère Chambre civile, du 16 mars 1999), *R.C.D.I.P.*, 2000, 181-197.

<sup>3325</sup> V. l'affaire *Krombach* qui a donné lieu à une décision de la Cour de Justice (28 mars 2000, *Krombach t. Bamberski*, affaire C-7/98, *Rec.*, 2000, I-1935 ; *R.C.D.I.P.*, 2000, 481) ainsi que de la Cour européenne (arrêt du 13 février 2001). V. H. MUIR WAIT, « Evidence of an Emergent European Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness Under the Brussels and Lugano Conventions », *Texas Int'l. L. J.*, 2001, 539 e.s.

<sup>3325</sup> HR, 3 juillet 1995, *N.J.*, 1997, n° 54, p. 241; *RudW.*, 1995, 157C; *N.I.P.R.*, 1995, n° 475.

<sup>3326</sup> Point 3.1. : "Dit belang is, mede gelet op de gezondheidstoestand van de vrouw, gelegen in een spoedige beslissing op het echtscheidingsverzoek. Een onherroepelijke beslissing op het echtscheidingsverzoek is kennelijk aanmerkelijk sneller te verwachten dan in de procedure in Suriname".

néerlandais malgré l'existence d'une procédure concurrente de divorce au Surinam. Ce faisant, le Hoge Raad a enfermé l'exception de litispendance dans des limites strictes, puisqu'elle ne pourra jouer au détriment d'un demandeur présentant un 'intérêt raisonnable'.<sup>3327</sup> Cette première illustration permet de cerner les préoccupations qui pourraient justifier le recours à une exception au mécanisme de coordination. Elle met également en relief les dangers d'une telle exception : la formule retenue par le Haut Conseil laisse une grande marge de manoeuvre aux tribunaux, sans qu'apparaisse clairement une quelconque limite au jeu de l'intérêt raisonnable.<sup>3328</sup>

**763. Exception de justice dans la doctrine du *forum non conveniens*** – On doit aux tribunaux anglais d'avoir développé une exception de la bonne administration de la justice digne de ce nom. Dans sa formulation moderne, la doctrine du *forum non conveniens* telle qu'on la conçoit en Angleterre, se pense en deux temps. Dans un premier temps le juge examine et compare la prétention des deux fors à se saisir du litige. Si le for étranger peut faire valoir un titre supérieur, le juge renonce à statuer (*supra*, n° 429). Il refusera toutefois de faire droit à l'exception de for approprié lorsque le demandeur démontre que la procédure étrangère ne respecte pas les conditions fondamentales d'une bonne administration de la justice. Lord Goff expliquait ainsi dans l'arrêt *Spiliada* que "[s]i [...] le tribunal conclut que [...] le for étranger est *prima facie* plus approprié pour prendre connaissance de la cause, il accordera le sursis sauf si des circonstances qui tiennent à la justice font qu'un stay ne peut être accordé".<sup>3329</sup>

L'exception de justice apporte ainsi une correction au mécanisme du for approprié pour éviter de mettre en péril le droit des parties à un procès équitable. Les circonstances qui justifient l'accueil de cette exception sont aussi diverses que nombreuses. Outre la question du délai raisonnable, sur laquelle nous reviendrons, les tribunaux ont par exemple été confrontés au défaut d'impartialité et d'indépendance des tribunaux étrangers concurrents,<sup>3330</sup> à l'existence d'un cas de force majeure - telle une guerre civile qui empêche tout fonctionnement du système judiciaire étranger<sup>3331</sup> - ou encore à la prescription de l'action selon le droit retenu par le for étranger.<sup>3332</sup>

**764. Exception de justice dans la doctrine du *forum non conveniens* (suite)** – L'exception de justice est devenue au fil du temps le moyen de défense privilégié du

<sup>3327</sup> Deux décisions plus anciennes avaient déjà anticipé ce retournement de jurisprudence : Rb. Breda, 23 octobre 1956, *N.J.*, 1957, n° 375, note Kolléwijn; *W.P.N.R.*, n° 4258, pp. 116 (une demande en divorce est engagée en Indonésie, mais la procédure en appel est au point mort. Le tribunal reconnaît que le demandeur a un intérêt à recommencer une autre procédure aux Pays-Bas). Sur cette décision v. C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu legum Bundel opstellen aangeboden aan R. D. Kolléwijn en J. Offerhaus*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1962, 510-512 et Rb. Dordrecht, 17 mars 1971, *W.P.N.R.*, n° 5320, p. 229. MM. Verheul et Feteris plaidaient déjà pour une possibilité de déroger à l'exception de litispendance. Ils visaient la seule hypothèse où le même demandeur engage deux actions parallèles : J.-P. VERHEUL et M.C.W. FETERIS, *Rechtsmacht in het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, II, *Overige verdragen en het common law*, Apeldoorn, Maklu, 1986, 254.

<sup>3328</sup> En première instance, le juge s'était d'ailleurs fondé sur un tout autre argument pour rejeter l'exception de litispendance, à savoir l'existence en droit néerlandais d'un motif de divorce tiré de l'incompatibilité d'humeur entre époux, motif inconnu du droit indonésien.

<sup>3329</sup> *Spiliada Maritime Corp. v. Carsulex Ltd.* [1987] AC 460 at 478 (f). "If, however, the court concludes [...] that there is some other available forum which *prima facie* is clearly more appropriate for the trial of the action, it will [...] grant a stay unless there are circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted".

<sup>3330</sup> P. ex. *Mohammed v Bank of Kuwait and the Middle East KSC* [1986] 1 W.L.R. 1483 (C.A.) ; *Oppenheimer v Louis Rosenthal & Co.*, [1937] 1 All ER 23 (C.A.).

<sup>3331</sup> P. ex. *Middle East Banking CO SA v Al-Haddad* (1990) 70 O.R. (2d) 97.

<sup>3332</sup> Hypothèse évoquée dans l'affaire *Spiliada v Carsulex* [1987] A.C. 460, 487.

demandeur qui doute de la pertinence de son élection de for. La jurisprudence a dès lors eu l'occasion de préciser les contours de l'exception. La Chambre des Lords a ainsi récemment été appelée à se prononcer par deux fois sur la délicate question de la pertinence de l'existence d'un système légal d'assistance judiciaire dans un for au demeurant inapproprié.

Dans la première espèce un citoyen écossais réclamait d'importants dommages et intérêts de son ex-employeur, pour le compte duquel il avait travaillé pendant 5 années comme ingénieur dans une mine d'uranium en Namibie.<sup>3333</sup> Il alléguait avoir développé un cancer du larynx à la suite de ces années de travail. A première vue tous les éléments de la cause convergeaient vers la Namibie, lieu du travail presté et d'établissement de l'employeur. Le demandeur avait même concédé qu'en application de la jurisprudence *Spiliada*, la Namibie constituait le for le plus approprié.<sup>3334</sup>

Le demandeur s'opposait toutefois au 'stay' en dénonçant le fait qu'il ne pourrait bénéficier en Namibie d'une quelconque assistance judiciaire, que ce soit sous forme directe ou encore par le biais d'un accord de solidarité avec ses conseils. La Chambre des Lords décida qu'en règle générale, la seule absence d'aide judiciaire ne suffisait pas à faire du for à première vue approprié un for 'injuste'. Lord Goff indiqua qu'il ne pouvait admettre que "l'absence d'aide judiciaire dans la juridiction appropriée justifierait à elle seul le refus du dessaisissement sur base du *forum non conveniens*".<sup>3335</sup> La Cour se montra toutefois prête à tolérer une exception à cette règle pour éviter un déni de justice. La victime avait en effet démontré qu'il lui serait impossible de couvrir les frais d'une nouvelle procédure en Namibie.<sup>3336</sup> De plus le litige faisait naître des questions complexes, tant en droit qu'en fait, qui rendait impossible sa conduite sans une assistance professionnelle et le recours à de nombreux experts.

Lord Goff s'est empressé de nuancer cette décision en précisant qu'elle aurait été toute différente si le demandeur avait voulu profiter d'un plus grand "confort" offert par la justice anglaise en comparaison avec les moyens plus rudimentaires du for approprié.<sup>3337</sup> Toujours est-il que la Haute Cour est allée dans cette affaire à la limite de ce que permet l'exception dite de justice.<sup>3338</sup> Cette décision illustre en tout cas parfaitement la difficulté de l'exercice qui vise à préserver le droit à un procès équitable tout en ne mettant pas à

<sup>3333</sup> *E duand Connelly v R.T.Z. Corp., Plc*, [1998] AC 854, [1997] I.L.Pr 805 (H.L.). La décision de la cour d'appel a été publiée sous le nom de *E duand Connelly v R.T.Z. Co, Plc and RTZ Overseas Services Ltd. (N°1)* [1996] 1 All ER 500 ; [1996] I.L.Pr 245 ; [1996] 2 W.L.R. 251 et N° 2 [1997] I.L.Pr 643. En première instance : [1996] 1 Q.B. 361. Sur cette affaire v. les commentaires de A. BRIGGS, *British Yearb. Int'l L.*, 1997, 357 ; E. PEEL, *L.Q.R.*, 1997, 43 et ENGLISH, *C.L.J.*, 1996, 214. La seconde affaire, *Lubbe v Cape plc* [2000] 1 W.L.R. 1545 (H.L.), sera abordée *infra*.

<sup>3334</sup> [1997] I.L.Pr 805, 816. La compétence du juge anglais était fondée sur le domicile des défendeurs, dont l'entreprise namibienne, employeur du demandeur, était une filiale.

<sup>3335</sup> "I cannot think that the absence of legal aid in the appropriate jurisdiction would of itself justify the refusal of a stay on the ground of forum non conveniens" : *E duand Connelly v. RTZ Co. Plc and RTZ Overseas Services Ltd.*, [1997] I.L.Pr. 805, 817-29 par Lord Goff of Chieveley.

<sup>3336</sup> Le fait que la compétence des tribunaux anglais n'était ni extravagante, ni exorbitante a certainement contribué à justifier cette décision, v. les observations de Lord Goff à ce sujet, [1997] I.L.Pr 805, 817.

<sup>3337</sup> "If the position had been, for example, that the plaintiff was seeking to take advantage of financial assistance available here to obtain a Rolls Royce presentation of his case, as opposed to a more rudimentary presentation in the appropriate forum, it might well have been necessary to take a different view" : [1997] I.L.Pr 805, 819.

<sup>3338</sup> L'affaire était d'autant plus exceptionnelle que les conseils du demandeur avaient accepté, pour obtenir le rejet de l'exception de for non-approprié, de s'engager à supporter les coûts, estimés à plusieurs millions de livres, d'une procédure au fond en Angleterre, par le biais d'un pacte de quotum litis. Les défendeurs en avaient conclu que la saisine du juge anglais était purement spéculative, destinée à forcer la conclusion d'une transaction.



mal le souci de coordination.<sup>3339</sup> Cette difficulté incite à s'interroger sur la légitimité même de l'exception de justice.

## B. Légitimité d'une condition de bonne administration de la justice

**765. Introduction** - L'exposé de droit comparé a permis d'apercevoir que les préoccupations relatives à la qualité de la justice étrangère traversent les différentes manifestations de la coordination. Déjà au 19<sup>ème</sup> siècle, dans son rapport présenté à l'Institut de droit international, *Sacerdoti* avait posé la question, sans y répondre, de savoir ce qu'il adviendrait de l'exception de litispendance en "l'absence dans l'Etat étranger de ces garanties qui [...] résulteraient des conditions *sine qua non* de la bonne justice".<sup>3340</sup>

Le principe d'une limitation du jeu de la coordination en cas de méconnaissance des règles élémentaires d'une bonne administration de la justice semble bien admis en droit comparé.<sup>3341</sup> Encore faut-il se demander si une telle limitation est de bonne politique législative.

**766. Exception de justice et degré de déférence** - La réponse à cette question est à notre sens fonction du fondement sur lequel on fait reposer la coordination. Plus l'ouverture au fait judiciaire étranger est grande, plus la nécessité se fera sentir de prévoir une clause de sauvegarde qui vise à prévenir la méconnaissance des règles élémentaires de bonne justice. L'exemple de la litispendance européenne, règle 'nue' de coordination s'il en est une, illustre ce constat : en rejetant toute autre considération que celle de la priorité chronologique, on place le juge second saisi dans une situation difficile. Il ne dispose en effet d'aucune sortie de secours si d'aventure il s'avérait que le juge premier saisi ne mérite pas la confiance que l'article 21 oblige à lui témoigner. Le respect inconditionnel que commande la priorité de saisine explique la tension qui pèse sur cette disposition, ainsi que les tentatives de contournement d'une certaine jurisprudence, notamment anglaise, et le mécontentement généralisé qui s'exprime à son endroit.

Au contraire, une règle qui ne ferait place à la coordination que lorsque la concurrence de procédures est jugée abusive, risque moins d'être confrontée à un problème de déni de justice. Le degré de déférence dont le for témoigne alors à l'égard d'une procédure étrangère est bien moindre, ce qui diminue d'autant le risque que fait peser l'incertitude sur la qualité de la justice étrangère.

<sup>3339</sup> Lord Hoffmann a d'ailleurs critiqué la décision dans une opinion dissidente. Il expliqua notamment que le raisonnement suivi par la majorité "means that the action of a rich plaintiff will be stayed while the action of a poor plaintiff in respect of precisely the same transaction will not. It means that the more speculative and difficult the action, the more likely it is to be allowed to proceed in this country with the support of public funds", [1997] ILPr 805, 820.

<sup>3340</sup> A. SACERDOTI et CH. LYON-CAEN, "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents. Rapport et projet de conclusions présentés au nom de la Commission, Institut de droit international, Sixième commission, Session de Venise", *Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, vol. 15, 1896, 85.

<sup>3341</sup> Tout comme elle l'est en matière d'effet des jugements étrangers. Cette préoccupation est le plus souvent dissimulée sous le large manteau de l'exception d'ordre public. Les droits de *common law* sont moins réservés, puisqu'ils affichent ouvertement l'exigence liée à la bonne administration de la justice étrangère, v. en droit anglais la condition de la 'natural justice' (Cheshire et North, 1999, 450-453) et aux Etats-Unis l'article 4(a)(1) de l'*Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act*, qui autorise le refus de reconnaissance lorsque le jugement "was rendered under a system which does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law", v. les explications de F. K. JUENGER, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1988, 36-37.

767. **Exception de justice et degré de déférence (suite) – Illustration sur base de la jurisprudence anglaise** – L'histoire de la doctrine anglaise du *forum non conveniens* illustre bien la corrélation entre le degré de déférence et la nécessité de permettre au for de la coordination de privilégier la justice sur la coordination. L'examen de l'évolution de la jurisprudence anglaise apprend en effet que la limitation déduite de l'idée de justice n'est que de facture récente. Au 19<sup>ème</sup> siècle, lorsque le *forum non conveniens* était conçu comme une simple sanction de l'abus de procédure, il n'était pas encore besoin de subordonner le dessaisissement à une condition stricte liée à l'administration de la justice dans le for étranger. A l'époque des arrêts *McHenry v Lewis* et autres (*supra* n° 412), le concept de 'justice' était certes déjà présent dans la doctrine. Il s'attachait toutefois plus à la procédure du for qu'à la procédure étrangère, le demandeur sur l'exception devant montrer que la poursuite de la procédure devant le juge anglais constituait un abus source d'injustice. Cette conception fort limitée du *forum non conveniens*, qui n'était d'ailleurs que rarement acceptée, n'appelait aucune limitation tirée du respect par le juge étranger des conditions d'une bonne administration de la justice. Si la question ne se posait pas, c'est non pas que la justice étrangère était jugée par essence irréprochable, mais bien parce que le critère retenu pour déterminer la validité du dessaisissement conférait au juge du for une marge telle qu'il pouvait à loisir y intégrer des considérations relatives à la qualité de la justice étrangère.

La nécessité d'une exception ne va apparaître que progressivement avec la libéralisation déjà évoquée (*supra*, n° 421) de la doctrine. Ainsi on trouve dans l'arrêt *Saint Pierre* déjà une trace de la séparation du raisonnement en deux temps.<sup>3342</sup> Après avoir expliqué que le *stay* ne sera accordé que lorsque le défendeur a démontré que la poursuite de l'action engendrerait une injustice parce qu'elle serait pour lui oppressive ou vexatoire, la Cour d'Appel ajouta alors que l'accueil du *stay* "ne doit pas causer d'injustice au demandeur".<sup>3343</sup> On trouve là en germe le début d'une limitation du mécanisme tirée de la nécessité d'éviter de mettre en péril les intérêts du demandeur qui a saisi les tribunaux anglais. L'exception ainsi esquissée au fonctionnement du *forum non conveniens* n'avait cependant qu'un champ d'application fort limité. D'abord parce qu'elle intervenait que rarement, le *forum non conveniens* étant encore tout entier soumis au 'droit' du demandeur de saisir les tribunaux anglais. De plus il ne semble pas que la Cour d'Appel ait voulu viser en particulier les conditions procédurales dans le for étranger. Il s'agissait sans doute bien plutôt de permettre au demandeur d'invoquer certaines caractéristiques de la procédure anglaise, dont il estimait injuste de le priver. La jurisprudence ne permet pas de déterminer la portée exacte de cette condition, le défendeur échouant le plus souvent à démontrer l'existence d'un abus, la question de l'exception n'étant dès lors pas abordée.

768. **Exception de justice et degré de déférence – Illustration sur base de la jurisprudence anglaise (suite)** – Ce n'est que lorsque l'ouverture au fait judiciaire étranger se fit plus grande et que le *forum non conveniens* prit sa forme moderne, que les tribunaux ont ressenti le besoin de limiter l'effort de coordination au moyen d'une condition liée à la bonne administration de la justice. Cette condition n'a pris sa forme définitive que vers la fin du 20<sup>ème</sup> siècle, en même temps que les contours de l'exception du for approprié étaient définis. Il a ainsi fallu attendre l'arrêt *MacShannon*,<sup>3344</sup> pour que la formulation du test, proposée par Lord Diplock, sépare clairement les deux phases du raisonnement. La seconde branche du test telle qu'elle était envisagée à l'époque visait

<sup>3342</sup> *Saint Pierre v South American Stores Ltd.*, [1938] 1 K.B. 382 (C.A.), *supra*.

<sup>3343</sup> "[...] the stay must not cause an injustice to the plaintiff" : [1938] 1 K.B. 382, 398 (C.A.).

<sup>3344</sup> *MacShannon v Rockware Glass, Ltd.*, [1978] A.C. 795.

toutefois encore, comme dans la jurisprudence *Saint Pierre*, à permettre au demandeur de s'opposer au sursis à statuer en alléguant la perte d'un avantage dont il bénéficierait devant le juge anglais, par exemple un mécanisme permettant de forcer l'adversaire à collaborer à la charge de la preuve (*discovery*) ou encore l'espoir d'obtenir un dédommagement plus élevé.<sup>3345</sup> En ce sens, l'exception invitait le juge à procéder à une comparaison entre les deux procédures en vue de déterminer si la perte d'un avantage pour le demandeur ne le condamnait pas à une injustice. On mesure la différence avec l'exception d'injustice évoquée dans ce chapitre, cette dernière visant non pas les qualités intrinsèques ou supposées de la justice du for, mais bien les défauts rédhibitoires de la justice étrangère.

L'exception de justice prendra sa forme définitive avec l'arrêt *Spiliada*.<sup>3346</sup> Dans cette affaire la Chambre des Lords réaffirma que le 'stay' ne serait pas accordé en faveur d'un for étranger clairement plus approprié lorsque "pareil sursis à statuer heurterait les exigences de la justice".<sup>3347</sup> L'interprétation donnée à cette exception changea cependant radicalement : il ne s'agissait plus de tenir compte de tel ou tel avantage dont le demandeur pourrait bénéficier devant le juge anglais. L'exception ne pourra dorénavant entrer en jeu que si le demandeur établit "par des éléments objectifs qu'il n'obtiendra pas justice devant le juge étranger".<sup>3348</sup>

La Cour prit soin de définir plus précisément les contours de l'exception : elle expliqua que celle-ci ne visait pas à permettre au demandeur de s'opposer au dessaisissement uniquement sur base de la perte d'un avantage juridique ou personnel liée à la procédure anglaise, même si cet avantage était légitime. Une telle conception, expliqua la Cour, "serait en contradiction avec l'approche objective" assignée à l'exception du for plus approprié.<sup>3349</sup> Il faudra donc plus que la simple perte d'un avantage pour obtenir le rejet de l'exception. Lord Goff précisa d'ailleurs qu'en règle générale, le dessaisissement ne pouvait être refusé "en raison du simple fait que le demandeur serait privé d'un avantage" lié à la procédure anglaise.<sup>3350</sup> Le changement radical de la portée de l'exception de justice s'explique lorsque l'on se rappelle la portée de la jurisprudence *Spiliada* (*supra*, n° 430) : avec cette décision la Chambre des Lords a en effet définitivement abandonné la conception traditionnelle du *forum non conveniens*, qui n'était pas sans favoriser quelque peu la justice nationale. Maintenant que le partage entre les deux fors se déroule sur des bases strictement objectives, on comprend que les juges anglais aient estimé nécessaire de se réserver une porte de sortie.

<sup>3345</sup> La Cour expliquait que "the stay must not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage which would be available to him if he invoked the jurisdiction of the English court" ("l'accueil de l'exception ne doit pas avoir pour effet de priver le demandeur d'un avantage légitime, qu'il soit personnel ou juridique, dont il aurait pu se prévaloir devant le tribunal anglais"), [1978] AC 795, 812.

<sup>3346</sup> *Spiliada Maritime Corp. v Cansulex Ltd.*, [1987] AC 460, *supra*.

<sup>3347</sup> "if there is some other available forum which prima facie is clearly more appropriate for the trial of the action, [the court] will ordinarily grant a stay, unless there are circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted" : [1987] AC 460, 478.

<sup>3348</sup> Le 'stay' n'est pas à l'ordre du jour "if it is established objectively by cogent evidence that the plaintiff will not obtain justice in the foreign jurisdiction" ([1987] AC 460, 478).

<sup>3349</sup> "Simply to give the plaintiff his advantage at the expense of the defendant is not consistent with the objective approach" de la doctrine, ([1987] AC 460, 482).

<sup>3350</sup> "As a general rule, I do not think that the court should be deterred from granting a stay, or from exercising its discretion against granting the leave under R.S.C. Order 11, simply because the plaintiff will be deprived of such an advantage", ([1987] AC 460, 482).

769. **Exception de justice et degré de déférence – nécessité d'une clause de correction** - La séparation progressive entre les deux étapes du raisonnement dans la jurisprudence anglaise montre à notre sens que l'exception de justice ne se comprend que si le mécanisme de coordination repose sur un minimum de déférence à l'égard du for étranger.<sup>3351</sup>

Le lien suggéré entre le degré de déférence et la nécessité d'une clause de sauvegarde permet de conclure que le mécanisme de coordination que nous proposons fondé en principe sur la chronologie procédurale, appelle une clause de correction. Si l'on s'en tient effectivement à la priorité temporelle, il semble en effet nécessaire de conférer au juge second saisi une certaine marge d'appréciation pour éviter que le for de la coordination ne condamne les parties, par l'accueil de l'exception, à une justice indigne de ce nom.

L'introduction d'une exception de justice s'explique donc avant tout par un souci de réalisme : puisque l'on ne peut exclure que la justice étrangère soit, pour une raison ou une autre, déficiente, il faut permettre au for de la coordination d'en tenir compte.<sup>3352</sup> Il est facile de voir à quelles difficultés l'absence d'une telle exception pourrait mener : si le besoin s'en faisait ressentir, le for de la coordination n'aurait d'autre alternative que de recourir à une interprétation restrictive de l'une ou l'autre condition, comme par exemple celle de l'identité des litiges, pour échapper aux effets pervers de la coordination. Pour éviter de telles dérives,<sup>3353</sup> il semble plus judicieux de prévoir une clause échappatoire pour le for de la coordination.<sup>3354</sup>

La porte de sortie ainsi offerte au for second saisi peut prendre plusieurs formes. Le législateur peut tout d'abord opter, comme l'a fait la Cour de cassation française, pour une exception d'abstention facultative. Le juge second saisi est alors simplement invité à s'effacer devant son homologue étranger premier saisi, sans qu'aucune obligation ne lui soit faite de ce faire. La latitude qui lui est laissée, devrait permettre de tenir compte

<sup>3351</sup> L'absence en droit écossais d'une exception de justice confirme cette hypothèse. Telle qu'elle a été consacrée dans l'arrêt *Société du Gaz de Paris v S.A. Les Amateurs Français*, 3 décembre 1925, 1926 S.C. 13 (H.L.), la doctrine écossaise du *forum non conveniens* se montre plus restrictive que la pratique anglaise. Le dessaisissement n'y est justifié que lorsque la poursuite de la procédure écossaise porterait atteinte à l'équité et à la justice. Cette conception limitée de la déférence fait peser un poids moins lourd sur le for de la coordination, qui dispose de par le mécanisme même mis en place d'une plus grande marge de manoeuvre.

<sup>3352</sup> On ajoutera qu'il est un autre domaine dans lequel le besoin de limiter, d'une façon ou d'une autre, la confiance faite au juge étranger, se fait sentir. Il s'agit des clauses d'élection de for. Lorsque le for dérogé est d'avis que le tribunal élu par les parties n'est pas en mesure de remplir la mission qui est la sienne, il hésitera à renvoyer les parties devant le for qu'ils ont élu. L'argument et la méthode utilisée pour écarter la clause d'élection de for variera selon les juridictions, v. l'étude d'ensemble de G. KAUFMANN-KOHLER, "Compétence internationale et bouleversements politiques", in *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, P. BÖCKLI et K. EICHENBERGER (éds.), Zürich, 1983, 161-174. Pour le droit allemand, v. R. SCHÜTZE, *R.I.W.*, 1982, 775 et H. SCHACK, *IZVR*, 2<sup>ème</sup> éd., 177, n° 448, qui cite LG Hamburg, *IPRspr.*, 1980, n° 137A (clause pour l'Iran) et BAG, *J.Z.*, 1979, 647 (Liban). Dans la jurisprudence belge, v. Comm. Anvers, 9 septembre 1940, *Jur. P. Anvers*, 1940, 258) ainsi que J. LAENENS, *De bevoegdheidsconvenanten naar Belgisch recht*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 113, n° 401. *Cors.* également la loi du 7 août 1961 qui neutralisait les clauses d'élection de for en faveur des tribunaux du Congo indépendant. Selon l'article unique de cette loi, « Les dispositions conventionnelles attributives de compétence aux juridictions du Congo belge ne font pas obstacle à ce que les tribunaux belges soient saisis » (Loi du 7 août 1961, *M.B.*, 19 août 1961).

<sup>3353</sup> Dont le droit international privé est coutumier, par exemple à l'occasion de la réflexion dans les années 1970 sur les règles de conflit 'rigides'.

<sup>3354</sup> L'existence éventuelle d'une exception à la priorité de saisine fondée sur l'idée du for approprié (*supra*, n° 649), ne nous semble pas à même de rendre compte des préoccupations sous-jacentes à l'exception de justice. La seconde a en effet trait aux difficultés éventuelles liées à la qualité de la justice étrangère, alors que la première vise au contraire à pallier les déficiences éventuelles des règles de compétence du juge premier saisi.

d'éventuelles difficultés liées à la qualité de la justice étrangère.<sup>3355</sup> Notre préférence va toutefois à une clause de sauvegarde prévue expressément. Celle-ci permettra en effet de conserver à la coordination son caractère impératif – tout en conférant une certaine *souplesse* au mécanisme. Cette flexibilité serait toutefois d'emblée limitée à une difficulté précise, ce qui obligera le for de l'abstention à motiver un éventuel refus.

Sur le plan de la politique législative, nuancer le mécanisme de la coordination par le biais d'une clause de sauvegarde, par nature ouverte, permet donc d'être plus strict dans la définition de la portée et de la nature du mécanisme. Le caractère apparemment 'arbitraire' d'une règle fondé sur la priorité de saisine provoquera à notre sens moins de résistances si la règle est pourvue d'une porte de sortie. Enfin, puisque le besoin d'une clause de sauvegarde se fera de toute façon sentir, le législateur a tout intérêt à en délimiter d'emblée les contours sans obliger les tribunaux à recourir à des stratagèmes pour contourner une règle trop stricte.

**770. L'exception de justice, une exception tardive ?** – Le réalisme impose d'assortir le mécanisme de coordination d'une clause de sauvegarde, dont l'enjeu serait d'éviter que le 'renvoi' devant la justice étrangère ne conduise à un déni de justice. N'est-il toutefois pas quelque peu artificiel d'opérer une distinction entre le mécanisme de coordination et le jeu de l'exception d'ordre public ? En particulier, ne serait-il pas plus indiqué de se préoccuper de l'état de la justice étrangère dans la phase préliminaire du raisonnement, lors du contrôle de 'l'accessibilité' du tribunal étranger (*supra*, n° 453) ?

On éviterait ainsi, en cas d'injustice avérée dans le for étranger, d'obliger le for de la coordination à se pencher sur l'épineuse question de la priorité chronologique. Le droit américain offre un exemple d'une telle inversion des termes du raisonnement. Les exigences liées à la bonne administration de la justice sont en effet en droit américain intégrées à la première partie du raisonnement, dans laquelle le juge vérifie que le for étranger présenté comme plus approprié constitue un for "adéquat". Selon la Cour Suprême, il n'en est ainsi que si ce for est non seulement compétent pour prendre connaissance de la cause, mais si les moyens de droit qu'il met à la disposition des parties sont satisfaisants.<sup>3356</sup>

Si elle intervient à une phase différente du raisonnement, la condition de l'adéquation du for étranger n'en correspond pas moins à ce que nous entendons par exception de justice.<sup>3357</sup> Dans les deux cas, il s'agit de vérifier que le for étranger offre aux parties les conditions jugées essentielles d'une justice équitable. La question de l'enchaînement des interrogations s'est également posée en droit anglais, où une certaine jurisprudence a jugé bon de s'interroger sur les conditions minimales de justice qu'offre le for étranger *avant* de procéder à l'appréciation du caractère approprié des fors concurrents.<sup>3358</sup>

<sup>3355</sup> On remarquera que le législateur néerlandais n'a pas jugé utile de reprendre à l'article 12 du code de procédure civile révisé, reconnaissance l'exception de litispendance, l'exception déduite de l'intérêt légitime du demandeur devant les tribunaux néerlandais (*supra*, n° 760). Ceci se comprend dans la mesure où ce texte offre au juge néerlandais second saisi la possibilité de surseoir à statuer sans constituer une obligation.

<sup>3356</sup> *Piper Aircraft, Co v Reyno*, 454 U.S. 235, 254 (1981) : "if the remedy provided by the alternative forum is so clearly inadequate or unsatisfactory that it is no remedy at all [...] the court may conclude that dismissal would not be in the interest of justice".

<sup>3357</sup> M. Nuyts constate ainsi que même si elles interviennent à des phases différentes du raisonnement, la condition de l'adéquation du for étranger posée en droit américain et celle liée à l'accès à une justice effective limitant en droit anglais le jeu du forum non conveniens, recouvrent, en substance, des exigences très similaires (p. 246, n° 214).

<sup>3358</sup> P. ex. *Mohammed v Bank of Kuwait and the Middle East KSC* [1996] 1 W.L.R. 1483 (C.A.). En l'espèce la Cour d'Appel a considéré la question de savoir si les tribunaux du Koweït répondaient aux conditions minimales de justice dans la première partie de l'examen, v. les critiques de A. BRIGGS, *British Year. Int'l L.*, 1996, 587 et E.

771. **L'exception de justice, une exception tardive ? (suite)** – L'inversion des termes du raisonnement n'altère pas la portée du mécanisme de coordination. Qu'elle constitue une condition d'application de l'exception de coordination comme en droit américain, ou une limitation qui vient en corriger le résultat, dans les deux cas l'idée est la même : limiter la coordination en posant certaines conditions déduites du respect de garanties procédurales minimales. En faveur de l'inversion, on pourrait invoquer une appréciable économie de moyens.

Pour des raisons de clarté, il nous semble toutefois préférable de conserver à l'exception de justice son caractère d'exception. Ceci permet d'insister sur le caractère dérogoratoire de la condition de bonne administration de la justice. Il importe en effet d'éviter que le tribunal second saisi s'engouffre dans cette brèche pour mettre à mal le souci de coordination. On verra que les tribunaux ont parfois utilisé l'argument de la bonne administration de la justice pour procéder à des comparaisons entre justices nationales, s'éloignant ainsi de l'idée de protection du demandeur contre les injustices flagrantes (*infra*, n° 775). Souligner le caractère exceptionnel de la limitation déduite de la bonne administration de la justice permet au contraire d'en circonscrire la portée et d'éviter de telles dérives.

De plus se pose une question de charge de la preuve, non dénuée d'importance : en confinant les exigences d'une bonne administration de la justice au statut d'exception, il est possible d'en imputer la charge de la preuve exclusivement au demandeur qui s'oppose au dessaisissement. Ceci semble de bonne politique législative. La solution inverse imposerait en effet au défendeur de livrer une preuve négative, à savoir que le for étranger n'est pas affecté de dysfonctionnements qui mettent en péril le droit des parties à un procès équitable. En définitive, la solution du droit anglais nous semble la meilleure.

772. **Exception de justice et droit conventionnel** - L'exception de justice telle qu'elle vient d'être définie, a-t-elle sa place dans un mécanisme de coordination prévu par une convention internationale? Lorsque la coordination est le fruit d'un effort unilatéral de coopération judiciaire d'un Etat, on comprend qu'il se réserve la possibilité de subordonner l'application du mécanisme au respect de certaines conditions. Doit-il en être de même lorsque l'Etat s'engage par traité avec un autre, pour permettre aux tribunaux de refuser leur collaboration lorsque les conditions minimales d'une bonne justice ne sont pas remplies?

Le processus de sélection des partenaires conventionnels devrait permettre d'opérer un premier tri fondé sur l'examen des garanties offertes par le système étranger.<sup>3359</sup> Pourquoi en effet s'engager dans des négociations avec un Etat lorsque l'on entretient des doutes sur la qualité de la justice qu'offrent ses tribunaux? Ce serait assurément prendre un risque et rendrait obligatoire le recours à de nombreuses conditions qui diminuerait d'autant la valeur de l'accord obtenu.<sup>3360</sup> On peut toutefois se demander si le mécanisme

---

PÉEL, *L.Q.R.*, 1997, 43. Ces auteurs relevent que la distinction entre les deux branches de l'examen est importante en raison de la différence d'appréciation de la charge de la preuve, qui repose sur le défendeur dans la première branche et sur le demandeur dans la seconde.

<sup>3359</sup> Sur le processus de sélection des Etats pour un traité de droit international privé, v. H. VAN HOUTTE, "La modélisation substantielle", in *La mondialisation du droit*, E. LOQUIN (éd.), Travaux du centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux n° 19, Paris, Litec, 2000, (207), 210 e.s.

<sup>3360</sup> On pense à la condition de 'bilatéralisation' à laquelle certains voudraient subordonner l'efficacité de la future Convention de La Haye, v. article 42 du projet. On sait que cette condition a grandement handicapé la Convention de La Haye de 1971.

de sélection des parties contractantes est à lui seul suffisant pour évacuer toutes les craintes.

Les conventions internationales ne prévoient généralement pas de clause de sauvegarde permettant au juge second saisi d'écarter la priorité de principe accordée à son collègue étranger premier saisi. Seul le projet de Convention de La Haye fait exception à la règle, qui prévoit une condition liée au respect d'un délai raisonnable par le juge au profit duquel l'exception de litispendance est invoquée.<sup>3361</sup> Il faut sans doute voir dans cette condition l'énième manifestation de la timidité des Etats parties aux négociations : elle vient s'ajouter à la nature mixte de la Convention et à la faiblesse des règles de reconnaissance et d'exécution qui constituent autant de signes que les futurs Etats contractants entendent conserver une emprise certaine sur le jeu de la coopération judiciaire.

A cette première exigence particulière vient s'ajouter, comme dans d'autres conventions, celle du pronostic de reconnaissance. Or, comme on l'a vu, ce pronostic suppose que le for de l'abstention vérifie que les conditions posées à la reconnaissance de la future décision étrangère soient remplies. Partant le for de l'abstention pourra exciper d'une probable violation de l'ordre public pour refuser de donner suite à la demande de coordination. Il faut enfin rappeler que dans certaines conventions, l'exception de litispendance est seulement *facultative*, ce qui permet encore une fois au for de l'abstention de tenir compte d'éventuelles difficultés que révélerait la conduite de la procédure étrangère.

**773. Exception de justice et droit conventionnel (suite)** - Au total, le droit conventionnel permet donc, le plus souvent par des voies détournées, au for de la coordination d'exercer un certain contrôle sur la qualité de la justice offerte par le tribunal concurrent. On comprend fort bien que ce contrôle ne soit pas expressément prévu : il serait pour le moins délicat pour un Etat d'insister à la table des négociations sur une exception qui trahit le peu de confiance qu'il accorde aux tribunaux de son ou de ses partenaires. Il n'en demeure pas moins que, comme déjà expliqué, il nous semble préférable de réserver expressément l'hypothèse du tribunal étranger déficient plutôt que de s'en remettre à un pouvoir d'appréciation général, et donc susceptible d'interprétation extensive, voire abusive. La solution retenue par les négociateurs de La Haye nous semble la plus judicieuse.

En réservant expressément la question du délai raisonnable, les Etats ont reconnu que la coordination pouvait se heurter à une question de qualité de la justice. Dans le même temps, la limitation apportée à la coordination exclut à notre sens que le juge second saisi s'engage dans des investigations générales sur le travail du juge premier saisi. L'accroc éventuel au mécanisme de coordination est ainsi à la fois ouvertement reconnu et immédiatement encadré dans des limites strictes. La solution mérite d'être suivie.<sup>3362</sup>

**774. Exception de justice et droit conventionnel (suite)** - On aura compris que tout est affaire de confiance réciproque et de volonté politique, deux Etats s'engageant à respecter mutuellement la primauté de saisine pouvant estimer nécessaire de prévoir une exception au souci de coordination dont ils font par ailleurs preuve. On se demandera

<sup>3361</sup> *Infra*, n° 806 sur cette clause. On remarquera que l'exception de for approprié prévue par la même Convention ne réserve pas l'exigence du délai raisonnable.

<sup>3362</sup> Sous réserve de nos commentaires relatifs au 'fond' du problème, *infra*, n° 787.

toutefois quelle peut être la légitimité du refus d'un tribunal de céder la priorité à un collègue étranger lorsque la convention qui lie les deux Etats concernés, ne prévoit aucune exception à l'obligation de coordination. Certes, on a vu que les tribunaux pourraient éventuellement profiter du caractère facultatif de la coordination pour échapper à ce qu'ils estiment être une déficience de la justice étrangère. Il n'en sera toutefois pas toujours ainsi.

**775. Exception de justice et litispendance européenne** – Il est en effet une règle particulière de coordination qui ne laisse en principe aucune place au refus du juge second saisi de céder la priorité au tribunal premier saisi. On aura bien sur reconnu l'exception de litispendance européenne, dans ses multiples avatars. L'automatisme de principe de cette règle n'est pas sans poser difficulté. L'expérience a en effet montré que, même si le rapprochement progressif des systèmes judiciaires nationaux et l'existence du cadre de référence posé par la Convention européenne des droits de l'homme, permettra dans la majorité des cas d'éviter les accidents, de sérieuses différences séparent encore les Etats membres. Les deux affaires récentes déjà évoquées, qui mettaient en jeu la réserve d'ordre public prévue à l'article 27 de la Convention [devenu article 34 du Règlement], illustrent la difficile position du juge second saisi. Dans la première, se posait la question de savoir si un tribunal allemand pouvait légitimement refuser d'accorder effet à une décision française portant condamnation par contumace d'une personne, qui n'avait pas été autorisée à se faire représenter par un avocat du fait de son absence devant la Cour d'Assises.<sup>3363</sup> La seconde soulevait un problème d'accès au tribunal, une partie ayant été condamnée par un tribunal anglais à verser une importante caution qu'elle était dans l'impossibilité de fournir.<sup>3364</sup>

Les mêmes questions pourraient se poser non plus au stade de la reconnaissance, mais lorsque les deux procédures sont encore en cours. Pourrait-on tolérer un recours à l'ordre public pour faire exception à la litispendance? Le texte de la disposition n'apporte aucune réponse à cette question. Il se contente d'indiquer que le dessaisissement n'est pas une simple faculté pour le juge second saisi. La Cour de Justice a également insisté sur le caractère impératif du dessaisissement : au nom de la prévention des jugements contradictoires, elle s'est ainsi refusée à autoriser le juge second saisi à contrôler la compétence de son concurrent.<sup>3365</sup> Il semble dès lors difficile de lui conférer la possibilité de s'interroger sur les garanties offertes par ce dernier. Il reste qu'au contraire de la compétence indirecte, l'ordre public constitue, au moins jusqu'à nouvel ordre,<sup>3366</sup> un

<sup>3363</sup> C.J.C.E., 28 mars 2000, *Krombach t. Bamberski*, aff. C.R.G.D.I.P., 2000, 481 et les commentaires de J. GUNDEL, "Der einheitliche Grundrechtsraum Europa und seine Grenzen : zu EMRK-konformen Interpretation des Ordre-Public-Vorbehalts des EuGVÜ durch den EuGH", *Eur. Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2000, 442-448 ; R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, "Límites a la construcción de un 'orden público europeo' en materia de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski de 28 de marzo de 2000", *Revista de derecho comunitario europeo*, 2000, 593-617 ainsi que de M. R. MOURA RAMOS, « Public Policy in the Framework of the Brussels Convention. Remark on two Recent Decisions by the European Court of Justice », *Yearb. P.I.L.*, 2000, 25-39.

<sup>3364</sup> Affaire *Portéa* précitée.

<sup>3365</sup> C.J.C.E., affaire *Overseas* précitée, *supra*, n° 180.

<sup>3366</sup> La Commission avait suggéré sa disparition dans la note dite Gradin, v. l'article 37bis de la proposition (J.O.C.E., 31 janvier 1998, C-33/20) Cette suggestion avait été applaudie par une partie de la doctrine (notamment par P. VLAS, "Het voorstel voor een 'Europese Titel' in het licht van de Europese Bevoegdheids- en Executieverdragen", in in *Betekening in het buitenland en de Europese titel*, Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders, Arnhem, Gouda Quint, 1996, qui se demandait si "deze weigeringsgrond nog wel gehanteerd mag worden in intra-communautaire verhoudingen"). D'autres commentateurs étaient plus sceptiques, v. A. BURNS, "Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA", *J.Z.*, 1999, 278 e.s. et A. STADLER, "Die Revision des Brüsseler und des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtliche Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen -



motif de refus de reconnaissance. Le for de la litispendance pourrait dès lors paradoxalement être amené dans un premier temps à renoncer à statuer pour ensuite refuser de reconnaître la décision du juge premier saisi, s'il apparaît que celle-ci contrevient à son ordre public. On conçoit qu'une telle éventualité confinerait au déni de justice.

L'espace judiciaire européen se trouve ainsi une nouvelle fois confronté à des considérations tout à fait légitimes, mais dont la prise en compte conduirait à porter atteinte à une disposition centrale de l'équilibre européen.<sup>3367</sup> Il serait trop facile d'évacuer le dilemme par une pirouette en minimisant l'importance de la question, qui 'ne se poserait pas en pratique'. On nous permettra toutefois d'examiner cette question en détail à l'occasion de l'étude du problème particulier du délai raisonnable (*infra*, n° 807).

(ii) La portée de l'exception de justice

**776. Introduction** - Les pages qui précèdent ont montré qu'il pouvait être utile de ménager une porte de sortie au for de la coordination. Comme le faisait remarquer Lord Diplock dans l'affaire *The Abidin Daver*, "On ne peut exclure qu'il existe encore certains pays dont les tribunaux ne garantiront pas une pleine justice aux plaideurs étrangers dans certains types de litige, que ce soit pour des raisons idéologiques ou politiques ou à cause du manque d'expérience ou d'efficacité des tribunaux ou d'un retard excessif dans la conduite de la justice ou encore l'inexistence de certains remèdes".<sup>3368</sup>

Sur le plan des principes au moins, on s'accordera donc pour permettre aux tribunaux de repousser l'exception d'abstention dans des circonstances exceptionnelles. Il faut cependant se demander quelle doit être la portée d'un tel mécanisme. On ne peut en effet ignorer le risque que fait peser l'exception de justice sur le souci de coordination. Les tribunaux pourraient ainsi être tenté de reprendre d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre.

L'évolution récente de la jurisprudence anglaise illustre les dangers de l'accueil d'une exception de justice. L'affaire *Connolly*, déjà évoquée, avait lorsqu'elle fut tranchée tout de la proverbiale exception qui confirme la règle, tant elle paraissait se situer à l'extrême limite de ce que les tribunaux pouvaient tolérer sans remettre en question le principe du dessaisissement.<sup>3369</sup> Les plaideurs eurent cependant vite fait de s'engouffrer dans la brèche ouverte par l'arrêt de la Chambre des Lords. Peu de temps après cette décision, cette

---

Vollstreckbarerklärung und internationale Vollstreckung", in *Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht*, P. GOTTWALD (éd.), Bielefeld, Gieseking Verlag, 1999, (27), 45. Comme le faisaient remarquer MM. Walter et Baumgartner, "Whether such simplifications will be politically feasible remains to be seen. There has been strong support for keeping a public policy defense" (G. WALTER en S. P. BAUMGARTNER, *l.c.*, in G. WALTER en S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2000, (1), 3, note 17). Le Règlement 44/2001 conserve la réserve d'ordre public, tout en lui conférant une portée plus réduite sur le modèle des Conventions de La Haye.

<sup>3367</sup> *Comp. supra* n° 182 à propos de la tension entre autonomie de la volonté et litispendance.

<sup>3368</sup> "The possibility cannot be excluded that there are still some countries in whose courts there is a risk that justice will not be obtained by a foreign litigant in particular kinds of suits whether for ideological or political reasons or because of inexperience or inefficiency of the judiciary or excessive delay in the conduct of the business of the courts or the unavailability of appropriate remedies" : *The Abidin Daver*, [1984] AC 398, 411.

<sup>3369</sup> A la suite de la décision de la Chambre des Lords, le Lord Chancellor anglais a même évoqué la possibilité d'une intervention législative pour neutraliser la jurisprudence *Connolly*, v. la lettre citée par C. J. G. MORSE, « Not in the Public Interest ? *Lubbe v. Cape Plc* », *Texas Int'l L.J.*, 2001, (541), 549-550.

même cour du ainsi à nouveau se pencher sur les limites de l'exception de justice. En l'espèce le litige opposait d'anciens employés d'un conglomérat minier actif en Afrique du Sud, à qui ils demandaient compensation pour les maux dont ils souffraient suite à leur exposition à l'amiante extraite des mines. Tout comme dans l'affaire *Cornelley*, il ne faisait pas de doute que les tribunaux sud-africains étaient mieux placés que les tribunaux anglais pour connaître de l'affaire.<sup>3370</sup>

Pour convaincre le juge anglais de ne pas se dessaisir, les victimes invoquaient dès lors l'absence d'aide judiciaire en Afrique du Sud, qui rendait illusoire la conduite d'une procédure dans ce pays. On a pu alors se demander si cette jurisprudence laissait subsister un rôle pour le principe du for inapproprié, ou si des considérations tenant à la garantie d'une bonne justice ne l'avaient pas totalement supplanté.<sup>3371</sup> Cette interrogation vaut tout autant pour le mécanisme général de coordination, dont on peut craindre qu'il ne souffre d'une exception de justice trop largement entendue. Cette question s'est posée très tôt aux tribunaux anglais et américains. L'exemple de ces deux jurisprudences nous permettra de mieux cerner la portée de l'exception de justice. On examinera dans un premier temps les considérations qui à notre sens ne peuvent justifier une exception à la coordination pour ensuite s'attacher à en préciser positivement la portée, notamment en ce qui concerne la portée particulière du délai raisonnable.

#### A. Délimitation négative de l'exception de justice : le refus des comparaisons matérielles

777. **Préliminaires** – On a déjà constaté le peu d'empressement dont faisait preuve la jurisprudence à l'égard de la coordination des procédures concurrentes (*supra*, n° 434). Comment ne pas dès lors craindre que l'exception de justice ne soit l'occasion pour les tribunaux de restreindre à peu de frais l'effort de coordination ? Plus encore qu'une réticence des tribunaux, on peut s'attendre à ce que les parties voient dans l'exception de justice le levier qui leur permettra de triompher de la coordination. Pour mesurer la pression qui pèsera sur cette exception, il suffit d'évoquer le sort de l'exception d'ordre public dans le conflit de lois ou la doctrine des effets des jugements étrangers : échappatoire par excellence au jeu normal des règles de droit international privé, l'exception d'ordre public est invoquée plus souvent qu'à son tour par des plaideurs soucieux d'écartier l'application du droit étranger ou de repousser un jugement étranger.

Les expériences anglaise et américaine confirment la faveur dont jouit l'exception de justice auprès des plaideurs. Ceux-ci invoquent en effet les circonstances les plus variées démontrant à leurs yeux l'incapacité du tribunal étranger à rendre justice. C'est ainsi qu'on a vu certains s'appuyer sur le fait que la loi nationale désignée par les règles de conflit du for étranger serait moins 'favorable' que celle désignée par la règle du for,<sup>3372</sup> en particulier parce qu'elle ne permettrait pas d'obtenir une indemnisation du dommage d'un niveau équivalent.<sup>3373</sup> On a encore pu alléguer que le for étranger ne présentait pas

<sup>3370</sup> [2000] 2 Lloyd's Rep. 391 par Lord Bingham (H.L.). Il n'en allait pas ainsi au début de l'affaire puisqu'à l'époque seules quelques unes des 3000 victimes s'étaient portées plaignante.

<sup>3371</sup> Certains commentateurs ont ainsi évoqué le passage d'un principe du *forum conveniens* à celui de *fiscus conveniens*.

<sup>3372</sup> P. ex. *Piper Aircraft Co v Reyno*, 454 U.S. 235, 255.

<sup>3373</sup> P. ex. *Ministry of Health v Shiley*, 858 F. Suppl. 1426, 1441 (D.C. Cal. 1994) ; *Warr v M/Y Mavidome*, 961 F. Supp. 1357 (S.D. Cal. 1997) ; *Wolf v Boeing Co*, 810 P.2d 943, 949 (1991). V. déjà *Piper Aircraft* at 255. En Angleterre l'argument a été évoqué dans l'affaire *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1987] AC 460, 483 ; *E duard Cornelley v R.T.Z. Corp., Plc.* [1998] AC 854, 873.

de garanties suffisantes parce que le demandeur ne pourrait s'appuyer sur certaines techniques de procédure, comme par exemple la possibilité de forcer l'adversaire à produire certains documents,<sup>3374</sup> celle de pouvoir associer son conseil aux risques de la procédure<sup>3375</sup> ou encore le privilège de présenter sa demande à un jury.<sup>3376</sup>

**778. Refus des comparaisons entre justices nationales** - L'accueil sans réserve de ces arguments aurait vite fait de vider le *forum non conveniens* de sa substance puisqu'il suffirait au demandeur d'insister sur les différences séparant les deux ordres juridiques, de quelque nature qu'elles soient, pour obtenir le rejet de l'exception. Deux raisons de principe militent au contraire contre toute comparaison entre les justices nationales pour déterminer si les conditions d'une bonne justice sont remplies.

Comme on l'a fait remarquer,<sup>3377</sup> une comparaison des avantages et désavantages respectifs de chacun des systèmes n'a de sens que si le tribunal adopte le point de vue d'une des parties. L'avantage supposé pour une partie correspond en effet nécessairement au désavantage pour l'autre. Ce serait toutefois aller à l'encontre de l'égalité des armes, qui exige que le tribunal s'élève au-dessus des points de vue particuliers des deux adversaires.

Les tentatives de comparaison portent ensuite atteinte à l'esprit de *relativité* sans lequel le contentieux international ne peut fonctionner.<sup>3378</sup> Comment prétendre en effet qu'un tel système est 'meilleur' qu'un autre, que la justice y sera 'mieux' rendue en raison de l'existence de telle ou telle caractéristique? Pourquoi les parties seraient-elles mieux protégées parce qu'elles peuvent faire appel à tel système de production de preuves et non un autre? Sans tomber dans un relativisme absolu, qui priverait la recherche de droit comparé d'une grande partie de son sens, il faut se garder de conférer à tel ou tel élément de la procédure du for une valeur absolue. L'existence même d'une pluralité de systèmes témoigne bien de la difficulté d'un quelconque classement hiérarchique. En outre, la comparaison d'éléments pris isolément ne fait certainement pas justice à l'équilibre que chaque système s'efforce d'atteindre. Ainsi la méfiance traditionnelle des ordres juridiques continentaux face au pacte de *quorum litis*<sup>3379</sup> et l'absence d'esprit d'entreprise parmi les professions juridiques classiques ne mettent pas pour autant à mal la possibilité pour les justiciables moins fortunés de plaider leur cause. Cette absence est en effet largement compensée par l'existence de systèmes d'aide judiciaire financés par les deniers publics.<sup>3380</sup>

<sup>3374</sup> Procédure de discovery: p. ex. *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1987] AC 460, 482; *Murray v British Broadcasting Corp.*, 81 F. 3d 287, 292 (2d Cir. 1996) ou *The Xin Yang* [1996] 2 Lloyd's Rep. 217 (C.A.).

<sup>3375</sup> Le pacte de *quorum litis*, p. ex. *Magnin v. Telebyrne Continental Motors*, 91 F. 3d 1424 (11th Cir. 1996); *De Melo v Lederle Lab.*, 801 F. 2d 1058 (8th Cir. 1986) et *Cornelly v RTZ Corp. plc.*, précité.

<sup>3376</sup> *Peabody Holding Co v Costan Group plc*, 808 F. Supp. 1425 (E.D. Mo 1992), *Magnin*, précité, 91 F. 3d 1424 (11th Cir 1996).

<sup>3377</sup> J. G. COLLIER, "Staying Actions and Forum Non Conveniens. English Law Goes Scotch", *C.L.J.*, 1987, 33. Dans le même sens, Lord Goff in *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1986] 3 All ER 859: « an advantage to the plaintiff will ordinarily give rise to a comparable disadvantage to the defendant ».

<sup>3378</sup> M. Nuyts évoque également la "justice procédurale de droit international privé" pour approuver le refus de comparaison (p. 247, n° 215) et cite P. LAGARDE, o.c., *Recueil des cours*, 1986, t. 196, 144, n° 145.

<sup>3379</sup> Méfiance qui disparaît progressivement, comme en témoigne l'évolution récente des droits anglais et néerlandais sur la question.

<sup>3380</sup> On rappellera que les Etats signataires de la Convention européenne des droits de l'homme sont soumis à certaines obligations positives à ce sujet, v. l'arrêt *Airey c Irlande* du 9 octobre 1979, Série A, n° 32. V. également la proposition établie par la Commission européenne pour une Directive du Conseil visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières, par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire et à d'autres aspects financiers des procédures civiles du 18 janvier 2002, COM(2002)13 final.

779. Refus des comparaisons entre justices nationales (suite) - La jurisprudence anglaise - Au vrai, faire dépendre le sort de l'exception de justice de comparaisons proprement 'matérielles' entre les systèmes, ferait immanquablement tomber dans les travers de 'l'impérialisme juridique' et du 'juridico-centrisme'. On ne peut dès lors que se féliciter que les tribunaux anglais ne se soient pas engagés sur cette voie. Au contraire, l'examen de la jurisprudence révèle qu'ils font preuve d'une grande réserve sur la question. La Chambre des Lords a en effet expressément condamné toute entreprise de comparaison entre les systèmes judiciaires en cause. Lord Diplock expliquait déjà dans l'affaire *Abidin Daver* qu'une telle comparaison serait "inappropriée".<sup>3381</sup>

Lord Goff a confirmé l'abandon de toute comparaison dans l'affaire *Spiliada*.<sup>3382</sup> Relevant que certaines juridictions offraient au demandeur des avantages considérables en matière d'administration de la preuve ou de compensation plus élevée, le juge expliqua que l'absence d'avantages équivalents dans le for étranger présumé plus approprié ne devait pas empêcher le tribunal anglais de se dessaisir, s'il était convaincu que le for étranger serait à même de rendre pleine justice.<sup>3383</sup> Le juge anglais souligna également que, si de nombreuses différences séparaient les justices nationales sur le point de savoir quelle collaboration on pouvait attendre des parties en matière d'administration de la preuve, "il ne fait pas de doute que chaque système a ses vices et ses vertus [...] et en règle générale, je ne peux accepter qu'on prétende que justice ne sera pas rendue lorsqu'une partie est forcée d'accepter" l'un ou l'autre système étranger.<sup>3384</sup> Lord Goff fit également peu de cas des différences en matière d'indemnisation : en principe la possibilité d'obtenir une compensation financière supérieure dans le for anglais ne suffira pas à empêcher le dessaisissement.<sup>3385</sup>

Les principes énoncés par Lord Goff furent immédiatement mis en pratique dans l'affaire *De Dampierre* déjà évoquée (*supra*, n° 5). En l'espèce l'épouse s'opposait au dessaisissement du juge anglais en invoquant le fait que le droit français pouvait se révéler très désavantageux en ce qui concerne l'attribution d'une éventuelle pension alimentaire.<sup>3386</sup> La Chambre des Lords refusa de faire droit à cet argument. Elle constata au contraire que

<sup>3381</sup> *The Abidin Daver*, [1984] 1 A.C. 410 : "it is quite inappropriate for English judges to undertake any such supposed comparison or to allow the exercise of their discretion to stay an English action to be influenced by it". V. également *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co.*, [1984] AC 50, 67.

<sup>3382</sup> [1986] 3 All ER 859-860.

<sup>3383</sup> [1986] 3 All ER 859 : "I do not think that the court should be deterred from granting a stay of proceedings [...] simply because the plaintiff will be deprived of such an advantage, provided that the Court is satisfied that substantial justice will be done in the available appropriate forum".

<sup>3384</sup> [1986] 3 All ER 859 : "No doubt each of these systems has its virtues and vices ; but, generally speaking I cannot see that, objectively, injustice can be said to have been done if a party is, in effect, compelled to accept one of these well-recognised systems applicable in the appropriate forum overseas". Il s'agit d'une position bien établie, v. dans le même sens, *Trendtex Trading Corp. v Crédit Suisse*, [1981] 3 All ER 520, [1982] AC 679 (la Chambre des Lords approuve la décision du juge du fond, [1980] 3 All ER 721, qui s'était dessaisi en faveur du juge suisse, alors même que la procédure suisse ne prévoyait pas de système de discovery tel que le connaissait le droit anglais).

<sup>3385</sup> [1986] 3 All ER 860 : "I do not think that an English court would, in ordinary circumstances, hesitate to stay proceedings brought by one of them against the other in this country merely because he would be deprived of a higher award of damages here". V. également *Radbakeristma Hospitality Service Private Ltd. v EIH Ltd. ; Ewest SA v EIH Ltd.*, [1999] Lloyd's Rep. 249 (alléguer une différence dans le montant d'indemnisation espéré ne suffit pas pour empêcher un dessaisissement).

<sup>3386</sup> *De Dampierre v De Dampierre*, [1988] 1 A.C. 92 (H.L.).

la seule circonstance que le 'renvoi' vers le for français priverait l'épouse d'un avantage particulier, ne suffisait pas à renverser la présomption en faveur du for approprié.<sup>3387</sup>

Les décisions les plus récentes ont confirmé le refus des comparaisons matérielles : dans l'affaire *Cornelley*, Lord Goff déduisit de la jurisprudence antérieure un "principe général" selon lequel "si le tribunal étranger est mieux placé pour connaître de la cause, le demandeur devra en règle générale accepter ce for tel qu'il le trouve, même si sous certains aspects, il est moins avantageux que le for anglais".<sup>3388</sup>

**780. Refus des comparaisons entre justices nationales (suite) - La jurisprudence américaine** - La jurisprudence américaine, quoique moins ferme, va généralement dans le même sens. Dans l'affaire *Piper Aircraft*,<sup>3389</sup> la Cour d'Appel avait refusé de faire à droit à une exception de for approprié invoquée au profit des tribunaux écossais, en notant qu'un 'renvoi' devant ces tribunaux amènerait un changement de la loi applicable au fond qui serait profondément désavantageux pour les demandeurs, puisqu'ils perdraient le bénéfice de la responsabilité objective prévue par le droit américain.<sup>3390</sup> La Cour Suprême refusa de s'engager dans cette voie. Elle expliqua que l'influence éventuelle du *forum non conveniens* sur le droit applicable au fond "ne doit pas en règle générale, être considéré comme un élément décisif ni même important dans l'évaluation du caractère approprié des fors".<sup>3391</sup> Et la Cour de préciser que s'il en était autrement, "le dessaisissement pourrait s'avérer impossible alors même que le for élu par le demandeur est inapproprié".<sup>3392</sup>

La réticence à tenir compte d'arguments déduits de la comparaison avec la justice étrangère ne se limite pas à la question du droit applicable. Les tribunaux américains ont également refusé de voir dans certaines caractéristiques de leur procédure, comme l'institution du jury populaire, le système des 'contingency fees' ou encore la procédure d'obtention des preuves une condition essentielle d'une bonne justice.<sup>3393</sup>

<sup>3387</sup> La réserve dont font preuve les tribunaux est approuvée par la doctrine. M. Fawcett note par exemple que "for an English court to investigate such a matter and to pronounce a judgment on it is not consistent with the mutual regard which the courts of friendly states, each of which has a well developed system for the administration of justice, owe, or should owe, to each other": J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad: The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, (205), 213.

<sup>3388</sup> *Edward Cornelley v R.T.Z. Corp., Plc*, [1998] AC.854, 872, [1997] ILPr 805, 817: "if a clearly more appropriate forum overseas has been identified, generally speaking the plaintiff will have to take that forum as he finds it, even if it is in certain respect less advantageous to him than the English forum". Dans le même sens, *Lubbe v Cape Plc, Lubbe v Cape*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 383, 390: "The plaintiff will not ordinarily discharge the burden lying upon him by showing that he will enjoy procedural advantages, or a higher scale of damages or more generous rules of limitation if he sues in England; generally speaking the plaintiff must take a foreign forum as he finds it, even if it is in some respect less advantageous to him than the English forum" (Lord Bingham). V. cependant *BMG Trading Ltd. v A. S. McKay*, [1998] I.L.Pr 691 (C.A.) (il y a déni de justice lorsque les limites auxquelles le droit étranger soumet la compensation du dommage sont dérisoires).

<sup>3389</sup> *Piper Aircraft Co. v Reyno*, 454 U.S. 235, 102 S. Ct. 252; 70 L. Ed (2d) 419 (1981).

<sup>3390</sup> Décision de la Cour d'appel: 630 F.2d 149, 163-164 (3d Cir. 1980). En première instance (479 F.Supp. 727, 738 (1979)), la District Court avait refusé d'accorder une importance décisive à ce facteur.

<sup>3391</sup> 454 U.S. 235, 247; 102 S. Ct. 252, 261: "The possibility of a change in substantive law should ordinarily not be given conclusive or even substantial weight in the forum non conveniens inquiry".

<sup>3392</sup> 454 U.S. 235, 249; 102 S. Ct. 252, 262: "If substantial weight were given to the possibility of an unfavorable change in law, however, dismissal might be barred even where trial in the chosen forum was plainly inconvenient".

<sup>3393</sup> Inexistence du jury: *Magnin v Telehyne Continental Motors*, 91 F. 3d 1424 (11th Cir. 1996); *Lockman Found v Evangelical Alliance Mission*, 930 F.2d 764 (9th Cir 1991); absence de procédure de pre-trial discovery: *Doe v Hylan Therapeutics Div.*, 807 F. Supp. 1117 (S.D.N.Y. 1992); *Murray v British Broadcasting Corp.*, 81 F. 3d 287, 292 (2d Cir. 1996); prohibition des pactes de quodum litis: *De Melo v Lederle Lab.*, 801 F. 2d 1058 (8th Cir. 1986); *Coakes v Arabian Am Oil*, F. 2d 572 (5th Cir. 1987).

781. Refus des comparaisons entre justices nationales (suite) - La jurisprudence allemande - On notera également que les tribunaux allemands n'ont pas non plus cédé aux sirènes de la comparaison entre procédures nationales. Comme on le verra, la jurisprudence allemande tolère une exception limitée au mécanisme de la litispendance internationale, qui vise principalement l'hypothèse du dépassement du délai raisonnable à l'étranger (*infra*, n° 798). Les plaideurs profitent parfois de cette exception pour exposer les différences séparant la procédure allemande de la procédure étrangère, qui seraient selon eux sources d'injustice.

Dans une affaire portant sur la saisie en Allemagne d'avois bancaires appartenant à une entreprise égyptienne, le saisissant faisait valoir que la procédure égyptienne, engagée antérieurement, n'offrait pas d'équivalent au mécanisme allemand de la "Urkundenprozess", et ne permettait pas de concentrer toutes les questions devant le même juge. La Cour d'Appel de Francfort rejeta l'argument en faisant observer qu'il ne suffisait pas, pour démontrer l'injustice qu'engendrerait la conduite de la procédure étrangère, de comparer les mérites respectifs des deux procédures.<sup>3394</sup>

782. Refus des comparaisons entre justices nationales - suite et fin - Il nous semble que l'enseignement, très riche, des jurisprudences anglaise et américaine mérite d'être suivi.<sup>3395</sup> Il permet de délimiter de façon négative l'exception de justice, en rejetant toute une série de prétentions qui n'ont pas lieu de peser sur la décision. L'exclusion des comparaisons matérielles s'accorde d'ailleurs bien avec l'évolution récente du régime des jugements étrangers. Il fut un temps où le for de la reconnaissance s'arrogeait le droit de contrôler la loi appliquée par le juge étranger, pour vérifier si celle loi était bien compétente d'après les règles locales de conflit. Cette exigence, affirmée en droit français dans l'arrêt *Münzer*, visait avant tout à prévenir les risques de fraude.

Indirectement au moins, elle participait également de l'idée qu'il fallait protéger les plaideurs contre l'application d'une loi étrangère défavorable. C'est ce que confirme l'expérience allemande où le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger visait expressément à prévenir un 'préjudice' ('Nachteil') dans le chef des ressortissants allemands. Selon l'article 328 (1)(3) du ZPO, la reconnaissance des jugements étrangers

<sup>3394</sup> OLG Frankfurt, 8 décembre 1986, *N.J.W.-RR.*, 1988, 572 ; *R.I.W.*, 1987, 151 ; *IPRax*, 1988, 24 ; *IPRspr.*, 1986, n° 168 ; la Cour décide que le demandeur "kann sich für das Maß des zumutbaren nicht auf einen Vergleich mit deutschen Prozessverhältnissen berufen", *IPRspr.*, (381), 384. V. Aussi BGH, 26 janvier 1983, *N.J.W.*, 1983, 1269 ; *Fam.R.Z.*, 1983, 366 ; *IPRax*, 1984, 152 ; *IPRspr.*, 1983, n° 165 (le BGH rejete l'argument d'un époux allemand qui prétendait que la procédure italienne de divorce ne satisfaisait pas aux conditions élémentaires d'une bonne justice parce que la question du Versorgungsungleich ne pouvait être résolue en même temps et par le même juge que celle du divorce - *IPRspr.*, 1983, n° 165, 424, 429. Selon le BGH, il s'agissait là d'un privilège accordé en droit allemand, mais qui n'était pas nécessairement présent dans les espèces internationales).

<sup>3395</sup> V. également *Westec Aerospace Inc. v Raytheon Aircraft*, 173 D.L.R. (4th) 498 (Cour d'Appel de la Colombie britannique) : le demandeur évoquait, pour s'opposer au 'stay' sollicité par son adversaire au profit de la procédure concurrente pendante au Kansas, qu'une procédure devant un jury de cet Etat américain lui serait nécessairement préjudiciable, puisqu'elle concernait un différend avec une entreprise locale que les membres du jury ne manqueraient pas de favoriser. En première instance le juge canadien avait tenu compte de ce facteur qu'il appelait "the avoidance of a jury trial in Kansas in an action brought by a large American defence contractor in its home town". En appel, la Cour reconnut que cette circonstance "might be cause for some concern", mais qu'on ne pouvait en tenir compte à moins de violer la courtoisie internationale, principe informant toute la jurisprudence canadienne ("it is difficult, if not impossible, to reconcile [the plaintiff's] argument with the concept of comity which is the animating principle of contemporary Canadian jurisprudence in this area" : 173 D.L.R. (4th) 498, 513).

était exclue en matière familiale, si ce jugement dérogeait, au détriment d'une partie allemande, aux règles de conflits de lois allemandes.<sup>3396</sup>

Comme on l'a noté, la définition de l'idée de 'préjudice' a causé bien des soucis à la doctrine allemande.<sup>3397</sup> Les diverses interprétations proposées se rejoignent toutefois pour accorder au juge allemand la possibilité de tenir compte de la valeur favorable ou défavorable du jugement étranger pour le justiciable allemand. Par le biais du contrôle de la loi appliquée, on se rapprochait des comparaisons – bien hypothétiques d'ailleurs – entre procès nationaux dont l'ombre plane sur l'exception de justice. Fort heureusement, le contrôle de la loi appliquée, que ce soit dans sa version 'abstraite' telle que l'on la connaît en droit français, ou 'concrète' du droit allemand, disparaît progressivement de la doctrine des effets des jugements étrangers. Le législateur allemand a ainsi éliminé en 1986 toute référence au 'préjudice' que subirait une partie du fait de l'application d'une loi étrangère.<sup>3398</sup>

Quant au contrôle de la loi appliquée en droit français, la jurisprudence l'a quasiment neutralisé par le biais de la notion d'équivalence fonctionnelle entre loi appliquée et loi désignée par la règle française de conflit. Qu'elle ait également disparu de l'espace judiciaire européen<sup>3399</sup> témoigne bien de la relativité croissante des règles nationales de conflit de lois, relativité qui empêche d'ériger le respect de celles-ci en obstacle à la reconnaissance.<sup>3400</sup> Il en va à notre sens tout autant des mérites respectifs des règles matérielles ou de procédure, qui ne sauraient en principe fonder un refus de faire droit à la coordination.

Une fois les comparaisons entre justices nationales exclues, il reste maintenant à s'interroger sur la portée à conférer à l'exception de justice.

## B. L'exception de justice, sanction du déni de justice

**783. Introduction** - L'exception de justice qui vient corriger le mécanisme de coordination ne peut être le lieu d'une comparaison, par essence biaisée, entre les 'avantages' que chaque partie entend retirer de la conduite du litige dans tel ou tel for. Si l'on veut éviter de remettre en question le postulat d'équivalence qui sous-tend la coordination, il faut réserver le jeu de l'exception de justice à des situations véritablement exceptionnelles. Pour en préciser la nature, on proposera dans un premier temps une définition générale, qui s'articule autour du concept de déni de justice. Dans un second temps, on vérifiera la pertinence de cette définition à la lumière du problème particulier du délai raisonnable.

<sup>3396</sup> V. E. RIEZLER, "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Droit allemand", in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne. Exposé et comparaison des solutions en vigueur dans les deux pays*, Tübingen / Paris, CB Mohr / Sirey, 1954, (481), 486-487.

<sup>3397</sup> V. la note de G. HOLLEAUX, sous Cour Administrative de Stuttgart, 8 novembre 1954, *R.C.D.I.P.*, 1955, (741), 763-768.

<sup>3398</sup> H. SCHACK, *IZVR*, 2002, 374-375, n° 870. La condition ne figure d'ailleurs plus dans la loi suisse sur le droit international privé, v. article 27.

<sup>3399</sup> V. l'article 34 du Règlement 44/2001.

<sup>3400</sup> V. B. AUDIT, 1997, 396 et P. MAYER, 1998, 255, n° 388.

## 1. Le déni de justice comme fondement de l'exception de justice

784. **Exception de justice et exigences du procès équitable** - On aura compris, à la lumière des exemples évoqués jusqu'ici, que l'exception de justice vise à éviter que le souci de coordination des procédures concurrentes ne nuise aux exigences du procès équitable. Pour capturer l'essence de celles-ci, on a proposé de subordonner le jeu de la coordination au respect par le for étranger des garanties prévues par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou d'une disposition équivalente.<sup>3401</sup> La suggestion a été présentée à la Chambre des Lords dans l'affaire *Lubbe*.<sup>3402</sup> Les juges anglais n'ont toutefois pas jugé utile de s'étendre sur la question. Dans la même affaire, le juge Bingham a évoqué à plusieurs reprises le concept de "déni de justice". En l'espèce le juge avait constaté que les parties ne disposaient pas des moyens pouvant leur assurer une représentation adéquate devant les tribunaux sud-africains. Il en déduisit que le dessaisissement du juge anglais pour cause de *forum non conveniens* conduirait à un *déni de justice*.<sup>3403</sup>

785. **Exception de justice et déni de justice** - Le concept de déni de justice nous semble préférable à celui de 'bonne administration de la justice' ou encore à l'incorporation des garanties prévues par une disposition telle que l'article 6 de la Convention européenne pour délimiter les contours de l'exception de justice.<sup>3404</sup> En pratique, le résultat sera souvent le même, puisque ces concepts sont intimement liés. On peut même dire qu'il y aura déni de justice lorsque les garanties offertes par l'article 6 ne sont pas remplies.

Pour autant, rattacher l'exception au concept de déni de justice en souligne immédiatement le caractère proprement exceptionnel. Au delà de l'aspect purement sémantique, on signalerait ainsi au for de la coordination que seuls doivent retenir son attention les cas dans lesquels le demandeur serait véritablement privé du droit de faire valoir sa cause en justice. De même on éviterait ainsi de rattacher l'exception à ce qui n'est après tout qu'une conception particulière du droit à un procès équitable. On ne peut exclure que dans certaines circonstances, le procès ne réponde pas à certaines exigences particulières d'une disposition telle que l'article 6 de la CEDH, tout en ne conduisant pas nécessairement à un déni de justice flagrant.<sup>3405</sup> La charge de la preuve pesant sur le demandeur s'opposant au dessaisissement s'en trouverait également alourdie : il ne lui suffirait pas de montrer que le for étranger n'offre pas telle ou telle garantie qu'il juge essentielle. Encore faudrait-il qu'il démontre de façon convaincante que cette méconnaissance met en péril son droit de faire trancher la contestation par un juge.

<sup>3401</sup> Piste que semble emprunter A. NUYTS, 255, n° 224.

<sup>3402</sup> *Lubbe v Cape Plc*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 383, 394 ; [2000] 1 W.L.R. 1545 (H.L.) et les commentaires de P. T. MUCHLINSKY, "Corporations in International Litigation. Problems of Jurisdiction and the UK Asbestos Cases", *I.C.L.Q.*, 2001, 1 e.s. Dans l'affaire *Connelly*, le juge Bingham, siégeant alors à la Cour d'Appel, avait déjà fait le rapprochement entre l'exception de justice et l'article 6 de la CDH ainsi que l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques : *Edward Connelly v R.T.Z. Corp., Plc*, [1997] ILPr 643, 651. Il ne voyait toutefois dans ces dernières qu'une référence supplémentaire et non une limitation.

<sup>3403</sup> [2000] 2 Lloyd's Rep. 393 : "If these proceedings were stayed in favour of the more appropriate forum in South Africa, the probability is that the plaintiffs would have no means of obtaining the professional representation and the expert evidence which would be essential if these claims were to be justly decided. This would amount to a denial of justice".

<sup>3404</sup> M. Bauer plaiderait également pour une possibilité de rejeter l'exception de justice lorsque celle-ci "conduirait en fait à un déni de justice", H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands. Etude comparative*, Paris, Dalloz, 1965, 185, n° 202.

<sup>3405</sup> Il faut ajouter qu'il peut paraître spécieux d'analyser à la lumière de l'article 6 la conduite d'un procès lorsque le juge étranger n'est pas lié par cette disposition.



La formulation restrictive qu'emporte le rattachement au concept de déni de justice se marie bien avec le souci de réserver l'exception de justice à des situations pour le moins exceptionnelles. On la préférera à l'expression utilisée à l'article 14 du projet de Code belge : en faisant référence à la "bonne administration de la justice", cette disposition laisse entendre que le bénéfice de la coordination peut également être refusé lorsque la procédure étrangère, sans provoquer un véritable déni de justice, ne donne pas entière satisfaction. Ce serait ouvrir la porte à une extension peu judicieuse de l'exception, qui pourrait remettre en cause l'idée de coordination.

**786. Exception de justice et déni de justice (suite)** - Avec le concept de déni de justice, c'est l'idée d'une *injustice flagrante* qui signale les limites de la coordination. Ici aussi les jurisprudences anglaise et américaine peuvent servir de guide. Les rares espèces où l'exception de justice a été accueillie indiquent bien quel esprit doit présider à son interprétation. Dans l'arrêt *Connelly*, Lord Goff citait par exemple une décision ancienne qui mettait aux prises deux citoyens allemands à l'époque nazie.<sup>3406</sup> En l'espèce le tribunal anglais avait considéré qu'au vu de son ascendance juive, le demandeur pouvait légitimement craindre de ne pas obtenir pleine justice devant les tribunaux allemands. Il en sera de même lorsque le système judiciaire étranger ne répond pas à des conditions minimales d'indépendance et d'impartialité<sup>3407</sup> ou qu'il est paralysé par une situation de guerre, civile ou autre, qui empêche le bon fonctionnement des tribunaux.<sup>3408</sup> Enfin on peut évoquer la situation dans laquelle le demandeur ne pourra obtenir une décision au fond du tribunal étranger en raison de l'expiration d'un délai de prescription.<sup>3409</sup> Dans certaines circonstances, il serait alors injuste de renvoyer le demandeur devant un tribunal dont on sait qu'il ne lui ouvrira pas ses portes.<sup>3410</sup>

On perçoit facilement la distance qui sépare ces espèces des situations déjà évoquées dans lesquelles le demandeur allègue que le tribunal étranger ne lui offre pas les mêmes espoirs que le for. Dans la plupart des cas, l'appréciation du risque de déni de justice ne devrait pas poser de difficultés particulières au for de la coordination. La jurisprudence pourrait utilement s'inspirer de ce qui se fait en matière de clause d'élection de for, que les tribunaux refusent parfois d'honorer lorsque le for élu par les parties ne présente pas

<sup>3406</sup> *Oppenheimer v Louis Rosenthal & Co.*, [1937] 1 All ER 23, cité in *Edward Connelly v R.T.Z. Corp., Plc*, [1997] ILPr 805, 816.

<sup>3407</sup> Dans l'affaire *Canadian Overseas Ore Ltd. v Compania de Acero del Pacifico, SA*, 528 F. Supp. 1337 (S.D.N.Y. 1982) se posait la question de l'indépendance des tribunaux chiliens lors de la dictature militaire. V. aussi *Merendez Rodriguez v Pan Am Life Ins., Co.*, 311 F.2d 429 (5th Cir. 1962) (à propos du régime cubain, alors que les demandeurs étaient des réfugiés cubains).

<sup>3408</sup> *Kadic v Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995) (tribunaux de l'ex-Yougoslavie) ; *Middle East Banking Co. SA v Al-Haddad* (1990) 70 O.R. (2d) 97 ; *Perleirs v Benquet Consolidated Mining Co.*, 342 U.S. 437 (1952) (la Cour Suprême ne sanctionne pas un tribunal d'Ohio qui avait refusé de se dessaisir au profit des tribunaux Philippines, parce qu'à l'époque de la décision la Philippine était occupée par le Japon) ; *Fioriessa v United States Steel Intl.*, 311 F. Supp. 117, 120 (S.D.N.Y. 1969) (le demandeur se voit refuser l'accès au Bahamas dont les tribunaux ne peuvent dès lors être considérés comme accessibles) et *Odita v Elder Dempster Lines*, 28 F. Supp. 547 (S.D.N.Y. 1968) (le demandeur ne peut entrer au Royaume-Uni).

<sup>3409</sup> P. ex. *Sussman v Bank of Israël*, 990 F. 2d 71 (2d. Cir. 1993) ; *Mercier v Sberaton Int'l Inc.*, 935 F.2d 419 (1st Cir. 1991).

<sup>3410</sup> V. les développements de A. NUYTS, p. 251, n° 221 et de CH. CHALAS, n° 721 e.s.

les garanties nécessaires à une bonne justice.<sup>3411</sup> Les jurisprudences nationales qui consacrent un for du déni de justice pourraient également servir d'exemple.<sup>3412</sup>

**787. Exigence de réserve des tribunaux lors de l'examen de l'exception de justice** - Une fois la clause de sauvegarde rattachée au concept de déni de justice, encore faut-il préciser les limites de l'examen par le for de la coordination. L'exception de justice ne doit pas être l'occasion pour le juge second saisi de s'arroger le droit de contrôler, voire de condamner le tribunal étranger pour un manquement quelconque. Le seul enjeu de l'exception réside dans l'application du mécanisme de coordination, et non dans la possibilité d'adresser un blâme au juge étranger. La différence est bien connue, il suffit de penser à la réception d'une décision étrangère dont on rappelle classiquement qu'elle n'a jamais été l'occasion de censurer ou de blâmer le tribunal étranger.<sup>3413</sup>

De la même manière, le for de l'abstention ne peut aller au-delà du simple refus ou de l'accueil de l'abstention et doit veiller à ne pas s'immiscer dans le fonctionnement de la justice étrangère.<sup>3414</sup> L'examen de l'exception de justice doit donc s'accompagner d'une certaine *réserve*, inhérente au respect du fait judiciaire étranger. Le for de l'abstention limitera son examen à ce qui est strictement nécessaire, sans prononcer de jugement général sur le système étranger.<sup>3415</sup>

Cette réserve se traduira concrètement par un examen minutieux des allégations du demandeur. L'expérience a en effet montré que bien souvent les plaideurs se contentent d'assertions pour le moins vagues et générales dénonçant tel ou tel aspect du système judiciaire étranger, sans préciser plus avant dans quelle mesure l'élément invoqué affecterait concrètement la résolution de leur litige.<sup>3416</sup> Le tribunal veillera à ne pas se contenter de telles allégations pour exiger au contraire des preuves précises et détaillées.

<sup>3411</sup> V. l'article de synthèse de G. KAUFMANN-KOHLER, "Compétence internationale et bouleversements politiques", in *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, P. BÖCKLI et K. EICHENBERGER (éds.), Zürich, 1983, 161-174.

<sup>3412</sup> V. en droit suisse l'article 3 de la loi fédérale de 1987 et les commentaires de S. OTHENIN-GIRARD, "Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse (art. 3 LFIP)", *R.S.D.I.E.*, 1999, 251 e.s. En général sur le déni de justice, v. CH. DE VISSCHER, « Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours*, 1935-II, t. 52, 363 e.s.

<sup>3413</sup> P. ex. MM. Rigaux et Fallon, DIP, T. I, 152, n° 225. On peut toutefois se demander s'il en va de même lorsque le juge requis est investi du pouvoir de révision.

<sup>3414</sup> Un débordement que les tribunaux anglais qualifieraient sans doute d'atteinte à la courtoisie internationale, alors qu'on parlerait plus volontiers sur le vieux continent d'excès de compétence internationale, v. p. ex. MM. Rigaux et Fallon, DIP, T. I, 152, n° 225 à propos de la reconnaissance des jugements étrangers. L'idée est dans les deux cas la même.

<sup>3415</sup> Les tribunaux anglais et américains l'ont très bien compris, qui refusent de s'accorder un droit de regard général sur la conduite des affaires judiciaires étrangères, v. p. ex. *Blanco v Banco Industrias de Venezuela SA*, 997 F.2d 974 (2d. Cir. 1993), dans lequel la Cour note que "we have repeatedly emphasized that it is not the business of our courts to assume the responsibility for supervising the integrity of the judicial system of another sovereign nation". Dans le même sens, *Ravelo Monero et al. v Luis Rosa et al.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 13556 (N.D. Cal. Aug. 27, 1998) (le tribunal est réticent à se prononcer sur des allégations de corruption formulées à l'encontre des tribunaux de la République dominicaine : "The Court is hesitant to pass judgment on the integrity of another sovereign's courts", p. 12). Certains tribunaux vont très loin, ainsi cette Cour d'Appel américaine qui au nom de la courtoisie internationale a refusé de se prononcer sur l'état du système judiciaire indien : "such an assumption would directly conflict with the principle of comity", *Jhinad v Ferrandina*, 536 F.2d 478, 484-485 (2d. Cir. 1976).

<sup>3416</sup> P. ex. *Blanco v Banco Industrias de Venezuela SA*, 997 F.2d 974 (2d. Cir. 1993), dans lequel les demandeurs n'avancèrent que des "alleged general deficiencies and corruption" du système vénézuélien. ; *El Fadl v Central Bank of Jordan*, 75 F. 3d 668 (D.C. Cir. 1996), dans lequel le demandeur se contente de généralités à propos de la prétendue corruption affectant le système judiciaire jordanien. V. également *Mercier v Sheraton Int'l*, 935 F.2d 419 (1st Cir. 1991) et *Holmes v Syntex Lab., Inc.*, 202 Cal Rptr. 773 (Ct. App. 1984) et aussi *AAR Intern., Inc. v Vacances Heliades S.A.*, 100 F.Supp.2d 875 (N.D.Ill., 2000) dans lequel le tribunal relève l'argument suivant du défendeur sur l'exception "[...] that Greece is ranked well below the United States on the 'Transparency International Corruption Perception Index' ». Et le tribunal d'en déduire que « Apparently I am supposed to exercise

L'application de l'exception de justice pose des problèmes évidents de preuve, l'importance de la question imposant de ne pas se satisfaire d'affirmations générales non étayées. Il en est d'autant plus ainsi que, par hypothèse, le for de la coordination sera appelé à se prononcer avant que le 'mal' ne soit fait, c'est-à-dire alors que la procédure étrangère suit toujours son cours. Bien souvent les deux parties feront appel à des 'experts', qui présenteront des conclusions contradictoires, entre lesquelles il ne sera pas facile de trancher. On mesure la difficulté de la tâche, s'agissant de prévoir sur base d'expériences passées quel sort le système étranger réservera à la contestation. Cette difficulté constitue une raison supplémentaire d'observer une certaine réserve dans l'application de l'exception de justice. Dans le doute, il faut à notre sens faire confiance au for concurrent.

**788. Exception de justice et rôle des parties** - Le demandeur qui est à l'origine des deux procédures concurrentes, peut-il lui aussi invoquer une éventuelle exception de justice pour s'opposer au dessaisissement en faveur d'un juge qu'il a lui même choisi?<sup>3417</sup> La question s'est posée en jurisprudence à l'occasion d'un litige opposant le propriétaire d'un club de base ball de la République Dominicaine à plusieurs de ses joueurs, qui l'accusaient de harcèlement sexuel.<sup>3418</sup> Les joueurs avaient d'abord demandé réparation devant les tribunaux dominicains. A la faveur d'un déplacement aux Etats-Unis, ils renouvelèrent leur plainte devant les tribunaux locaux. Pour s'opposer à la demande de dessaisissement formulée par leur patron, les joueurs avançaient que les tribunaux dominicains étaient corrompus. Le juge américain n'eut pas à se prononcer sur une éventuelle forclusion dans leur chef, parce qu'ils se contentaient d'allégations fort générales, sans préciser en quoi la corruption pourrait nuire à leur demande.

En réalité il serait peu judicieux de priver une partie de la possibilité de se plaindre de la qualité de la justice étrangère qu'elle a elle même saisi : si la configuration procédurale particulière doit inciter à une prudence renforcée, on ne peut exclure que le demandeur puisse légitimement craindre pour le bon déroulement du procès. Le fait qu'il ait préféré s'en remettre à la justice du for après avoir saisi un tribunal étranger sera parfois même une indication des difficultés qui affectent ce dernier.

En définitive, le concept de déni de justice nous semble constituer une base satisfaisante pour limiter la priorité du juge premier saisi. Ainsi définie, l'exception de justice permettra d'éviter de condamner les parties à une procédure que l'on sait peu respectueuse des droits fondamentaux, tout en évitant de faire peser une trop lourde hypothèque sur l'objectif de coordination. Il reste maintenant à vérifier l'adéquation de cette définition générale à la question particulière du délai raisonnable.

## 2. Le problème du délai raisonnable

**789. Introduction** - La coordination entre procédures concurrentes trouve ses limites dans les conditions d'une bonne administration de la justice. Une des exigences essentielles du procès équitable est que les parties obtiennent justice dans un délai

---

jurisdiction because some people perceive that 'Greece' is 'corrupt'. There is not a whisper of evidence that the Athens Court is corrupt ».

<sup>3417</sup> La même question se pose lorsque le défendeur sur l'exception avait signalé son intention de se soumettre à la compétence des tribunaux étrangers par le biais d'une clause d'élection de for.

<sup>3418</sup> *Yan Carlos Ravelo Monregro et al. v Luis Rosa et al.*, 1998 Dist LEXIS 13556 (N.D. Cal. Aug. 27, 1998).

raisonnable. On doit dès lors se demander dans quelle mesure le for de la coordination doit tenir compte du manque de célérité, présumé ou avéré, de la justice étrangère première saisie.<sup>3419</sup>

Le souci de ne pas mettre en péril le droit à une prompte justice par le biais de la coordination a récemment trouvé une application particulière au sein de l'espace judiciaire européen avec le phénomène de ce que l'on a appelé la 'torpille (torpédo) belge ou italienne'. La question dépasse toutefois le cadre de la litispendance européenne. Elle s'est par exemple posée en droit commun allemand. Ainsi la Cour fédérale allemande y a-t-elle été confrontée à l'occasion d'un litige opposant deux époux dont l'un avait introduit une demande de divorce en Italie.<sup>3420</sup> Conformément au droit commun allemand, la demande ultérieure de divorce du mari fut rejetée par le tribunal de première instance en raison de l'existence d'une procédure engagée antérieurement en Italie. En appel, le mari se plaignit de ce que la procédure italienne, engagée quelque 4 ans auparavant, ne semblait pas devoir aboutir dans un avenir proche. La question se posait dès lors de savoir si le jeu de l'exception de litispendance internationale devait être limité dans le temps. Devait-on maintenir le principe de la coordination, au risque de reporter l'échéance du litige à une date indéterminée et ainsi de mettre en péril le droit du justiciable à une prompte justice?

**790. Application de la solution générale** – Qu'il s'agisse d'une question de délai raisonnable ne modifie pas fondamentalement les données du problème. La question du dépassement du délai raisonnable ne constitue qu'un aspect particulier de la prévention du déni de justice. Le risque éventuel posé par le 'renvoi' devant le juge étranger tient ici aussi à la qualité de la justice étrangère. Si l'on s'en tient à la solution générale dégagée plus haut, on permettra donc au for de la coordination de faire une entorse au principe de l'abstention s'il s'avère que l'exigence du délai raisonnable en souffrirait. Un dépassement du délai raisonnable peut tout aussi bien constituer un déni de justice que la partialité avérée d'un juge étranger. Ne pas permettre au for de la coordination de tenir compte d'une telle éventualité ferait naître le risque que les juges cherchent refuge dans une solution d'expédient pour rejeter la coordination lorsqu'ils pressentent que celle-ci condamnerait les parties à poursuivre les débats sans espoir d'une solution dans un délai raisonnable.<sup>3421</sup>

Puisqu'on ne peut exclure une déficience du juge étranger, il faut permettre au for de la coordination de tenir compte de cette éventualité.<sup>3422</sup> Ceci étant dit, la mise en oeuvre

<sup>3419</sup> La doctrine suisse rattache également cette question à l'ordre public : G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz. Ein Lehrbuch*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne, Verlag Paul Haupt, 1998, 453 et B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Genève, Librairie de l'Université, 1976, (295), 311.

<sup>3420</sup> BGH, 26 janvier 1983, *IPRax*, 1984, 152 ; *N.J.W.*, 1983, 1269 ; *IPRspr.*, 1983, n° 165.

<sup>3421</sup> V. par exemple TF Suisse, ATF 109 II 180, 183 (demande de divorce alors que l'épouse avait déjà introduit une demande similaire en Italie. Décision rendue avant la codification du droit international privé suisse. Le Tribunal, s'écartant de sa jurisprudence antérieure, décide qu'il n'y a pas identité entre une demande de séparation et une demande de divorce (sur cette question, *supra*, n° 458). Selon Mme. Wittibschlager (1994, 130, note 724), cette décision s'explique avant tout par le fait que le divorce ne pouvait être obtenu en Italie qu'après une séparation de 5 ans, un délai jugé trop long. L'auteur cite également une décision de l'Obergericht Zürich, 28 juin 1982, *Z.R.*, 83, n° 20, où, dans une hypothèse similaire, la Cour a refusé de donner suite à une exception de litispendance "aus Billigkeitsgründen").

<sup>3422</sup> Il ne s'agirait nullement d'imposer à l'Etat étranger le respect d'un délai raisonnable prescrit par une disposition à laquelle il n'a pas souscrit, mais d'empêcher le for de la coordination de participer, ne fut-ce qu'indirectement, à la violation de l'obligation de respect de délai raisonnable à laquelle il a lui souscrite, sur ce mode v. l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire *Soering*, CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Série A n° 161 ; *J.D.I.*, 1990, 734, obs. P. TAVERNE.

d'une éventuelle exception à la coordination liée au respect du délai raisonnable peut s'avérer délicate. Le dépassement du délai raisonnable peut en effet être invoqué à plusieurs stades qui n'appellent pas nécessairement la même réponse. La question peut toute d'abord être soumise au for de la coordination en vue de *prévenir* le 'renvoi' devant un tribunal dont il est à craindre qu'il n'offre pas de garanties suffisantes pour une solution rapide du litige (A). Le problème du délai raisonnable peut d'autre part être évoqué une fois que le mal est fait (B). L'opportunité et les modalités concrètes d'une exception au mécanisme de coordination varient à notre sens selon que l'on se place à l'un ou à l'autre de ces moments.

#### A. *Approche 'préventive' du délai raisonnable*

**791. Introduction** - On a expliqué qu'il serait judicieux d'assortir le mécanisme de coordination d'une clause générale de sauvegarde permettant au for second saisi de refuser au tribunal étranger le bénéfice de la coordination lorsqu'il apparaît que celle-ci ferait peser le risque d'un déni de justice sur les parties. Cette clause pourrait-elle être invoquée par une partie qui craint que la justice étrangère ne le fasse attendre au point de dépasser les limites du raisonnable? Ce faisant, la clause interviendrait pour *prévenir* une forme particulière de déni de justice qui trouverait sa source dans l'excessive lenteur du for concurrent.

Il est deux manières de tenir compte, de façon préventive, de l'exigence du respect du délai raisonnable. On va voir que dans les deux cas, il apparaît peu judicieux de permettre au for second saisi de se dégager préventivement de l'effort de coordination.

##### (i) Un refus préventif de la coordination au nom du délai raisonnable ?

**792. L'exemple de la jurisprudence américaine** - On a déjà évoqué l'attrait, on hésite à écrire la séduction, qu'exercera la clause de sauvegarde sur les plaideurs, qui y verront une ultime planche de salut pour échapper au jeu de la coordination. On ne s'étonnera donc pas de constater que les tribunaux ont dû répondre à l'argument de certains qui accusaient d'emblée la justice étrangère, concurrentement saisie, de coupables lenteurs. Ainsi une Cour d'Appel américaine a refusé une exception de for inapproprié invoquée par une entreprise établie en Inde, dans un litige que tout reliait à ce pays. Pour ce faire, la Cour s'est fondée sur la probabilité que la résolution du litige par les tribunaux indiens s'étende sur une période de plus de 20 ans, ce qui avait pour effet de rendre le for indien 'inadéquat'.<sup>3423</sup> Cette prévision se fondait sur différents témoignages d'experts (les fameux 'affidavits'). La Cour reconnut qu'en principe un retard de quelques années ne prêtait pas à conséquence, mais indiqua qu'un retard excessif constituerait une négation du droit à la justice.<sup>3424</sup>

**793. Délai raisonnable et litispendance en droit commun suisse** - La jurisprudence américaine évoquée rejoint l'appréciation auquel le juge suisse second saisi doit se livrer. Selon l'article 9 de la loi suisse, le juge suspend en effet la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère première saisie rendra sa décision "dans un délai

<sup>3423</sup> *Bhatnagar v Surrendra Overseas Ltd.*, 52 F.3d 1220, 1227-28 (3d Cir. 1995).

<sup>3424</sup> 52 F.3d 1220, 1227-28 (3d Cir. 1995).

raisonnable”<sup>3425</sup> Concrètement, le juge suisse renoncera dès lors à accueillir l’exception lorsqu’il est démontré que la procédure étrangère n’aboutira pas dans un délai “convenable”<sup>3426</sup> Cette disposition, qui semble avoir été inspirée par la jurisprudence allemande,<sup>3427</sup> ne manque pas de laisser perplexe. Avec M. *Berti* on peut s’accorder pour dire que l’appréciation par le juge suisse sera “délicate”<sup>3428</sup> Elle a d’ailleurs été fortement critiquée.<sup>3429</sup>

En pratique la portée de cette condition a été réduite par la jurisprudence déjà évoquée du Tribunal Fédéral relative au pronostic de reconnaissance : comme on l’a expliqué, le tribunal a décidé que la litispendance ne pouvait être écartée que lorsqu’il apparaît qu’il n’y a “aucune chance pour que la juridiction étrangère rende, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse [...]”<sup>3430</sup> Ce faisant, le tribunal aura au moins renversé la charge de la preuve, en imputant au défendeur sur l’exception de litispendance la charge de montrer que la condition du délai raisonnable ne pourra être satisfaite. Il ne pourra sans doute s’acquitter de cette tâche qu’en montrant une complète désorganisation du système judiciaire étranger. Comme le note M. *Walter*, le sursis est dès lors devenu la règle et le rejet l’exception.<sup>3431</sup>

**794. Difficultés de l’appréciation préventive du délai raisonnable** – Même réduit à une appréciation générale comme en droit suisse, l’exercice de prédiction auquel le juge second saisi devra se livrer n’en reste pas moins périlleux. S’il peut être malaisé de prévoir que le juge étranger ne répondra pas aux exigences fondamentales d’impartialité et d’indépendance, il est sans doute encore plus difficile de prévoir, alors que la procédure vient d’être engagée, que le juge étranger tardera manifestement à trancher le litige. Comme le note un commentateur américain, on peut tout d’abord se demander si compte tenu de l’arriéré judiciaire qui affecte de nombreuses juridictions, il appartient à un tribunal de reprocher à un autre son manque de célérité.<sup>3432</sup> Si l’on dépasse ces

<sup>3425</sup> “In angemessener Frist”.

<sup>3426</sup> La jurisprudence suisse précédant la codification semblait déjà s’être engagée sur cette voie, v. surtout ATF 109 II 180, 183, à propos d’une procédure italienne de divorce qui traînait en longueur.

<sup>3427</sup> C’est ce qu’indique O. VOGEL, “Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis”, *S.J.Z.*, 1990, (77), 82. Sur cette jurisprudence, *infra*, n° 797. Mme. *Wittibschlager* note qu’à la différence de la jurisprudence allemande, qui voit dans le délai raisonnable une limite à l’effet de la litispendance, le législateur suisse en a fait une condition de l’exception (1994, 130).

<sup>3428</sup> S. BERTI, “Artikel 9”, in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL et al. (éds.), Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1996, 88.

<sup>3429</sup> P. ex. M. *Vogel*, qui reproche au législateur de s’être inspiré d’une jurisprudence étrangère sortie de son contexte : s’il s’agissait de réprimer les abus de droit, la disposition fait double emploi avec d’autres (O. VOGEL, *l.c.*, *S.J.Z.*, 1990, (77), 82). Du même, *Grundriss des Zivilprozessrechts der Schweiz*, 5<sup>ème</sup> éd., Stämpfli, Berne, 1997, 211 (où il va même plus loin et qualifie cette condition de “unsinnig”).

<sup>3430</sup> ATF, 118 II 188, 191-192.

<sup>3431</sup> *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bern, Paul Haupt, 1997, 453, note 24. V. également M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 131 (selon qui la condition du délai raisonnable est “absorbée” par le pronostic général de reconnaissance, sans que l’on doive lui attribuer une signification particulière) et I. SCHWANDER, “Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen”, *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al (eds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, 42 (en cas de doute il faut privilégier le sursis à statuer). M. Dutoit est le plus explicite sur la question (B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1997, art. 9, n° 4), il explique que “le juge suisse fera confiance au juge étranger et partira en principe de l’idée que cette condition sera réalisée, et cela d’autant plus que la notion de ‘délai convenable’ est d’une absolue imprécision”.

<sup>3432</sup> D. EPSTEIN, “An Examination of the ‘Adequacy of the Alternative Forum’ Factor in Forum Non Conveniens Determination”, *l.c.*, (295), 300. V. également S. BERTI, “Artikel 9”, in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL et al. (éds.), Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1996, 88 (qui précise que l’appréciation du caractère raisonnable de la durée du procès étranger peut s’avérer “délicate, en particulier sous l’angle de la comitas internationale”. Dans le même sens, O. VOGEL, *l.c.*, *S.J.Z.*, 1990, 83 : “Der Völkerrechtliche Grundsatz der Courtoisie gebietet [...] die

querelles de voisinage, force est de constater que l'entreprise de prédiction bute sur de sérieuses difficultés pratiques : le juge devra le plus souvent se fier aux données, nécessairement contradictoires, que lui fournissent les parties pour évaluer la rapidité probable de son collègue.<sup>3433</sup> Les statistiques dont il disposera le cas échéant, fourniront au mieux une indication générale et non pas une évaluation précise de la situation dans un cas donné.<sup>3434</sup> Il est peu de juridictions qui sont exemptes de tout arriéré judiciaire.<sup>3435</sup> Ne sera-t-il dès lors pas facile au plaideur d'avancer quelques statistiques soigneusement sélectionnées pour 'prouver' le retard excessif qui affectera la procédure étrangère?<sup>3436</sup>

Plus fondamentalement, il y a quelque chose d'absurde à vouloir prédire l'exception. Car c'est bien de cela qu'il s'agit quand on parle de déni de justice : un 'simple' retard ne suffira pas à remettre en question la coordination, à moins d'exiger de la justice étrangère un effort que l'on n'imposerait pas à la justice du for. Il faudra un retard considérable, qui sort de la 'norme', pour que l'on puisse parler d'injustice. Or la tentative de prévision, aussi fondée soit-elle, permettra difficilement d'envisager l'hypothèse catastrophe. Sauf à imaginer un effondrement complet du système judiciaire étranger, auquel cas l'exception 'générale' de déni de justice peut suffire, on n'aperçoit pas comment un juge pourrait prétendre prédire que le système judiciaire étranger ne sera pas en mesure de satisfaire à l'impératif d'une prompt justice. Le contraire n'est envisageable que si l'on s'autorise à s'appuyer sur des allégations générales du style 'il est notoire que les tribunaux de tel pays sont lents', une appréciation qui ne témoigne pas d'un souci de précision et d'exactitude.

**795. Difficultés de l'appréciation préventive du délai raisonnable (suite)** – Il nous semble dès lors peu judicieux de permettre au for de l'abstention de s'engager dans un effort de prédiction fondé sur des données générales, statistiques ou autres.<sup>3437</sup> L'exception de justice serait dévoyée de sa fin si l'on entreprenait de prévoir sur de telles bases le temps que durera une procédure étrangère. La courtoisie internationale bien comprise incite au contraire à présumer que cette procédure se déroulera de façon satisfaisante. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles que l'on pourra se permettre de renverser cette présomption. Pour cela le demandeur devra montrer qu'il est hors de doute que la procédure étrangère dépassera les limites du raisonnable.<sup>3438</sup>

---

Vermutung, das Prozesse in anderen Ländern jedenfalls nicht weniger in angemessener Frist erledigt werden als in der Schweiz".

<sup>3433</sup> Dans l'espèce américaine déjà évoquée, les experts mandatés par les parties avaient produit des déclarations contradictoires sur la célérité de la justice indienne.

<sup>3434</sup> La doctrine suisse conseille pourtant aux tribunaux de faire appel aux "données d'expérience" pour évaluer la durée du procès étranger : I. SCHWANDER, *l.c.*, in *Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al (eds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, (395), 412 (qui évoque les "Erfahrungswerten über die Prozessdauer im ausländischen Staat") ; du même, *Einführung in das internationale Privatrechts*, 1990, 313, n° 672 ; M. WITTBISCHLAGER, 1994, 131 ("Erfahrungswerte über die Prozessdauer im Ausland [...]"). M. Walter recommande de s'en remettre aux données statistiques pour évaluer la "durée moyenne" ("die durchschnittliche Dauer") du procès étranger : G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bern, 1997, 453.

<sup>3435</sup> V. les données rassemblées dans CH. PLATTO (éd.), *Economic Consequences of Litigation Worldwide*, La Haye, International Bar Association/Kluwer Law International, 1999, 445 p.

<sup>3436</sup> D'autant plus lorsqu'il prend en compte, pour calculer la durée probable de la procédure étrangère, toutes les voies de recours dont dispose le justiciable, comme ce fut le cas dans l'affaire américaine déjà évoquée.

<sup>3437</sup> En ce sens, J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile suisse*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 51, qui se demande "[...] comment apprécier par avant le temps nécessaire à une procédure étrangère pour aboutir à un jugement, étant admis qu'un laps de temps trop long peut constituer un déni de justice".

<sup>3438</sup> Une partie de la doctrine suisse insiste à juste titre sur l'importance des circonstances individuelles et en particulier la complexité du litige et l'attitude des parties : P. VOLKEN, *l.c.*, in *IPRG-Kommentar...*, 78.

On pense à l'hypothèse de l'effondrement complet du pouvoir judiciaire étranger. La jurisprudence de la Cour fédérale allemande offre un autre exemple<sup>3439</sup> : dans une espèce tranchée en 1960, une femme demandait le divorce en Allemagne après l'avoir antérieurement sollicité en Angleterre. La Cour fédérale rejeta l'exception de litispendance soulevée par le mari allemand en notant que le juge anglais avait suspendu la procédure pour une durée indéterminée, dans l'attente que l'épouse consente à restituer l'enfant du couple. Selon la Cour, accueillir la litispendance aurait constitué un déni de justice puisque l'épouse refusait d'obtempérer à l'injonction anglaise, ce qui rendait illusoire la poursuite de la procédure anglaise. Si l'on peut émettre des doutes sur la pertinence de cette décision, elle illustre bien le type de situation qui constitue ab initio un obstacle à l'obtention d'une décision dans un délai raisonnable. Dans les autres cas, il faudra bien faire confiance au juge étranger. Il ne peut être question de permettre au for de la coordination de se fonder sur des impressions générales pour rejeter celle-ci.

Il est toutefois une autre manière de tenir compte, de façon préventive, de l'exigence de célérité.

(ii) Appréciation préventive du délai raisonnable et délai préfix

**796. Coordination internationale sous condition résolutoire** - Si l'on tient à permettre au demandeur de s'opposer d'emblée au 'renvoi' en invoquant un défaut de célérité du juge étranger, il est une autre solution que le périlleux exercice de prédiction. On peut en effet concevoir que le for de la coordination assortisse le sursis à statuer d'un délai dans lequel le juge étranger devrait se prononcer. Une telle condition opérerait à la manière d'une condition résolutoire, les parties recouvrant la possibilité de saisir le for de la coordination s'il apparaissait que le tribunal étranger ne s'est pas prononcé dans le délai imparti.

L'idée n'est pas neuve. Elle avait déjà été suggérée par la délégation norvégienne lors des négociations qui ont abouti à la Convention de La Haye de 1971. Cette délégation avait à l'époque proposé de prévoir une exception à la règle de litispendance pour éviter que ne s'écoule un délai exagéré avant que justice ne soit rendue. L'autorité qui était invitée à surseoir à statuer aurait selon cette suggestion eu la possibilité d'"établir un délai d'un an au minimum, à l'expiration duquel [elle] peut, nonobstant les dispositions de cet article, statuer, si à ce moment là [le for étranger] saisi en premier lieu n'a pas encore [rendu] une décision au fond"<sup>3440</sup>. Cette proposition n'a pas reçu l'approbation des autres délégations. La Norvège a d'ailleurs retiré sa suggestion lorsqu'il apparut que la règle de litispendance prévue par la Convention serait purement facultative pour le juge second saisi.<sup>3441</sup>

L'idée a été reprise, notamment par M. Lagarde. Après la communication de M. Holleaux au comité français, l'internationaliste français avait suggéré de donner au juge qui accueille l'exception de litispendance la possibilité de fixer un délai au demandeur soit pour faire diligence devant le tribunal étranger, soit pour rapporter dans un délai d'un an ou de 18 mois un jugement étranger.<sup>3442</sup>

<sup>3439</sup> BGH, 26 octobre 1960, *N.J.W.*, 1961, 124 ; *FamRZ.*, 1961, 70 ; *Z.Z.P.*, 1961, 225 et *IPRspr.*, 1960-61, n° 200.

<sup>3440</sup> Proposition de la délégation norvégienne, Document de Travail n° 4 du 14 octobre 1964, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire*, 1966, 91-92.

<sup>3441</sup> Procès-verbal n° 17, séance du 1er avril 1966, *Actes et Documents de la Session Extraordinaire*, 1966, 219.

<sup>3442</sup> *L.c.*, *Travaux comité français D.I.P.*, 1973, 228-229.



La pratique de la coordination sous condition résolutoire a connu quelques applications en jurisprudence. Ainsi la Cour d'Appel du second Circuit a-t-elle subordonné son dessaisissement pour cause de *forum non conveniens* à la possibilité pour le demandeur de saisir à nouveau le tribunal américain si le tribunal japonais ne faisait pas diligence, dans les 60 jours, sur la demande de mesures provisoires qui lui était soumise.<sup>3443</sup>

**797. Difficultés de la coordination sous condition résolutoire** - L'idée du dessaisissement conditionnel est séduisante. Elle permet de tenir compte préventivement de l'exigence du délai raisonnable, sans tomber dans la difficulté liée à la prévision de la durée de la procédure étrangère. L'idée n'est toutefois pas exempte de difficultés. Elle se situe tout d'abord à la limite de ce que la courtoisie internationale peut tolérer. Indirectement, le juge qui assortit la mesure de coordination d'une condition de délai, invite en effet son collègue étranger à ne pas traîner en route. L'exigence ainsi posée ne pourrait dès lors être formulée que comme permettant aux parties de poursuivre leur litige devant le for en cas de dépassement du délai et non comme une remontrance déguisée à l'adresse du juge étranger.

En outre, se pose la question de la longueur du délai 'assigné' au juge étranger pour rendre justice. Comme le note M. Volken, la question de savoir quand un délai peut être dit 'approprié' n'est pas une affaire de certitude.<sup>3444</sup> Un même délai pourrait s'avérer trop long dans certaines affaires et trop court dans d'autres. La justice n'est pas une science exacte; la longueur des débats dépend avant tout des circonstances de la cause. La tentation serait d'ailleurs grande d'exiger à cette occasion du juge étranger ce que l'on hésite à exiger des tribunaux locaux comme le montre la législation péruvienne. Selon l'article 2066 du Code civil péruvien, la litispendance n'opère en effet qu'à la condition que le juge étranger rende une décision dans les trois mois!<sup>3445</sup> Voilà qui est faire preuve de bien de sévérité à l'égard du juge étranger. S'il s'agit de protéger les parties contre les lenteurs éventuelles de la procédure étrangère, le législateur péruvien se montre pour le moins exigeant. On peut craindre que cette disposition ne rende le jeu de la litispendance "complètement illusoire".<sup>3446</sup>

**798. Difficultés de la coordination sous condition résolutoire (suite)** - Ces difficultés pourraient inciter le législateur à confier au juge le soin de déterminer *in concreto* le délai maximum imparti au juge étranger. Il serait ainsi possible de tenir compte des particularités de chaque espèce. Il reste qu'assortir la coordination d'un délai, même adapté aux circonstances de la cause, pourrait inciter le demandeur à retarder autant que faire se peut l'évolution de la procédure étrangère, afin d'obtenir la possibilité de faire jouer l'expiration du délai. Des manoeuvres de la part des parties ne peuvent en effet être exclues. Devra-t-on en outre tenir compte des voies de recours que le demandeur mettra éventuellement à profit? Que se passera-t-il si le défendeur prétend que le 'retard' constaté dans la procédure étrangère est à imputer à son adversaire? Ceci pourrait singulièrement compliquer la tâche du juge à qui l'on opposerait que la condition résolutoire est remplie. Les mêmes difficultés surgiraient s'il apparaissait que le délai

<sup>3443</sup> *Borden, Inc. v. Meiji Milk Products, Co.*, 919 F. 2d 822 (2d. Cir. 1990). V. également *Leo Oppenheimer v. Caraboya Rubber & Navigation Comp.*, 145 App. Div. 830, 130 N.Y.S. 587 (1911) (le tribunal américain surseoit à statuer en déférence à une procédure anglaise concurrente, tout en limitant la durée du sursis à un an).

<sup>3444</sup> P. VOLKEN, *l.c.*, in *IPRG-Kommentar...*, 78 : "Einmal gibt es auch in der Schweiz keinen sicheren Anhaltspunkt darüber, was zeitlich 'angemessen' ist".

<sup>3445</sup> Traduction parue à la *R.C.D.I.P.*, 1986, 192.

<sup>3446</sup> G. A. L. DROZ, *oc.*, *Recueil de cours*, 1991-IV, t. 229, 65, n° 52.

imparti est écoulé, mais que la procédure étrangère est sur le point d'aboutir, par exemple parce que le juge a pris l'affaire en délibéré. S'en tenir dans cette hypothèse à la rigueur du délai fixé ne manquerait pas de provoquer un regrettable gaspillage.

Ces quelques exemples montrent bien la difficulté de l'exercice. Au vrai on peut penser qu'il est dangereux de vouloir enfermer la justice, oeuvre humaine par excellence, dans un calendrier en forme de corset. Il en résulterait inmanquablement des débordements. En outre, c'est la portée même du mécanisme qui appelle d'importantes réserves : à moins de se contenter d'approximations et d'un degré de généralité qui peut offenser le sens de la justice, il faut bien avouer que le concept même de 'délai raisonnable' est insusceptible d'une détermination *a priori*. Ce concept a révélé toute sa richesse comme sanction *a posteriori* d'un retard manifeste. Il est moins approprié lorsqu'il s'agit de se lancer dans un exercice de prospective.

En définitive, la méthode préventive ne nous semble pas pouvoir d'être retenue pour apporter une limite temporelle au mécanisme de l'abstention. Tout au plus pourrait-on envisager, lorsque l'on accède à une exception de ce genre, d'inviter les parties à coopérer de bonne foi à la poursuite de la procédure devant le juge étranger. Ceci ne veut pas dire que le délai raisonnable ne peut jouer aucun rôle en matière de coordination, comme on va le voir maintenant.

#### B. *Le délai raisonnable comme sanction*

799. **Introduction** - On a vu qu'il serait peu judicieux de permettre au for de l'abstention d'invoquer la crainte d'un dépassement *futur* du délai raisonnable dans le chef du juge étranger pour refuser la coordination. La question des limites temporelles éventuelles du mécanisme de coordination peut également se poser *a posteriori* lorsqu'il apparaît que le for étranger à qui l'affaire a été confiée, laisse traîner les choses d'une manière telle qu'on ne puisse entrevoir aucune issue au litige dans un délai raisonnable. On peut se demander s'il faut alors permettre au demandeur qui avait antérieurement saisi le for de l'abstention, de solliciter de celui-ci qu'il revienne sur sa décision et accepte de prendre connaissance du litige. La même question peut se poser lorsque, excédé par le retard qui affecte la procédure étrangère, un plaideur reporte ses espoirs vers les tribunaux du for qui n'avaient pas auparavant été saisis.<sup>3447</sup>

Dans les deux cas, la question est la même : une partie peut-elle, en s'appuyant sur la clause générale de sauvegarde, venir (ou revenir) devant le for pour lui demander de passer outre la coordination?

La question s'est posée en jurisprudence, notamment devant la Cour fédérale allemande à l'occasion d'une demande formulée par une entreprise turque qui prétendait obtenir une importante commission de son adversaire, une entreprise allemande, pour les services qu'elle alléguait avoir rendu lors de la conclusion d'un contrat de livraison avec le ministère turc de la défense.<sup>3448</sup> Le vendeur allemand opposait à cette demande une exception de litispendance tirée de l'existence devant les tribunaux turcs, d'une instance engagée par l'intermédiaire et visant le même but. Celui-ci faisait valoir qu'il ne fallait pas

<sup>3447</sup> P. ex. BGH, 29 novembre 1985, *R.I.W.*, 1986, 217 ; *IPRax*, 1986, 293, où un investisseur allemand s'est tourné vers les tribunaux de son pays 8 ans après avoir réclamé une somme d'argent de son partenaire devant les tribunaux italiens. Aucune date n'avait encore été fixée pour une audience de plaidoiries !

<sup>3448</sup> BGH, 10 octobre 1985, *N.J.W.*, 1986, 2195 ; *R.I.W.*, 1986, 218 ; *IPRspr.*, 1985, n° 167.

attendre grand chose du tribunal turc, la procédure étant en l'espèce engagée depuis près de 10 ans! Il demandait que les juges allemands fassent exception à la règle du juge premier saisi. Se posait dès lors la question de savoir s'il fallait donner suite à l'exception de litispendance au risque de condamner les parties à une attente prolongée synonyme de déni de justice.

Cette question doit d'abord être examinée de façon générale (a), avant de s'interroger sur la situation particulière du droit conventionnel (b).

(a) Le délai raisonnable comme sanction en droit commun

**800. Le droit au juge l'emporte sur l'objectif de coordination** – Sur le plan des principes, cette question nous semble devoir être résolue en faveur du droit des parties à obtenir justice. Comme on l'a déjà expliqué, la prévention des procédures concurrentes ne peut être érigée en objectif ultime du droit international privé (*supra*, n° 22). Lorsqu'il est manifeste que le droit des parties à un procès équitable est en péril, les inconvénients des procédures concurrentes ne sont que de peu de poids. Il en est d'autant plus ainsi que le retard accumulé à l'étranger signifiera bien souvent que la litige s'est perdu dans les méandres de la procédure et qu'une décision n'est dès lors plus à espérer. Il ne faut donc plus craindre de voir apparaître des décisions contradictoires.<sup>3449</sup> Seul subsiste le souci d'économie de procédure, qui devra toutefois céder le pli à l'impératif de justice.

Le primat du procès équitable ne se heurte pas aux difficultés, déjà évoquées, de prévoir le retard qui affectera la procédure étrangère, puisque par hypothèse le 'mal' est déjà fait. Le retard dont souffre la procédure étrangère pourra être facilement constaté, sans que le for ne doive se fier à des allégations plus ou moins générales sur la fiabilité de la justice étrangère.

**801. Les conditions de l'exception du délai raisonnable – L'expérience allemande** – Le principe d'une limitation temporelle à l'exception de coordination peut être facilement accepté. Il sera toutefois plus difficile de s'accorder sur les modalités précises de son fonctionnement. Pour illustrer les questions que soulève l'exception du délai raisonnable, on évoquera l'expérience de la jurisprudence allemande, où la problématique a reçu une attention particulière.<sup>3450</sup>

Les tribunaux allemands ont dès 1960 accepté d'introduire un tempérament à la rigueur de l'exception de litispendance. Dans une espèce tranchée cette année là, la Cour fédérale allemande a toléré que l'on passe outre l'exception de litispendance internationale dans une espèce où la procédure anglaise engagée antérieurement était paralysée depuis 4 ans.<sup>3451</sup> Il fallu toutefois attendre deux décisions de principe prononcées dans les années 1980 pour que la jurisprudence prenne sa forme définitive.<sup>3452</sup> Dans la première espèce, un allemand souhaitait obtenir le divorce de son épouse italienne. Celle-ci invoquait la saisine antérieure d'un tribunal italien, qui vidait de son sens la procédure allemande.

<sup>3449</sup> V. en ce sens l'observation du BGH, 26 octobre 1960, *N.J.W.*, 1961, 124 ; *Fam.R.Z.*, 1961, 70 ; *Z.Z.P.*, 1961, 225 ; *IPRSpr.*, 1960-61, n° 200 : pour justifier le refus d'accueillir une exception de litispendance au profit d'une instance engagée antérieurement en Angleterre, le BGH fit observer que l'espèce ne présentait aucun danger de voir apparaître des décisions contradictoires, puisque la procédure anglaise était paralysée.

<sup>3450</sup> Sur cette jurisprudence, S. ISENBURG-EPPLE, *o.c.*, 1992, 91-98.

<sup>3451</sup> BGH, 26 octobre 1960, *N.J.W.*, 1961, 124 ; *Fam.R.Z.*, 1961, 70 ; *Z.Z.P.*, 1961, 225 ; *IPRSpr.*, 1960-61, n° 200.

<sup>3452</sup> BGH, 26 janvier 1983, *N.J.W.*, 1983, 1269 ; *Fam.R.Z.*, 1983, 366 ; *IPRax*, 1984, 152 ; *IPRSpr.*, 1983, n° 165.

Après avoir minutieusement établi que le tribunal italien avait effectivement été saisi antérieurement et que la décision qu'il devait rendre pourrait en toute probabilité être reconnue en Allemagne, la Cour fédérale se pencha sur l'ultime argument du mari, qui se plaignait de la durée excessive de la procédure italienne. Les époux avaient déjà obtenu la séparation de corps. Selon le droit italien en vigueur à l'époque, le divorce ne pouvait toutefois être prononcé que 5 ans après l'homologation de la séparation.

Aux yeux de la Cour, le fait que le demandeur en divorce languissait déjà depuis 4 ans justifiait que l'on passe outre la priorité du juge italien premier saisi. Les juges déduisirent du principe de bonne foi<sup>3453</sup> une limite temporelle à l'effet de la litispendance internationale en expliquant que le droit de l'époux à obtenir justice dans un délai raisonnable était mis en péril d'une façon déraisonnable.<sup>3454</sup> La Cour insista sur le fait que le demandeur allemand n'avait pas pris l'initiative de la procédure italienne, qui lui avait été imposée par son épouse.<sup>3455</sup>

Cette décision fut diversement accueillie. Les uns se félicitèrent de cette "étape décisive dans le développement de la procédure civile",<sup>3456</sup> et firent remarquer qu'il était nécessaire de limiter dans le temps l'effet de la litispendance internationale si l'on voulait éviter que le droit à un procès équitable ne devienne une "farce".<sup>3457</sup> D'autres commentateurs se montrèrent plus critiques : sans mettre en question l'existence d'une limite temporelle à la litispendance, M. *Luther* s'est ainsi élevé contre son application à l'espèce, qu'il jugeait pour le moins déplacée.<sup>3458</sup>

**802. Les conditions de l'exception du délai raisonnable – L'expérience allemande (suite)** – Avec cet auteur on peut en effet se demander si les circonstances de l'espèce justifiaient réellement l'accroc porté à la coordination internationale : non seulement l'Italie avait un titre plus important à se prononcer, puisque les époux y avaient toujours habité, mais de plus le délai d'attente imposé par le droit italien était presque écoulé, une décision du tribunal italien pouvant être espérée dans l'année.<sup>3459</sup> Ces critiques ont sans doute porté leurs fruits, car le Bundesgerichtshof s'est montré autrement plus réservé dans une décision ultérieure, refusant de passer outre la saisine antérieure des tribunaux turcs malgré une attente de près de 10 ans.<sup>3460</sup>

<sup>3453</sup> "der Grundsatz von Treu und Glauben".

<sup>3454</sup> La décision s'appuie sur le droit du demandeur à obtenir une décision sur sa demande en divorce, le "Rechtsschutz" dans la terminologie allemande. Celle-ci était mise en péril d'une façon qui portait atteinte à la "Zumutbarkeit".

<sup>3455</sup> BGH, 26 janvier 1983, *IPRspr.*, 1983, n° 165, 429-430.

<sup>3456</sup> R. GEIMER, "Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit und Justizgewährungsanspruch", *N.J.W.*, 1984, 527.

<sup>3457</sup> R. GEIMER, *l.c.*, *N.J.W.*, 1984, 527, 529.

<sup>3458</sup> E. LUTHER, "Die Grenzen der Sperrwirkung einer ausländischen Rechtshängigkeit", *IPRax*, 1984, (141), spéc. 143. M. *Luther* expliquait ainsi que le droit allemand prévoit également une séparation d'une durée minimum pour obtenir le divorce et qu'il était donc peu judicieux de reprocher au juge italien son attente prolongée. V. aussi E. SCHUMMANN, "Der Einwand internationaler Rechtshängigkeit am Beispiel paralleler deutsch-türkischer Ehescheidungsverfahren", *IPRax*, 1986, 14-15, spéc. p. 15, qui évoque la «jurisprudence douteuse du BGH» ("bedenkliche") et conseille une grande réserve dans son application. Il ajoute que cette jurisprudence n'a aucune "dogmatische Grundlage". Selon M. *Schumann*, il ne saurait être question de limite à la litispendance que dans des "situations de détresse" ("Notsituationen"). A ses yeux la durée anormalement longue de la procédure étrangère ne suffit pas à elle seule pour justifier la reprise de la procédure du for.

<sup>3459</sup> M. *Luther* en conclut que le BGH a fait primer les intérêts d'un citoyen allemand sur ceux de l'Italie : *l.c.*, *IPRax*, 1984, 143.

<sup>3460</sup> BGH, 10 octobre 1985, *N.J.W.*, 1986, 2195 ; *R.I.W.*, 1986, 218 ; *IPRspr.*, 1985, n° 167.

Dans cette décision, la Cour suprême insista sur le caractère *exceptionnel* de la limite temporelle.<sup>3461</sup> Les juges évoquèrent la paralysie complète de la procédure étrangère<sup>3462</sup> comme circonstance justifiant une telle mesure. Pour obtenir le bénéfice de celle-ci, le demandeur ne pourra, selon la Cour, se contenter d'indiquer la durée excessive de la procédure étrangère. Il devra apporter la preuve de circonstances exceptionnelles qui montrent que le jeu de la litispendance porte une atteinte intolérable au droit à la protection équitable.<sup>3463</sup>

La Cour conclut en soulignant qu'au contraire du litige italo-allemand tranché en 1983, l'intermédiaire turc s'était dans le présent litige lui-même adressé aux tribunaux de son pays. Il n'y avait dès lors pas de raison de faire exception au jeu de la litispendance.

Cette décision contraste profondément avec l'arrêt rendu par la même Cour en 1983. Comme on l'a noté, le BGH s'est attaché à réduire autant que possible la portée de l'exception.<sup>3464</sup> La Haute Cour poursuivit d'ailleurs son entreprise de limitation de l'exception ainsi reconnue à l'occasion d'une nouvelle affaire italo-allemande.<sup>3465</sup> Dans cette décision elle expliqua tout d'abord qu'elle n'avait pas eu pour but de poser un principe d'application générale selon lequel l'exception de litispendance n'aurait plus cours en cas de retard excessif de la procédure étrangère.<sup>3466</sup> Elle distingua ensuite deux types de situation : lorsque le même plaideur est à l'origine des deux procédures, il est malvenu de se plaindre de la durée excessive de l'une d'elle pour s'opposer au sursis dans la seconde. Selon la Cour il lui suffit alors pour échapper à la litispendance de mettre fin à la procédure qu'il juge trop lente. La question d'une éventuelle limite à la priorité du juge premier saisi ne se posera dès lors que lorsque chacune des parties a pris l'initiative d'une procédure.

Même ainsi limitée, l'exception de justice n'en subsista pas moins. Elle fut invoquée avec plus ou moins de fortune par les plaideurs désireux d'échapper à un déclinatoire de litispendance.<sup>3467</sup> La doctrine 'classique' confirme d'ailleurs que l'exception de litispendance connaît une limitation, même si les auteurs soulignent la nécessité d'observer une certaine *réserve* dans le maniement de l'exception.<sup>3468</sup> On a vu en outre que

<sup>3461</sup> "Ausnahmen sind bislang nur in seltenen Fällen anerkannt worden" : *IPRspr.*, 1985, n° 167, 447, 449.

<sup>3462</sup> "Stillstand der Rechtspflege".

<sup>3463</sup> "Eine lange Verfahrensdauer allein reicht in der Regel nicht aus. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, die die Sperrwirkung des ausländischen Verfahrens als eine unzumutbare Beeinträchtigung des Rechtsschutzes erscheinen lassen" : *IPRspr.*, 1985, n° 167, 447, 449.

<sup>3464</sup> V. S. ISENBURG-EPPLE, *o.c.*, 1992, 92. Cet auteur ajoute que la correction apportée en 1985 par le BGH à sa jurisprudence de 1983 est la bienvenue car celle-ci était "fautive" ("verfelten Urteil", p. 99).

<sup>3465</sup> BGH, 29 novembre 1985, *R.I.W.* 1986, 217 ; *IPRax*, 1986, 293 ; European Commercial Cases, 1987, 273 et les commentaires de ISENBURG-EPPLE, 92-95.

<sup>3466</sup> M. Geimer évoquait cependant en 1984 une jurisprudence d'une portée générale : *l.c.*, *N.J.W.*, 1984, 527.

<sup>3467</sup> P. ex. OLG Frankfurt, 8 décembre 1986, *N.J.W.-RR.*, 1988, 572 ; *R.I.W.*, 1987, 151 ; *IPRax*, 1988, 24 ; *IPRspr.*, 1986, n° 168 (exception de litispendance accueillie en faveur de l'Égypte, malgré les allégations de lenteur du demandeur à l'encontre des tribunaux de ce pays. La Cour note que la limitation apportée à la litispendance par la jurisprudence du BGH n'est qu'une "règle d'exception" qui ne vise que les situations d'urgence ("eine Auffangsregelung für den Notfall" : *IPRspr.*, 384) ; OLG Düsseldorf, 20 mars 1985, *N.J.W.*, 1986, 2202 ; *IPRax*, 1986, 29 ; *IPRspr.*, 1985, n° 164 (exception de litispendance accueillie au profit d'une procédure turque en l'absence d'indications d'une lenteur fautive dans le chef du tribunal turc) ; sur cette décision, E. SCHUMMANN, "Der Einwand internationaler Rechtshängigkeit am Beispiel paralleler deutsch-türkischer Ehescheidungsverfahren", *IPRax*, 1986, 14-15 ; KG Berlin, 21 décembre 1993, *Fam R.Z.*, 1995, 1074 (le Kammergericht accepte de faire exception à la litispendance parce que la procédure belge de divorce est enlisée depuis trois ans).

<sup>3468</sup> P. ex. H. SCHACK, 1996, 298, n° 759.

le législateur suisse s'était inspiré de la solution allemande pour circonscrire le devoir d'abstention du juge suisse second saisi, même si la formule retenue laisse à désirer (*supra*, n° 791).

**803. Mise en oeuvre de l'exception de délai raisonnable** – L'expérience allemande montre qu'il n'est pas facile de trouver le juste équilibre entre souci de coordination des procédures concurrentes d'une part et garantie des droits fondamentaux de l'autre, et en particulier de l'accès au juge. On ne peut se contenter d'une formule générale qui laisserait au juge le soin de remplir les blancs.

Pour aider le juge second saisi dans l'application concrète de l'exception de justice, il faut au contraire s'interroger sur la mesure du délai raisonnable. On a déjà souligné le caractère essentiellement *casuistique* de l'impératif du délai raisonnable. Il faudra en effet à chaque fois tenir compte des circonstances particulières de l'espèce, et notamment de la complexité de l'affaire et de l'enjeu du litige.<sup>3469</sup> Parmi ces circonstances, le comportement des parties n'est pas dénué d'importance.<sup>3470</sup> Le comportement du demandeur à l'étranger ne sera pas en effet sans influencer la conduite du procès, notamment dans les ordres juridiques où règne le principe dispositif.<sup>3471</sup>

Il est une donnée en particulier qui est spécifique aux conflits de procédures, à savoir la configuration des procédures. Il nous semble en effet que l'appréciation doit être différente lorsque la même partie est à l'origine des deux procédures. On a vu que dans cette hypothèse, la Cour fédérale allemande avait, sinon rejeté, du moins fortement limité la possibilité pour le double demandeur de se plaindre de la lenteur du tribunal étranger. Cette sévérité paraît justifiée dans la mesure où ce plaideur dispose encore de la possibilité de mettre fin à la procédure enlisée, ce qui aura pour effet de faire disparaître l'obstacle de la litispendance.<sup>3472</sup> Bien souvent toutefois, le désistement d'instance nécessitera une décision du juge – qui peut se faire attendre tout autant que la décision au fond – voire l'accord de l'adversaire. La saisine concurrente ultérieure peut en outre se révéler l'ultime geste de désespoir d'un demandeur confronté à la paralysie des tribunaux qu'il a saisi, paralysie qui le prive de la décision qu'il peut légitimement exiger.<sup>3473</sup> Dans ces cas, il n'est aucune raison d'exclure le jeu de l'exception de justice.

L'appréciation du caractère raisonnable ou approprié de la progression enregistrée par le juge étranger pourrait s'inspirer des jalons posés pour l'interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.<sup>3474</sup> On tiendra dès lors compte des retards structurels qui affectent la procédure étrangère, tels les délais dont certaines législations imposent le respect aux époux avant de demander le divorce.<sup>3475</sup> Il faudra

<sup>3469</sup> Sur la pertinence de l'enjeu du litige dans l'appréciation du délai raisonnable, v. les arrêts *Kiefer c. Suisse* du 28 mars 2000 et *Deuicka c. Pologne* du 4 février 2000.

<sup>3470</sup> La jurisprudence relative à l'article 6 de la CEDH impose d'ailleurs de ne pas négliger cette donnée, par exemple les arrêts *Zimmerman-Steiner c. Suisse* du 13 juillet 1983, Série A n° 66 ; *Aquariva c. France* du 21 octobre 1995, Série A n° 33 A, p. 14 et *Selmani c. France* du 28 juillet 1999.

<sup>3471</sup> L'on sait que pour la Cour européenne, seules des lenteurs imputables à l'Etat peuvent amener à constater un dépassement du délai raisonnable, arrêt *Venditelli c. Italie* du 18 juillet 1994, Série 1 n° 293 ; arrêt *Mornet c. France* du 27 octobre 1993, Série A n° 273-A. *Cons.* toutefois l'arrêt *Savidou c. Grèce* du 1<sup>er</sup> août 2000.

<sup>3472</sup> *Comp.* H. SCHACK, 1996, 298, n° 759, qui écrit que "Bei gleichen Parteirollen muß sich der Kläger in aller Regel an dem einmal gewählten Rechtsschutz festhalten lassen".

<sup>3473</sup> P. ex. HR, 3 juillet 1995, *N.J.*, 1997, n° 54.

<sup>3474</sup> Du moins en ce qui concerne les affaires civiles.

<sup>3475</sup> Le droit belge n'ouvre ainsi la possibilité d'obtenir un divorce par consentement mutuel qu'aux époux mariés depuis au moins deux ans (art. 276 C. civ.).

également tenir compte de l'existence de différents ordres juridictionnels ainsi que les éventuelles périodes d'inactivité susceptibles d'être imputées aux autorités judiciaires.<sup>3476</sup>

En définitive, l'appréciation de la rapidité de la procédure étrangère doit se faire de façon réaliste et concrète, sans a priori. Il n'est dès lors pas possible de fixer un délai maximum endéans lequel le juge étranger devrait se prononcer. Ce serait faire peu de cas des spécificités de chaque espèce. Il appartiendra dès lors au juge second saisi de se prononcer et d'apprécier concrètement la clause de sauvegarde.

**804. Suites du rejet de la litispendance** – Encore faut-il résoudre la question des suites de l'exception du délai raisonnable. Le for de l'abstention qui met fin au jeu de la litispendance poursuivra l'examen du litige – du moins s'il avait accordé un sursis à statuer, comme on l'a déjà recommandé (*supra*, n° 692). Lorsqu'un dessaisissement avait été prononcé, le demandeur sera contraint d'engager une nouvelle procédure, en espérant que son droit d'action ne soit pas encore prescrit.

Une fois la procédure auparavant suspendue remise sur les rails, il n'est pas exclu que le tribunal étranger sorte de sa léthargie. L'hypothèse est d'autant moins théorique que le défendeur pourrait chercher à réactiver la procédure étrangère dont il est à l'origine, notamment dans l'espoir de paralyser la reconnaissance d'une future décision.

Dans sa décision de principe de janvier 1983, la Cour fédérale allemande avait déjà envisagé cette hypothèse.<sup>3477</sup> La Cour avait expliqué que si le tribunal étranger venait à prononcer le divorce, cette décision pourrait être invoquée au titre de l'exception de chose jugée pour mettre fin à la procédure concurrente allemande.<sup>3478</sup> Implicitement, la Cour a donc laissé entendre qu'il n'y avait pas place pour une nouvelle application de l'exception de litispendance. Ceci peut se comprendre; la solution contraire ferait de la procédure du for une véritable procession d'Echternach! Quant à la possibilité de reconnaître effet à la décision étrangère, elle doit également être approuvée.<sup>3479</sup>

(b) Le délai raisonnable comme sanction en droit conventionnel

**805. Introduction** - La clause de sauvegarde doit permettre au for de l'abstention d'éviter le déni de justice qui pourrait résulter du dépassement du délai raisonnable dans le chef du juge étranger. Il ne faut pas s'étonner que la question des lenteurs, supposées ou avérées, de la justice étrangère se soit posée dans le contexte de la litispendance prévue en droit commun allemand. Selon une jurisprudence constante, l'exception de litispendance s'impose en effet au tribunal allemand second saisi, sans que celui-ci ne dispose du même pouvoir d'appréciation que ses collègues français ou néerlandais. La rigidité de l'exception de litispendance a nécessairement conduit la Cour fédérale à permettre une exception au dessaisissement. On peut se demander s'il doit en être de même avec l'autre exemple classique de règle impérative, la litispendance européenne. La rigueur et l'automatisme de la règle de litispendance européenne rendent en effet d'autant plus aigu le problème d'un éventuel déni de justice, puisque le juge second saisi ne

<sup>3476</sup> Arrêt *Satomet c. France* du 2 août 2000.

<sup>3477</sup> 26 janvier 1983, *supra* n° 799.

<sup>3478</sup> *IPRspr.*, 1983, n° 165, (424), 431.

<sup>3479</sup> *Supra*, chapitre sur l'exception de chose jugée. M. Geimer approuvait cette solution au nom de l'Entscheidungsharmonie : *l.c.*, *N.J.W.*, 1984, 529. De façon un peu courte, M. Lütber craignait lui que la décision de la haute cour fédérale ne conduise à une contradiction de décisions : *l.c.*, *IPRacc.*, 1984, (141), 143.

dispose en principe d'aucune marge de manoeuvre. Par extension, c'est la pertinence d'une exception de justice en droit conventionnel qu'il convient d'examiner.

La question n'est pas nouvelle, ni purement théorique. Elle a par exemple été évoquée devant le Landgericht de Francfort dans un litige portant sur les suites d'un accident de cheval dans le Tyrol du Sud.<sup>3480</sup> En l'espèce la victime avait d'abord saisi les tribunaux italiens de Bolzano d'une demande d'indemnisation. Elle s'était ensuite adressée aux tribunaux allemands, sur quoi le défendeur souleva une exception de litispendance. La victime chercha alors à convaincre le tribunal de Francfort que la procédure italienne, qui était tributaire d'une enquête menée par un juge d'instruction, dépassait les limites du délai raisonnable et qu'il fallait dès lors passer outre l'interdit de l'article 21.

Le problème des lenteurs de la justice étrangère s'est posé de façon aigue dans le cadre du contentieux de la propriété intellectuelle. On a même été jusqu'à parler dans ce contexte des 'torpilles' belges et italiennes, pour désigner la stratégie de certains plaideurs qui chercheraient à profiter de l'effet 'guillotine' de la litispendance européenne pour saisir une juridiction réputée lente.<sup>3481</sup> Le but poursuivi est de repousser la solution du litige autant que faire se peut, dans l'espoir sans doute de forcer l'adversaire à transiger.<sup>3482</sup> Le plus souvent, la 'torpille' prendra la forme d'une action *dénégatoire*. Dans le contexte du contentieux de la propriété intellectuelle, il s'agira d'une action entendant faire constater par le juge que la fabrication ou la vente d'un produit ne constitue pas une contrefaçon d'un brevet donné. Ce faisant, le justiciable entend profiter de l'effet 'guillotine' de la litispendance européenne pour barrer la route à son adversaire dont il redoute qu'il veuille l'assigner devant un autre tribunal dans une action en contrefaçon.<sup>3483</sup>

A la possibilité de couper l'herbe sous le pied de l'adversaire en sélectionnant soi-même le théâtre de la joute judiciaire, s'ajoute l'effet dilatoire qui résulte de la saisine d'un tribunal 'réputé' pour sa lenteur.<sup>3484</sup> Cette stratégie transforme l'article 21 de la

<sup>3480</sup> LG Frankfurt, 22 février 1988, *IPRax*, 1990, 234, note H.P. MANSEL p. 214 ; *IPRspr.*, 1989, n° 210a.

<sup>3481</sup> V. dans la littérature C. DE MEYER, "Bedenkingen bij het fenomeen van de 'Belgische Torpedo'", *I.R.D.I.*, 1999, 76-84; M. FRANZOSI, "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *E. I. P. R.*, 1997, 382-38X et V. JANDOLI, "The 'Italian Torpedo'", *I.I.C.*, 2000, 783-796 ; J. PITZ, « Torpedos unter Beschuß », *GRUR Int.*, 2001, 32-37 ; P. VÉRON, « Torpedo's Miss their Mark in France », *Patent World*, juin-juillet 1999, 10-11. Comme le fait remarquer M. VÉRON, l'image de la torpille est "un peu approximative au plan du vocabulaire de la bataille navale": P. VÉRON, "Trentes ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention", *J.D.I.*, 2001, (805), 824. En réalité, l'expression ne fait sans doute pas référence à une forme de torpillage, mais bien au système de freinage à bicyclette de la marque 'torpedo', qui bloque la roue motrice par rétroaction de la pédale, un système on ne peut plus efficace pour un arrêt brutal, comme l'explique L. VAN BUNNEN, « Examen de jurisprudence (1996-2001). Brevets d'invention », *R.C.J.B.*, 2001, (205), 244, n° 33.

<sup>3482</sup> Cette stratégie a apparemment les faveurs des conseils spécialisés dans le contentieux de la propriété intellectuelle, sans doute parce qu'une résolution tardive de ce genre de litige peut peser d'un poids considérable sur une entreprise confrontée à ce qu'elle estime être des faits de contrefaçon – la protection dont elle jouit en vertu des brevets dont elle est titulaire est, au contraire des procédures judiciaires, strictement limitée dans le temps. L'importance des 'torpilles' dans ce contentieux s'explique également par le souci d'échapper aux mesures provisoires extra-territoriales dont on sait qu'elles ont pris dans ce cadre une extension considérable, sur les liens entre les deux phénomènes, v. P. VÉRON, *loc. cit.*, *J.D.I.*, 2001, (805), 823-829.

<sup>3483</sup> V. par exemple le récit que livre le juge Laddie dans *Sepracor, Inc. v Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [1999] Fleet Street Reports 746, 750 (Patent Court) d'une tentative d'obtenir des tribunaux belges une déclaration de non-contrefaçon, de façon à bloquer une éventuelle procédure en Allemagne, spéc. pp. 749-750 où le juge explique que selon les éléments à sa disposition, la procédure belge s'étendra sur plus de 5 ans. Selon le juge, la torpille "is a means for preventing a patentee from obtaining effective relief by starting litigation in a Brussels Convention country, which is believed or hoped to have slow court procedures".

<sup>3484</sup> Une réputation qui, au sein de l'espace judiciaire européen, est allée successivement aux tribunaux italiens et puis belges. Sur l'état de l'arriéré judiciaire dans ce dernier pays, v. E. KRINGS, "Rapport sur l'application de la loi du 3 août 1992 et sur l'arriéré judiciaire", in *Le nouveau droit judiciaire privé. Commentaires*, Les dossiers du Journal des Tribunaux n° 5, Bruxelles Larcier, 1994, 2-22 et plus récemment "L'arriéré judiciaire", *J.T.*, 1997, 137-164 ainsi



Convention de Bruxelles en un véritable obstacle à l'administration de la justice.<sup>3485</sup> On ne s'étonnera pas que la stratégie de la torpille ait déjà fait couler beaucoup d'encre.

**806. Incompatibilité de l'appréciation préventive du risque de déni de justice avec le droit conventionnel** - L'origine conventionnelle de la règle de coordination est-elle de nature à enlever toute justification à la clause de sauvegarde dont nous avons esquissé les contours? La question appelle une réponse nuancée selon le contexte. S'il s'agit de permettre au tribunal second saisi de passer outre la coordination parce que des soupçons pèsent sur l'efficacité de l'appareil judiciaire étranger, une clause de sauvegarde nous apparaît encore plus déplacée qu'en droit commun. Aux nombreuses difficultés pratiques d'application 'préventive' d'une telle clause (*supra*, n° 790) s'ajoute la sensibilité différente qu'entraîne le contexte conventionnel : entre États contractants il serait pour le moins déplacé de se fonder sur un quelconque pronostic quant à la rapidité de la procédure étrangère.

La conclusion d'une convention constitue en effet un geste de confiance mutuelle qui ne peut s'accommoder du doute que trahirait l'application préventive d'une clause de sauvegarde. Tolérer une telle application serait permettre aux tribunaux de revenir sur la confiance dont les États se sont témoignés. Il nous semble dès lors exclu de permettre à un juge de se lancer dans des supputations sur la durée probable d'une procédure étrangère pour justifier une exception à la coordination. Il en va d'autant plus ainsi lorsque le litige s'inscrit dans l'espace judiciaire européen. Non seulement le texte de l'article 21 n'envisage-t-il aucune dérogation à la loi du juge premier saisi. Mais de plus, comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, la jurisprudence de la Cour de Justice ne permet pas au juge second saisi de s'interroger sur la validité de la saisine de son collègue. A fortiori ne pourrait-il s'engager dans un exercice de prévision qui l'amènerait à décider a priori que le juge étranger ne sera pas à même de trancher le litige dans un délai raisonnable. Un tel geste irait à l'encontre de l'économie même de la Convention, qui repose toute entière sur l'interdiction du contrôle de la compétence indirecte et son corollaire, la confiance entre les juges nationaux.

**807. Exception de justice et droit conventionnel général** - La situation est toute autre lorsque le dépassement du délai raisonnable est *avéré*. Il ne s'agit plus alors de douter par avance de la fiabilité d'un tribunal étranger partenaire, mais de constater, dans une espèce concrète, que ce tribunal a failli à sa mission. Malgré l'existence d'une obligation conventionnelle de priorité, il sera difficile au tribunal second saisi de fermer sa porte aux plaideurs alors que le tribunal étranger n'est manifestement pas à même de répondre à l'impératif d'une justice prompte. Le Bundesgerichtshof n'a d'ailleurs pas vu dans l'existence d'une règle de litispendance d'origine conventionnelle un obstacle à la prise en compte d'une durée excessive de la procédure étrangère. La décision de principe du 26 janvier 1983 déjà citée mettait en effet en jeu l'article 11 de la Convention italo-allemande du 9 mars 1936, qui ne prévoit pas d'exception au mécanisme de litispendance. La Cour fédérale allemande s'est contentée de relever de façon laconique que la convention ne s'opposait pas à sa décision.<sup>3486</sup> Comme le relève M. *Geimer*, lorsque deux États concluent

---

que "Extraits du rapport de la commission concernant l'arriéré judiciaire à Bruxelles (7 décembre 1999)", *J.T.*, 2000, 247-256.

<sup>3485</sup> On pourrait alors parler de 'forum retarditis' ! M. *Véron* explique toutefois à juste titre que l'engagement d'une procédure en déclaration de non-contrefaçon n'est pas nécessairement dilatoire. Elle peut au contraire constituer une manœuvre judiciaire visant à crever l'abcès et à éviter la multiplication des procédures devant les tribunaux de plusieurs pays d'Europe : *loc. cit.*, *J.D.I.*, 2001, 824.

<sup>3486</sup> Décision précitée, *IPRspr.*, 1983, 165, 430.

une convention prévoyant la reconnaissance réciproque de leurs décisions, ils y sont poussé par l'existence d'un appareil judiciaire efficace. Dès lors que cette condition fait défaut, on ne peut prétendre appliquer les accords conclus comme si de rien n'était.<sup>3487</sup>

Cette première justification peut sembler peu satisfaisante. Elle laisse en effet un arrière goût de justice faite à soi-même que l'on voudrait croire disparue de la scène internationale. En réalité on peut justifier la solution retenue par la Cour allemande, et plus généralement l'exception faite aux règles de litispendance conventionnelles, par le biais de la technique des conflits de conventions. Car il nous semble évident que s'oppose ici à l'obligation conventionnelle de s'effacer devant le juge premier saisi l'impératif du respect du procès équitable lui aussi imposé par une convention et non des moindres. Le souci d'éviter le déni de justice que constituerait le dessaisissement au profit d'une procédure étrangère manifestement trop lente est en réalité un devoir imposé aux Etats européens par la Convention européenne des droits de l'homme. Face ce conflit entre deux obligations conventionnelles, il est une méthode de règlement qui nous semble s'imposer, à savoir celle qui consiste à écarter tout danger de déni de justice.<sup>3488</sup> En pratique, on privilégiera dès lors le respect dû au procès équitable, même si ceci va au détriment de l'objectif de coordination des procédures concurrentes.

On pourrait également en appeler à une hiérarchie des normes internationales, les normes conventionnelles qui garantissent des droits fondamentaux devant recevoir l'application la plus large.<sup>3489</sup> Dans les deux cas, le résultat est le même : il aboutit à privilégier le texte international fondateur, une solution dont la pertinence ne nous semble pas devoir être démontrée à l'aide d'une savante analyse juridique.<sup>3490</sup> Le droit au procès équitable, et celui d'obtenir justice dans un délai raisonnable, ne sauraient souffrir d'une volonté trop rigide de prévenir les procédures concurrentes.

Les Etats parties à la CEDH ne pourraient d'ailleurs se réfugier derrière la litispendance européenne pour justifier un dépassement du délai raisonnable, la Cour européenne ayant clairement établi que « l'inobservation d'une disposition de la Convention européenne par un Etat n'est pas excusée par la considération que cet Etat avait pris des engagements contraires ».<sup>3491</sup>

En définitive, il nous semble hors de doute que la clause de sauvegarde pourrait à juste titre être invoquée dans l'hypothèse exceptionnelle où le juge premier saisi a manifestement failli à sa mission de rendre prompte justice. Il reste à examiner si cette

<sup>3487</sup> R. GEIMER, *loc. cit.*, *N.J.W.*, 1984, 529-530 : "Denn die Parteien gingen von einer effizienten Rechtspflege in beide Vertragsstaaten aus. Diese ist Vertragsgrundlage". V. toutefois les critiques des auteurs italiens cités par S. ISENBURG-EPPEL, *op. cit.*, 1992, 95 et notamment Tortorici, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1983, (527), 528, selon qui la décision du BGH d'introduire une exception à la règle conventionnelle est "senza dubbio contra legem".

<sup>3488</sup> Méthode présentée par C. BRIERE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Bibliothèque de droit privé t. 347, LGDJ, Paris, 2001, (421 p.), 231-233.

<sup>3489</sup> Sur cette hypothèse, v. C. BRIERE, *op. cit.*, Paris, LGDJ, 2001, 277 e.s. qui conclut p. 340, n° 455 que la jurisprudence française admet que « la priorité doit être accordée, sur tout autre convention de droit privé, à la Convention européenne des droits de l'homme ». Elle en appelle pour justifier cette conclusion à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et en particulier à l'arrêt *Soering* précité.

<sup>3490</sup> On pourrait également invoquer à l'appui de cette solution le principe du moindre sacrifice des obligations internationales de l'Etat dont les tribunaux sont saisis, proposé par M. LAGARDE dans son compte-rendu de l'ouvrage de F. MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et pratique. II : partie spéciale : le droit des conflits de convention*, *R.C.D.I.P.*, 1982, (231), 233.

<sup>3491</sup> Comme l'explique P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *R.C.D.I.P.*, 1991, (651), 657, qui en appelle également à l'arrêt *Soering*.

conclusion générale vaut également pour les deux régimes particuliers que constituent le projet de Convention de La Haye et l'espace judiciaire européen.

**808. Exception de justice et projet de Convention de La Haye** – La question de la légitimité d'une limitation déduite du procès équitable ne pose que peu de difficulté en ce qui concerne le projet de Convention de La Haye. L'article 21 (3) du projet permet en effet au juge second saisi de statuer sur le litige nonobstant l'existence d'une litispendance lorsque le tribunal étranger "n'a pas rendu une [...] décision dans un délai raisonnable". Cette précision est apparue pour la première fois dans un document de travail présenté par le Groupe de travail sur le refus d'exercice de compétence.<sup>3492</sup> La proposition du Groupe de travail a ensuite été reprise dans le document de synthèse reprenant l'état des discussions en juin 1999,<sup>3493</sup> ainsi que dans toutes les versions ultérieures du projet. L'introduction d'une telle clause a le mérite de clarifier les choses. Elle évite le conflit de convention en incorporant directement dans le texte de la litispendance la sanction du manque de célérité.<sup>3494</sup> L'existence de cette disposition témoigne de la volonté des rédacteurs de la Convention de ne pas permettre que le mécanisme de la litispendance puisse conduire à certaines dérives, et en particulier à un déni de justice. L'intention se comprend, la Convention étant appelée à s'appliquer à l'ensemble du contentieux international privé.<sup>3495</sup> Il reste à espérer que les tribunaux nationaux feront preuve d'une certaine réserve dans l'interprétation du concept de délai 'raisonnable'. On peut d'ailleurs se demander si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourra servir de guide à l'interprétation de ce concept. La future Convention de La Haye réunira potentiellement des Etats qui n'ont pas souscrit au texte européen. Il reste que, comme déjà expliqué, les Etats parties aux deux conventions ne pourront se permettre de négliger la jurisprudence de Strasbourg. On ne peut exclure que les tribunaux d'autres Etats prennent également appui sur cette jurisprudence, au titre de référence générale.

**809. Exception de justice et espace judiciaire européen** – L'introduction d'une clause spécifique dans le texte de La Haye est sans doute au moins en partie le résultat de l'expérience acquise au sein de l'espace judiciaire européen. Comme on le sait, la litispendance européenne ne prévoit pas de porte de secours en cas de déni de justice. La question du dépassement du délai raisonnable par le juge premier saisi ne peut toutefois être évitée.<sup>3496</sup>

<sup>3492</sup> Document n° 127 du 15 juin 1999. Lors de la même session, la France et l'Allemagne avaient proposé une rédaction sensiblement différente. Selon le document de travail n° 148 du 11 juin 1999, la litispendance aurait été subordonnée à la condition que le tribunal puisse prévoir que "le tribunal premier saisi rendra dans un délai raisonnable une décision susceptible d'être reconnue [...]". La proposition présentée par la Suisse en 1998 (Document de Travail n° 60 du 6 mars 1998), clairement inspirée du droit suisse, allait dans le même sens. On peut se féliciter que cette rédaction en l'ait pas emporté.

<sup>3493</sup> Document de travail n° 241 de juin 1999.

<sup>3494</sup> Peut-être regrettera-t-on que la clause de sauvegarde soit limitée à la question du délai raisonnable et n'embrasse pas le problème plus général du déni de justice.

<sup>3495</sup> Selon l'article 42 du projet, tous les Etats peuvent adhérer à la future Convention, sous réserve d'un éventuel mécanisme de coordination.

<sup>3496</sup> Le BGH a pourtant refusé de se prononcer sur la question en 1985 : BGH, 29 novembre 1985, *R.I.W.*, 1986, 217 ; *IPRax*, 1986, 293 ; *Eur. Commercial Cases*, 1987, 273. En l'espèce un prêteur allemand tentait d'obtenir le remboursement d'un prêt important consenti à un citoyen allemand. Il avait d'abord saisi le tribunal de Cataia. Dépité du manque de progrès de cette procédure, il reporta ses espoirs sur les tribunaux allemands. Il s'opposait au sursis demandé par son adversaire pour cause de litispendance en invoquant le retard considérable qu'avait pris la procédure italienne : après 8 ans de procès, aucune date n'avait encore été fixée pour une audience de plaidoiries ! Le BGH refusa expressément de se prononcer sur la possibilité de mettre une limite temporelle au jeu de la litispendance européenne. Une décision de ce type n'était selon la Cour pas nécessaire parce que les circonstances de la cause ne révélaient pas une paralysie complète de la procédure étrangère : pour obtenir la fin du sursis à statuer, il suffisait en effet pour le demandeur qu'il mette fin à la procédure italienne dont il avait pris l'initiative. Il n'y avait donc pas lieu de faire application de la jurisprudence inaugurée par le BGH quelques deux

Pour illustrer l'importance de la question, on peut évoquer l'affaire, déjà citée, de l'accident de cheval au Tyrol.<sup>3497</sup> Après avoir constaté qu'en l'espèce la procédure italienne n'avait pas à son sens dépassé les limites du raisonnable, le Langericht de Francfort exclut en l'espèce de déroger à l'article 21 même en cas de dépassement du délai raisonnable.<sup>3498</sup> Le tribunal rejeta ensuite le parallèle tracé par le défendeur avec la jurisprudence de la cour fédérale allemande déjà évoquée, qui tolère une limite temporelle à la litispendance en droit commun, en notant que cette jurisprudence avait été développée en dehors de la Convention de Bruxelles. De plus elle portait généralement sur des affaires d'état, qui mettaient en jeu des considérations différentes. La Cour d'Appel fit cependant entendre une autre voix.<sup>3499</sup> Après avoir constaté que la durée de la procédure italienne n'était pas excessive eu égard à la complexité du litige, elle décida qu'en principe l'article 21 ne se laissait pas concilier avec une exception de justice.<sup>3500</sup> Toutefois la Cour laissa entendre qu'on pouvait tolérer une exception à la règle d'airain de l'article 21 sur base du principe de bonne foi ("Treu und Glauben") lorsqu'un litige d'une grande importance économique fait l'objet d'un retard complètement inacceptable.<sup>3501</sup> En l'espèce ces conditions n'étaient toutefois pas remplies.<sup>3502</sup>

Voilà réunies à l'occasion du même litige deux visions contradictoires sur la question des limites temporelles à la litispendance européenne : d'une part une position 'orthodoxe', qui s'en tient à la lettre de l'article 21 qu'elle refuse de faire plier même en cas de dépassement du délai raisonnable, et d'autre part une jurisprudence qui pourrait s'accommoder d'un accroc à cette même disposition dans des circonstances exceptionnelles. Là où la doctrine semble pencher pour la première thèse, la seconde emporte les faveurs de la jurisprudence.

**810. Exception de justice et espace judiciaire européen - Les hésitations de la doctrine** - Les commentateurs qui se sont penchés sur la question rejettent en effet majoritairement l'introduction d'une limitation à l'effet de la litispendance européenne. Après avoir exposé le développement de la jurisprudence allemande, Mme. *Isenburg-Epple* estime ainsi que tolérer que le for second saisi revienne sur le sursis à statuer violerait le but et l'économie de la Convention de Bruxelles.<sup>3503</sup> Elle rappelle qu'une telle possibilité n'est pas prévue dans le texte de la Convention et qu'elle serait contraire à l'idée d'intégration qui préside à l'espace judiciaire européen. Expliquant que les plaideurs qui

---

ans auparavant (*supra*, BGH, 29 janvier 1983). Ce faisant la Cour évita de se prononcer sur la délicate question de la limitation éventuelle de la litispendance européenne, tout en laissant la porte ouverte à une autre réponse dans la situation où chacune des parties a pris l'initiative d'une des procédures. En appel dans cette affaire : OLG München, 31 octobre 1984, *IPRax*, 1985, 338.

<sup>3497</sup> LG Frankfurt, 22 février 1988, *IPRax*, 1990, 234, note H.P. Mansel p. 214, *IPRspr.*, 1989, n° 210, reprise dans le *Répertoire de jurisprudence communautaire*, Série D, I-21-B.13, *supra*, n° 803.

<sup>3498</sup> "Zum anderen würde es Sinn und Zweck des Art.21 EuGVÜ zuwiderlaufen, wenn man das Übereinkommen im Hinblick auf eine möglicherweise längere Verfahrensdauer in einem anderen Vertragsstaat außer Kraft setzen würde" : *IPRspr.*, 1989, 475.

<sup>3499</sup> OLG Frankfurt, 15 juin 1989, *IPRspr.*, 1989, n° 210b, p. 476.

<sup>3500</sup> "Denn wegen einer Verschleppung des Rechtsstreits kann sich ein Kläger grundsätzlich nicht auf eine Unbeachtlichkeit der durch Art. 21 I GVÜ begründeten Zuständigkeit des Erstgerichts berufen" : *IPRspr.*, 1989, n° 210b, 476.

<sup>3501</sup> *IPRspr.*, 1989, n° 210b, 477 : « Ein Abweichen von art.21 I GVÜ könnte unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben allenfalls bei Rechtsstreiten mit überragender wirtschaftlicher Bedeutung und völlig unzumutbarer Dauer in Erwägung gezogen werden ».

<sup>3502</sup> La Cour ajouta que la jurisprudence du BGH n'était pas décisive puisqu'elle concernait des espèces de divorce, alors que la Convention de Bruxelles s'applique principalement au contentieux patrimonial.

<sup>3503</sup> S. ISENBURG-EPPLE, *op. cit.*, 1992, 99.

prennent l'initiative de saisir un juge étranger devront s'accommoder du rythme adopté par ce juge, elle conclut toutefois que si en théorie le droit à un procès équitable pourrait constituer une limite au jeu de la litispendance, il n'appartient pas aux juges de trancher cette question, qu'elle renvoie au législateur européen.<sup>3504</sup>

M. Koch se montre également intransigeant : pour lui la question ne se pose que lorsque les deux procédures sont l'oeuvre des deux parties. Dans le cas de deux procédures miroir, il suffirait au demandeur de se désister lorsqu'il apparaît que la procédure qui a reçu priorité ne s'achèvera pas dans un délai jugé raisonnable.<sup>3505</sup> Dans le cas contraire, il ne serait pas permis au juge second saisi de déroger à l'article 21, d'autant plus que chaque partie avait la possibilité d'entamer les hostilités et d'engager une procédure avant que l'adversaire ne le fasse.<sup>3506</sup> Enfin, toujours selon M. Koch, le souci d'éviter des décisions contradictoires devrait l'emporter sur le droit à un procès équitable dans le contexte particulier de l'espace judiciaire européen.<sup>3507</sup>

Fidèles au principe d'auto-suffisance de la Convention dont ils sont d'ardents défenseurs, MM. Born et Fallon n'envisagent pas que l'on puisse tolérer une quelconque exception au mécanisme de l'article 21. Ils écrivent à ce propos qu'en "aucun cas, la lenteur déjà vérifiée et/ou supposée de la procédure devant le juge premier saisi ne pourra justifier une suspension ou une édulcoration des obligations pesant sur le juge saisi en second lieu aux termes de l'article 21".<sup>3508</sup>

**811. Exception de justice et espace judiciaire européen - Une jurisprudence plus tranchée** - Les tribunaux ne semblent pas partager les scrupules des commentateurs. Certaines décisions laissent en effet entendre que les tribunaux seraient prêts à tolérer, dans des circonstances exceptionnelles, une limitation temporelle au jeu de la litispendance européenne, même si les tribunaux se montrent réservés quant à l'application pratique de cette exception. Une décision de la Cour d'Appel de Munich traduit bien cette plus grande souplesse.<sup>3509</sup> En l'espèce une entreprise allemande réclamait compensation à son cocontractant italien à qui elle reprochait une exécution fautive du contrat les liant. Cette demande fut écartée par la Cour d'Appel qui accueillit l'exception de litispendance invoquée par le cocontractant, en notant que celui-ci avait introduit antérieurement devant le tribunal de Bergame une action dénégatoire visant à faire constater l'absence de responsabilité dans son chef.<sup>3510</sup>

<sup>3504</sup> Id., 99-100, conclusion reprise p. 255.

<sup>3505</sup> M. KOCH, *Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung*, Frankfurt a.M., Lang, 1993, 84. Opinion partagée par M. WITTIBSCHLAGER, 1994, 132.

<sup>3506</sup> M. KOCH, *op. cit.*, 1993, 85. M. Koch soutient également que le droit à la protection juridique (*Justizgewährungsanspruch*) que prévoit le droit allemand ne saurait être invoqué pour dévier de la solution prescrite par une convention internationale. C'est oublier un peu vite que le droit à un procès dans un délai raisonnable fait également partie des droits garantis par de nombreux instruments internationaux.

<sup>3507</sup> Id., 85-86. L'auteur ne se montre toutefois pas opposé à une modification du texte de l'article 21 par les Etats membres, si ceux-ci jugent une telle modification nécessaire. D'autres auteurs se montrent toutefois disposés à tolérer une exception à la litispendance européenne.

<sup>3508</sup> MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 425, n° 215. V. également J. KROPHOLLER, 7<sup>ème</sup> éd., Heidelberg, 2002, 345, qui explique que « Für die Rechtsfolgen des Art. 27 ist eine angebliche Verschleppung des Rechtsstreits in dem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich unbeachtlich », et poursuit en soulignant qu'il en est particulièrement ainsi lorsque la même partie est à l'origine des deux procédures, puisqu'il peut alors mettre fin à l'une des procédures pour faire cesser la situation de litispendance.

<sup>3509</sup> OLG München, 2 juin 1998, *R.I.W.*, 1998, 631 ; [1999] I.L.Pr. 291.

<sup>3510</sup> OLG München, 22 décembre 1993, *R.I.W.*, 1994, 511 ; *EuZW.*, 1994, 511 ; *IPrax.*, 1994, 308 ; *IPRspr.*, 1993, n° 165. Cette décision est d'autant plus intéressante que la Cour accepte de s'incliner devant l'existence d'une action dénégatoire alors même que selon le droit commun allemand une telle action devrait céder le pas à une demande

L'entreprise allemande revint à la charge quelques 5 ans plus tard; elle sollicitait la levée du sursis à statuer, mesure qui n'était selon elle plus justifiée au vu du retard excessif pris par la procédure italienne. A l'appui de sa demande, elle expliqua que le tribunal italien ne s'était même pas encore prononcé sur l'exception d'incompétence qu'elle avait soulevée, et que les audiences prévues en 1996 et 1997 avaient dû être annulées en raison d'un changement de personnel judiciaire.

La Cour d'Appel ne fit pas droit à la demande. Selon la Cour, l'article 21 ne permettait pas de revenir sur un sursis accordé en raison de la saisine antérieure d'un juge étranger. Ce sursis ne pouvait prendre fin que dès lors que le juge étranger se prononçait au fond. La Cour nota également que la mesure sollicitée par le demandeur aurait pour effet de conduire à des décisions contradictoires, ce que l'article 21 cherchait justement à éviter. Loin de permettre au tribunal second saisi de subordonner le sursis à un progrès rapide de la procédure étrangère, cette disposition se fondait selon la Cour sur la prémisse que tous les tribunaux des Etats contractants étaient d'une valeur égale, malgré les différences de procédure et d'organisation qui les séparaient.<sup>3511</sup>

La Cour n'en resta toutefois pas là. S'inspirant expressément de la jurisprudence relative au droit commun, elle laissa entendre qu'il était possible d'envisager une exception à la litispendance lorsqu'il apparaît que la procédure étrangère ne pourrait être menée à bon terme. En l'espèce toutefois, il n'était pas besoin de se prononcer sur cette question, puisque rien ne laissait croire que la procédure italienne était affectée d'un vice rédhibitoire. La Cour conclut en enjoignant le demandeur de s'adresser d'abord aux tribunaux italiens pour se plaindre de leur lenteur avant de demander une éventuelle suspension du sursis.

**812. Exception de justice et espace judiciaire européen – le difficile équilibre –**  
Les hésitations de la Cour d'Appel de Munich trahissent bien la difficulté de la question. On a déjà expliqué qu'il paraissait à la fois légitime et opportun de nuancer les règles conventionnelles de coordination des procédures concurrentes en privilégiant le droit fondamental à une prompt justice garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. On ne peut toutefois échapper à la constatation que l'espace judiciaire européen constitue une construction spécifique, ne fut-ce que par l'existence d'un mécanisme d'interprétation uniforme par le biais du recours à la Cour de Justice. Au sein de cet espace, la confiance entre juridictions nationales est une donnée essentielle.<sup>3512</sup> Elle se traduit par une forte limitation du pouvoir de contrôle du juge requis. L'allègement de la procédure d'exequatur lors de la récente révision de la Convention et la disparition annoncée de cette formalité avec l'avènement du titre exécutoire européen sont autant de signes qui révèlent la nature particulière de la construction judiciaire européenne.<sup>3513</sup> A cette première donnée s'ajoute le caractère quasi-automatique de la

---

positive ultérieure. La CJCE confirma ultérieurement la démarche de la Cour d'Appel dans l'affaire *Tatry*, *supra*, n° 480.

<sup>3511</sup> OLG München, 2 juin 1998, *R.I.W.*, 1998, 631 : "Das EuGVÜ sämtliche Gerichte des Vertragsstaaten und deren Verfahren als gleichwertig anerkennt, ungeachtet etwaiger Unterschiede in der praktischen Ausgestaltung und des Ablaufs der verfahren im konkreten Einzelfall".

<sup>3512</sup> V. les considérant 16 du préambule au Règlement 44/2001 qui évoque "la confiance réciproque dans la justice au sein de la Communauté européenne".

<sup>3513</sup> Le cadre de référence est toujours la *Full Faith and Credit Clause* en vigueur au sein de l'espace judiciaire américain. On sait que si l'exception d'ordre public subsiste comme motif de refus de reconnaissance dans le Règlement 44/2001, il n'a pas lieu d'être entre les états américain, v. en dernier lieu *Baker v General Motors*, 522 U.S. 222, 233, 118 S.Ct. 657, 664, 139 L.Ed. 2d 80 (1998) et *on remand* 138 F.3d 1225 (8<sup>th</sup> Cir. 1998). La comparaison n'est

litispendance européenne et l'insistance répétée de la Cour de Justice sur l'objectif de prévention des décisions contradictoires.<sup>3514</sup>

Ces données plaident pour que l'on accorde un effet aussi étendu que possible à la litispendance européenne. Partant, c'est à la fois l'économie et le but de la Convention de Bruxelles qui se heurtent à l'introduction d'une limitation à la priorité du juge premier saisi en cas de dépassement du délai raisonnable. Il n'est pas besoin de rappeler que le texte de la Convention ne permet pas de trancher cette controverse dans un sens ou dans l'autre.

A défaut d'une modification du texte ou d'une éventuelle décision de la Cour de Justice, il faudra pourtant trancher la question. Il nous semble qu'il n'est pas possible de faire l'économie d'une clause de sauvegarde à l'article 21. Quoique l'on puisse penser du souci de coordination des procédures concurrentes – et notre sentiment à ce sujet a été clairement expliqué – on peut difficilement accepter que cet objectif conduise à laisser les justiciables subir les affres d'un véritable déni de justice. Si ce scénario-catastrophe restera exceptionnel, il n'est pas pour autant exclu. Et ce d'autant plus qu'à terme, le Règlement 44/2001 est appelé à s'appliquer au sein d'un espace judiciaire européen élargi, comprenant plus de 20 membres. Il ne peut dès lors à notre sens y avoir d'hésitation sur le principe même d'une 'porte de sortie' à la litispendance européenne, dans des situations véritablement exceptionnelles. C'est le droit à un procès équitable qui commande cette solution.

La Cour de Justice a d'ailleurs elle-même rappelé l'importance de faire droit aux garanties du procès équitable dans l'application de la Convention de Bruxelles, même si ceci doit avoir pour effet de limiter la libre circulation des jugements, objectif maître de la construction d'un espace judiciaire européen.<sup>3515</sup>

**813. Exception de justice et espace judiciaire européen – le difficile équilibre (suite)** – Les principes appellent une limitation de la litispendance européenne. Pour justifier celle-ci, il faut toutefois se garder de faire appel au droit national. Ce serait une erreur que d'autoriser par exemple les tribunaux allemands à invoquer l'autorité de la jurisprudence déjà citée pour délimiter les contours de l'exception de justice. On aperçoit immédiatement les travers d'une telle démarche, et en particulier le risque d'une 'balkanisation' de la litispendance.

La règle de litispendance prévue par la Convention de Bruxelles obéit, comme les autres dispositions de celle-ci au principe d'auto-suffisance qui veut que ces règles "forment un tout et se suffisent à elle-même [...]" en sorte qu'on "ne peut ni ajouter ni retrancher à leur liste".<sup>3516</sup> En principe il n'y a donc pas de place pour une quelconque application du

---

toutefois pas entièrement justifiée, les Etats américains peuvent en appeler à plus de 200 ans d'existence juridique commune !

<sup>3514</sup> V. *supra*, n° 9 dans l'introduction générale. *Adde* le considérant n° 15 du Règlement 44/2001 qui précise que "le fonctionnement harmonieux de la justice commande de réduire au maximum la possibilité de procédures concurrentes et d'éviter que des décisions inconciliables soient rendues dans deux Etats membres".

<sup>3515</sup> V. les décisions du 28 mars 2000, *Krombach t. Bamberski*, précitée; *R.C.D.I.P.*, 2000, 481 (et la note de J. GUNDEL, "Der einheitliche Grundrechtsraum Europa und seine Grenzen : zu EMRK-konformen Interpretation des Ordre-Public-Vorbehalts des EuGVÜ durch den EuGH", *Eu. Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2000, 442-448) ainsi que du 11 mai 2000, *Régie nationale des Usines Renault t. Maxicar SpA, O. Formento*, affaire 38/98, *Rec.*, I-2973 et les commentaires de B. HEß, "Urteilsfreizügigkeit und Ordre public-Vorbehalt bei Verstößen gegen Verfahrensgrundrechte und Marktfreiheiten", *IPRax*, 2001, 301-306.

<sup>3516</sup> G. DROZ, 1972, n° 51.

droit national lorsque la Convention s'applique. La Cour de Justice a d'ailleurs à plusieurs reprises confirmé cet état de fait.<sup>3517</sup> Un plaideur serait dès lors malvenu d'invoquer une quelconque règle de droit national pour limiter le jeu de l'article 21.<sup>3518</sup> Il ne suffirait pas non plus de prétendre que la limitation ainsi conçue relève non de la détermination de la compétence, mais touche au contraire à la procédure, dont on sait que la Cour de Justice a accepté qu'elle tombe sous l'empire du droit national.<sup>3519</sup> Il nous paraît en effet pour le moins spécieux de prétendre qu'une limitation du jeu de la litispendance serait une mesure strictement procédurale! Si elle ne vise pas directement la compétence, elle n'en touche pas moins à la question de savoir si un tribunal peut exercer une compétence dont il est par ailleurs investi. Même si on optait pour la qualification procédurale, encore faudrait-il constater que la limitation déduite du délai raisonnable porte atteinte à 'l'effet utile' de la Convention<sup>3520</sup> et ne peut à ce titre être invoquée.<sup>3521</sup> On conviendra que permettre au juge second saisi de revenir sur l'obligation que lui impose l'article 21 de surseoir à statuer, constitue à tout le moins une importante limitation de la litispendance européenne. Ainsi donc il ne nous semble pas indiqué, tant au niveau des principes<sup>3522</sup> qu'au niveau des règles, de fonder la limitation du jeu de la litispendance sur le droit national. Il en est d'autant plus ainsi depuis l'entrée en vigueur du Règlement 44/2001, puisqu'il n'appartient pas à un Etat membre de se fonder sur son droit national pour contrecarrer une disposition de ce type.<sup>3523</sup>

**814. Exception de justice et espace judiciaire européen – le difficile équilibre (suite)** – Pour autant, toute possibilité de limitation de l'article 21 n'est pas exclue. Bien sur il serait préférable qu'une telle initiative soit le fait de l'Union européenne ou, à défaut, de la Cour de Justice saisie d'une question préjudicielle. Dans l'attente d'une telle intervention, rien n'empêche toutefois les tribunaux nationaux de jeter les premières bases d'une exception véritablement 'européenne'. Celle-ci pourrait par exemple s'inspirer des garanties du procès équitable telles qu'énumérées par l'article 6 de la Convention européenne. Tous les Etats membres ont souscrit à cette disposition, dont on retrouve d'ailleurs l'essentiel dans la charte européenne. La Cour de Justice elle-même n'a pas hésité à faire référence à cette disposition.<sup>3524</sup> Il ne nous semble pas contraire au caractère "complet et homogène" de la Convention de Bruxelles,<sup>3525</sup> de permettre aux tribunaux nationaux de s'en référer aux exigences du procès équitable. Ce faisant, la

<sup>3517</sup> V. en particulier *Hagen* ; C.J.C.E., 19 janvier 1993, *Shearson*, affaire C-89/89, *Rec.*, 1993, I-181, n° 10. Sur le principe d'auto-suffisance, v. MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 60-65.

<sup>3518</sup> Cette disposition est d'autant plus auto-suffisante depuis la révision de la Convention de Bruxelles que le Règlement n° 44/2001 prévoit une règle autonome déterminant le moment de saisine des tribunaux, *supra*, n° 625.

<sup>3519</sup> C.J.C.E., 15 mai 1990, *Hagen*, aff. C-365/88, *Rec.*, 1990, I, 1860 et les commentaires de A. NUYS, "Questions de procédures : la difficile coexistence des règles conventionnelles et nationales", in *L'espace judiciaire européen...*, 235 e.s. On a parfois excipé du caractère 'procédural' de la doctrine du forum non conveniens pour justifier son application dans le cadre de la Convention de Bruxelles, v. p. ex. P. NORTH, "La liberté d'appréciation de la compétence (Jurisdictional Discretion) selon la Convention de Bruxelles", in *Nonneux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, (373), 377.

<sup>3520</sup> Arrêt *Hagen* précité, n° 18-20.

<sup>3521</sup> Dans l'affaire *Hagen* précitée, la Cour a expliqué que le juge national "ne saurait appliquer des conditions de recevabilité prévues par le droit national qui auraient pour effet de limiter la mise en œuvre des règles de compétence prévues par la Convention".

<sup>3522</sup> Pour éviter un morcellement de l'espace judiciaire européen.

<sup>3523</sup> Le principe bien connu de la primauté du droit communautaire.

<sup>3524</sup> Sur l'ensemble de la problématique, K. LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 423 e.s.

<sup>3525</sup> Selon l'expression de J.-P. BERAUDO, *Juris-Classeur droit européen*, Fasc. 3010, n° 10.



limitation à l'exception de litispendance européenne trouve une assise proprement européenne.

Une fois le principe d'une clause de sauvegarde admis, il faut encore examiner les limites de son application. On pourrait en effet objecter qu'à l'intérieur de l'espace judiciaire européen existent des garanties suffisantes pour remédier aux difficultés que l'on range habituellement sous le vocable de 'dénier de justice'. On pense en particulier aux garanties offertes par l'article 6 précité, que les justiciables peuvent directement invoquer devant les juridictions nationales. En outre, ces mêmes justiciables ont à leur disposition un appareil de sanction supranational dont l'expérience a révélé l'efficacité.

Ces garanties diverses, conjuguées à l'esprit de confiance mutuelle qui informe la construction européenne, s'opposent-elles à ce que l'on permette aux juges nationaux de dévier de la ligne tracée par l'article 21 ? C'est ce qu'a indiqué la Cour d'Appel de München, qui a fait observer que le demandeur, qui se plaignait de la lenteur d'une procédure italienne, "n'était pas privé de tout remède juridique dans cette dispute"<sup>3526</sup>. Pour éviter qu'une exception de justice ne fasse double emploi avec la protection directe qu'accorde l'article 6, il est nécessaire de subordonner son intervention à une condition de *subsidiarité*.

Le demandeur qui entend que le tribunal second saisi déroge à l'article 21 devra démontrer que ses efforts pour obtenir justice dans l'Etat premier saisi ont été vains. Il ne suffira pas d'alléguer que la procédure étrangère souffre d'un retard, même appréciable. Il faudra encore qu'il montre que ses efforts pour obtenir une sanction du juge premier saisi n'ont pas abouti.<sup>3527</sup> C'est seulement à cette condition qu'il nous semble possible de faire une exception à la priorité qui revient au for premier élu.<sup>3528</sup>

**815. Exception de justice et espace judiciaire européen - conclusion** - Ainsi définie, l'exception de justice pourrait intervenir comme remède ultime s'il s'avérait que le for premier saisi, pour une raison ou une autre, n'est pas en mesure de trancher la contestation. La condition de subsidiarité nous paraît nécessaire au nom du principe de confiance. Elle doit être strictement entendue, en ce sens qu'elle implique que le demandeur aille au-delà de la preuve du simple retard. Il devra également, pièces à l'appui, convaincre le for second saisi, qu'il a tout essayé pour obtenir du juge premier saisi qu'il se prononce ou qu'il soit sanctionné.

Ainsi entendue, l'exception de justice ne sera pas d'une grande utilité pour mettre fin aux 'torpilles' déjà évoquées. Dans la plupart des espèces que l'on range dans cette catégorie, la question du retard imputable au for premier saisi est soulevée de manière préventive, en se fondant sur une vague présomption d'encombrement et d'arriéré judiciaire. Il n'est pas question dans ces circonstances de tolérer une mise hors jeu de la litispendance européenne. En outre, on observe un mouvement de fond des tribunaux pour limiter le recours à l'action dénégatoire, le plus souvent par une interprétation restrictive des règles

<sup>3526</sup> "Die Klägerin des hiesigen Prozesses ist ja als Beklagte des Rechtsstreits in Bergamo nicht rechtlos gestellt": *R.I.W.*, 1998, 631.

<sup>3527</sup> Cette condition de subsidiarité s'impose d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment renforcé la protection du justiciable qui patit du retard inconsidéré de la justice. Dans l'arrêt *Kovalla c Pologne*, la Cour a en effet décidé que les justiciables devaient pouvoir disposer d'un recours effectif au sens de l'article 13 contre le dépassement du délai raisonnable, arrêt du 26 octobre 2000, v. PH. FRUMER, « Le recours effectif devant une instance nationale pour dépassement du délai raisonnable. Un revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T. dr. eur.*, 2001, 49-53.

<sup>3528</sup> *Comp. supra* la condition de subsidiarité relative à l'interdiction de procéder, n° 321.

de compétence.<sup>3529</sup> Les juges belges en particulier se montrent particulièrement restrictifs, sans doute pour se défaire d'une réputation pour le moins douteuse de 'lanterne' des tribunaux européens. Des décisions récentes<sup>3530</sup> montrent qu'ils n'hésitent pas à fermer leur porte, sous les prétextes les plus divers, aux plaideurs les saisissant d'une demande préventive.<sup>3531</sup> Ainsi le tribunal de Bologne a-t-il refusé de se déclarer compétent pour connaître d'une demande visant à faire constater l'absence de contrefaçon dans le chef d'une entreprise italienne, à qui un concurrent allemand reprochait d'empiéter sur un brevet qu'il détenait.<sup>3532</sup> Selon le tribunal, il était impossible d'appliquer l'article 5-3° en l'espèce, sur lequel le demandeur se fondait, parce que celui-ci prétendait qu'on ne pouvait lui reprocher aucun comportement délictueux. En l'absence d'un tel comportement, la disposition était selon les juges italiens inutilisable.<sup>3533</sup> Une autre réaction des tribunaux a consisté à refuser d'admettre que la torpille lancée préventivement portait sur le même objet et la même cause que la demande ultérieure visant à faire constater la contrefaçon.<sup>3534</sup>

Ces décisions montrent que les juridictions nationales sont conscientes des tentatives de détournement de la part de certains plaideurs.<sup>3535</sup> Même si certaines décisions sont critiquables,<sup>3536</sup> elles annoncent sans doute la fin du mouvement des 'torpilles'. La tension

<sup>3529</sup> V. P. VERON, *l.c.*, *J.D.I.*, 2001, 825-828, qui explique que s'il est possible d'utiliser la torpille lorsque le défendeur n'est pas établi dans un Etat contractant, cette tactique est plus difficile lorsque l'adversaire l'est, les règles de compétence ne permettant pas toujours de trouver un juge compétent au sein de l'espace judiciaire européen.

<sup>3530</sup> Les tribunaux belges semblent ainsi hésiter sur la question de savoir s'il leur appartient ou non de prononcer des mesures provisoires à portée extra-territoriale, certains jugements se reconnaissent compétents pour prononcer de telles mesures, qui auraient effet dans tous les Etats contractants, v. Civ. Bruxelles (réf.), 14 sept. 2001, inédit, RG 00/1456/C, en cause *Colgate-Palmolive c. Unilever Belgium*, et dans cette même affaire, Prés. Trib. La Haye, 10 octobre 2000, *I.E.R.*, 2001, 14. D'autres hésitent devant l'extra-territorialité comme devant un fétiche, Civ. Bruxelles (réf.), 23 juin 2000, inédit, RG 00/159/C, en cause *Madronic Belgium c. Therex Ltd.* (le juge se déclare incompétent à l'égard d'une demande déclaratoire visant à autoriser la poursuite de la production d'un produit litigieux dans 5 pays).

<sup>3531</sup> Notons que le Règlement 44/2001 va peut être donner une arme supplémentaire aux 'lanceurs de torpille', puisque la nouvelle rédaction de l'article 5(3) prévoit que ce chef de compétence peut également être utilisé lorsque le fait dommageable ne s'est pas encore produit. *Comp.* décision du tribunal de Salernes, 9 mars 1994, citée par P. VERON, *l.c.*, *J.D.I.*, 2001, 826, qui s'était déclaré incompétent pour statuer sur une demande en déclaration de non-contrefaçon, parce que le fait dommageable ne s'était pas encore produit. Dans le même sens, La Haye, 22 janvier 1998, *E.T.P.R.*, 1998, 61, note B. VANDEN BROECK.

<sup>3532</sup> Trib. Bologne, 16 septembre 1998, *GRUR Int'l.*, 2000, 1021, note D. STAUDER.

<sup>3533</sup> "Es ist offensichtlich, dass [...] das Anknüpfungskriterium des Art. 5 nr.3. EuGVÜ bei negativen Feststellungsklagen nicht eingreifen kann, da der zur Begründung der Klage herangezogene Sachverhalt aufgrund des Inhalts des klageeinleitenden Antrags jeglichen Merkmals einer rechtswidrigen Handlung entberht, das geeignet wäre, die Voraussetzungen des genannten Anknüpfungskriterium zu erfüllen", *GRUR Int'l.*, 1021 et les critiques de l'annotateur, D. STAUDER, 1022-1023.

<sup>3534</sup> P. ex. TGI Paris, 28 avril 2000, *GRUR Int'l.*, 2001, 173, note critique de P. TREICHEL et les observations de P. VERON, *l.c.*, *J.D.I.*, 2001, 829, qui décide que l'action en contrefaçon dont il était saisi n'avait pas le même objet que l'action en déclaration de non-contrefaçon dont avait été saisi préventivement le juge italien, une interprétation fort critiquable. Sur cette question, p. ex. C. DE MEYER, *l.c.*, *I.R.D.I.*, 1999, (76), 77-79. Signalons que la Cour de Justice a été saisie d'une question préjudicielle portant sur cette problématique, mais cette affaire a semble-t-il été rayée. Sur la question de l'identité entre une demande déclaratoire et une demande condamnatoire en matière de brevets, v. J. KROPHOLLER, 7<sup>ème</sup> éd., 341-342. Il semble qu'une distinction s'impose selon que les actions portent sur le même brevet, sur des brevets purement nationaux ou encore sur la traduction nationale d'un brevet européen, v. M. PERTEGAS SENDER, *Cross-Border enforcement of patent rights: an analysis of the interface between intellectual property rights and private international law*, Thèse Leuven 2000, 328-332.

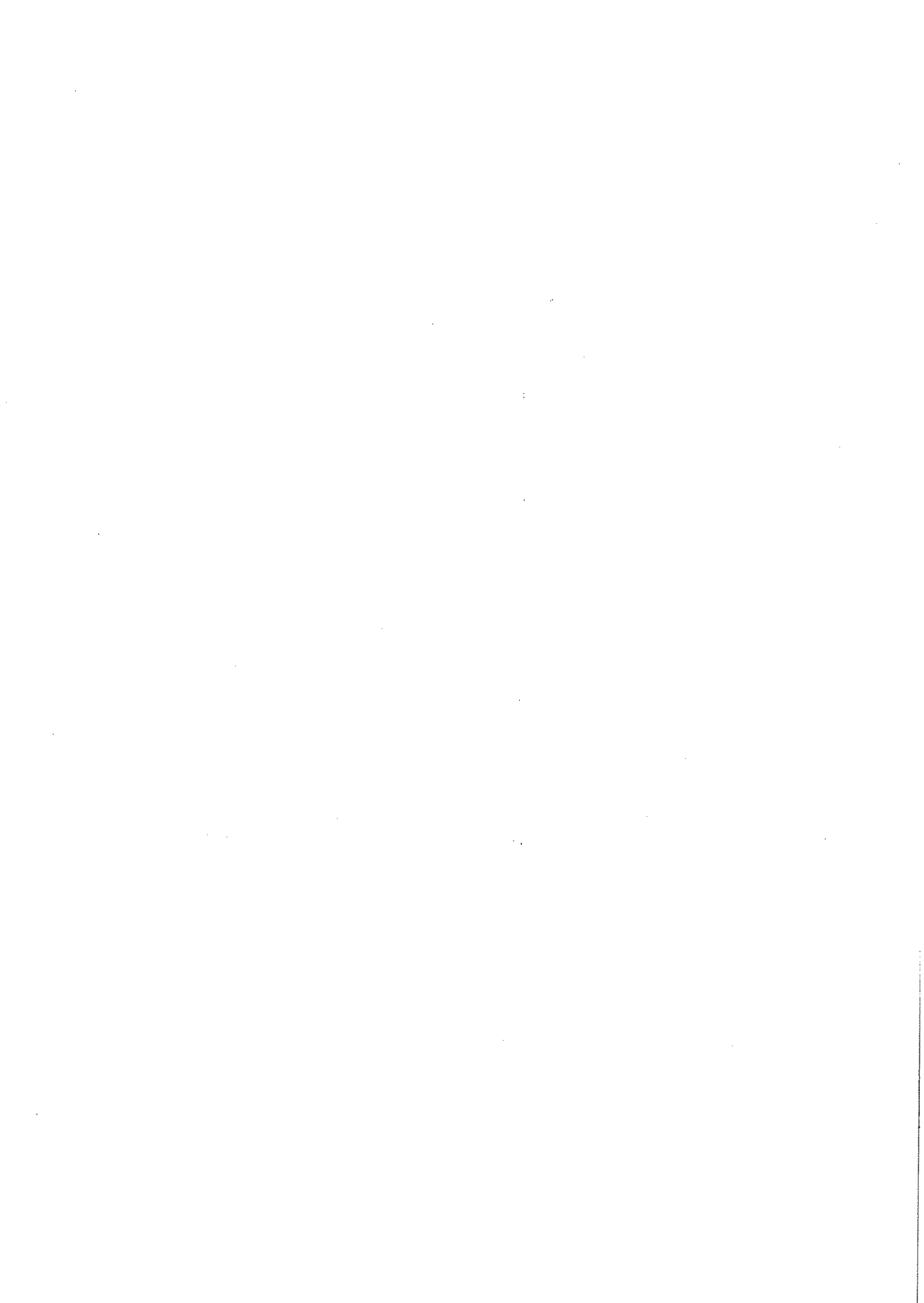
<sup>3535</sup> Les juridictions néerlandaises ont également opéré une courbe rentrante adoptant une interprétation plus restrictive des règles de compétence dont profitaient le plaideur pour obtenir les fameuses 'euro-injonctions'. La difficulté ne naissait pas alors de la lenteur supposée d'un tribunal mais au contraire de sa rapidité conjuguée à l'effet extra-territorial conféré aux décisions.

<sup>3536</sup> En particulier la décision du tribunal de première instance de Bruxelles du 12 mai 2000, *B.I.E.*, 2000, 199; *ICC*, 2001, 571, qui, non contente de s'être déclarée incompétente pour connaître de la demande visant à faire déclarer qu'il n'y avait pas contrefaçon d'une série de brevets nationaux, retenant uniquement sa compétence à l'égard du

qui pesait sur la litispendance européenne en diminuera d'autant – ce qui permettra peut être de dédramatiser le débat. On peut espérer qu'à l'avenir, la question des limites de la litispendance européenne ne se posera qu'en cas de retard avéré du juge étranger, et non plus de manière préventive.

---

brevet belge, a accueilli la demande reconventionnelle des défendeurs qui invoquaient l'abus de procédure. La condamnation pour procédure téméraire et vexatoire nous apparaît pour le moins déplacée, les demandeurs n'ont finalement fait qu'utiliser les ressources des règles de compétence mises à leur disposition par la Convention de Bruxelles (v. en ce sens également L. VAN BUNNEN, « Examen de jurisprudence (1996 à 2001). Brevets d'invention », *R.C.J.B.*, 2001, (205), 245-246, n° 34, qui évoque une décision prise *'ab initio'*).



## SYNTHÈSE DE LA DEUXIÈME PARTIE

816. Pour appréhender les conflits de procédures, on a distingué deux pistes, la première s'attachant à *prévenir* l'apparition des procédures concurrentes, la seconde s'interrogeant sur la possibilité de *résoudre* le conflit une fois celui-ci apparu. On ne reviendra plus sur les limites de l'effort de prévention des conflits de procédures. Que ce soit par le biais de l'unification des règles de compétence, qui constituent le terreau même des procédures concurrentes, ou en encourageant la conclusion par les parties d'accords sur le juge compétent, les pistes ne manquent pas pour prévenir la naissance de procédures concurrentes. Les efforts pour éradiquer celles-ci sont toutefois limités. La méthode préventive n'étant en définitive pas de nature à apporter à court ou moyen terme une solution concrète, ni globale aux conflits de procédures, nous avons examiné dans la deuxième partie les possibilités de *résoudre* les conflits de procédures une fois ceux-ci nés.

817. La résolution des conflits de procédures n'est l'apanage ni d'une tradition juridique spécifique, ni d'une méthode particulière. On a rangé sous cette bannière une pluralité de méthodes adoptées, parfois dans des versions différentes, par les juridictions étudiées. Le premier titre nous a permis de constater que deux de ces méthodes n'offraient pas satisfaction. On a dès lors plaidé dans le second titre pour la généralisation d'un autre instrument.

La première solution consiste à retarder l'issue de la confrontation au stade de la reconnaissance, le jugement premier rendu pouvant être reconnu dans l'autre for et mettre ainsi fin au litige. L'emprunt au régime des jugements étrangers d'une solution - tardive - pour les conflits de procédures n'est pas sans encourager une néfaste course au jugement ; il n'empêche pas nécessairement la naissance de décisions contradictoires tout en provoquant un regrettable gaspillage de ressources judiciaires et privées, qui est contraire à l'économie de procédures. En définitive, on ne peut privilégier le recours à l'exception de chose jugée comme solution de principe aux conflits de procédures - et ce d'autant moins lorsque les Etats en présence sont liés par une convention visant à assurer l'efficacité réciproque de leurs décisions. Tout au plus peut-on tolérer le jeu de cette exception au titre de dernier recours lorsqu'aucune autre solution ne permet de mettre fin à un conflit donné.

A côté du jeu de l'exception de chose jugée, bien peu convaincant malgré qu'il soit fort répandu, certains droits nationaux ont développé une solution particulière qui consiste à tenter de mettre fin *ex abrupto* à la procédure concurrente. La résolution des conflits de procédures par la *contrainte* est l'apanage des juridictions de tradition anglaise. Par le biais de l'injonction *anti-suit*, un juge tente d'interdire à une partie de commencer et/ou de poursuivre une procédure devant un for concurrent. Il est apparu que les tribunaux anglais et, dans une moindre mesure, américains n'avaient recours à cet instrument que dans des circonstances exceptionnelles, la simple concurrence de procédures ne suffisant pas en règle générale à justifier l'interdiction de procéder. L'analyse de la jurisprudence, notamment dans son évolution historique, a mis à jour un fondement limité à la résolution des conflits de procédures par la contrainte, cette solution étant réservée aux situations d'abus flagrants dans le chef du demandeur.

On a expliqué pourquoi l'injonction *anti-suit* ne constitue pas, à notre sens, une réponse appropriée aux conflits de procédures. Outre les doutes que l'on peut avoir sur la

conformité de cet instrument avec certains principes fondamentaux du droit international, et notamment la nécessité de respecter la souveraineté du for étranger, on a constaté que l'interdiction de procéder appelle, par sa nature *agressive*, une réaction du tribunal visé, qui n'est pas de nature favoriser une solution du conflit. Enfin, l'injonction est une solution par essence *partielle* : elle ne peut s'imaginer qu'en dehors d'un accord international entre les pays concernés et voit à cet égard son champ d'action se réduire comme peau de chagrin. Même sous cette forme, ne se rencontre guère que dans certaines juridictions, malgré les tentatives d'importation qui sont le fait d'une certaine doctrine.

Si on ne peut le bannir, le recours à l'interdiction de procéder pour mettre fin aux conflits de procédures doit rester exceptionnel. On a observé une tendance visant à subordonner cette solution à une salubre condition de *subsidiarité*. Ce faisant, le for étranger a la possibilité de décider lui-même du sort qu'il entend réserver à la procédure dont il est saisi, notamment eu égard à l'existence d'une procédure concurrente dont est saisi le for de l'injonction. La généralisation de cette condition constitue à notre sens une première étape vers la disparition complète de l'injonction *anti-suit* dans le contentieux international privé.

818. La résolution des conflits de procédure peut se concevoir sur un troisième mode, qui a occupé la plus grande partie de nos développements : il s'agit pour un des fors concernés de renoncer à statuer pour permettre au for concurrent de trancher le litige. D'emblée il est apparu que la déférence internationale était de loin supérieure aux autres méthodes pour résoudre les conflits de procédures. Cette solution n'est pourtant pas la plus facile. Elle ne peut notamment se concevoir sans l'existence d'une certaine *confiance* entre les tribunaux concernés. Il nous semble toutefois que l'accueil d'une règle de priorité conduisant le for à renoncer à statuer se situe bien dans la ligne du mouvement général d'ouverture des ordres juridiques à l'étranger et en particulier au fait judiciaire étranger. L'étude historique a ainsi permis de constater que, surmontant leurs réticences traditionnelles, les juridictions étudiées avaient accueilli l'idée qu'un tribunal ne doit pas nécessairement statuer sur un litige pour lequel il est compétent.

Telle qu'elle a été définie, l'abstention internationale sert, tout comme la reconnaissance des jugements étrangers, les intérêts des parties et ceux des ordres juridiques en évitant les conflits de décisions ainsi que le gaspillage de ressources que provoquent les conflits de procédures.

819. Cette technique a connu des traductions diverses dans les juridictions étudiées, que l'on a regroupé sous le terme générique d'abstention internationale. On en a distingué trois : la première soumet l'abstention à l'existence d'un abus dans le chef du demandeur à l'étranger. Privilégiée au 19<sup>ème</sup> siècle, elle informait à cette époque aussi bien la jurisprudence anglaise naissante relative au *forum non conveniens* que les tentatives maladroites des tribunaux français de sanctionner ce que la multiplication des procédures pouvait avoir d'abusif. L'abus de droit a ainsi fourni une première ouverture, combien limitée, à la déférence internationale. Cette ouverture ne nous semble toutefois pas de nature à satisfaire à l'objectif de coordination des procédures concurrentes.

Après avoir écarté la conception abusive des procédures concurrentes, l'étude s'est intéressée à la doctrine du for naturel comme fondement de l'abstention internationale. Dans cette version, il n'est de place pour la déférence internationale qu'à la condition que le for constate que son collègue étranger est mieux placé pour connaître du litige, au vu

de toutes les circonstances de la cause. L'histoire a fait que cette traduction particulière de l'abstention s'est imposée en droit anglais pour résoudre les conflits de procédures. Nous avons expliqué pourquoi cette version de l'abstention ne satisfaisait pas. Alors que la doctrine du *for naturel* est riche de promesses lorsqu'il s'agit de restreindre les revendications de compétence d'un tribunal, elle se révèle peu adaptée pour départager deux *fors concurrents*.

A vrai dire, il y a confusion des rôles lorsque l'on prétend faire d'une pierre deux coups et résoudre à la fois la question de la compétence et celle des procédures concurrentes : les nuances à apporter aux règles de compétence du *for* ne permettent pas toujours de mettre fin à la dualité d'instances. De plus, l'abstention n'est pas le lieu de s'assurer que le *for* qui statuera sur la cause possède un titre légitime pour ce faire. Tout comme l'abus de procédure, la doctrine du *for naturel* pêche par la manière indirecte, quasi incidente avec laquelle elle appréhende les procédures concurrentes. C'est pourquoi il a paru nécessaire de s'interroger sur une troisième version de l'abstention internationale.

820. La troisième et dernière version de l'abstention rattache celle-ci à la seule chronologie procédurale, le juge premier saisi l'emportant sur les instances subséquentes. On a constaté que cette règle, d'apparence arbitraire et peu respectueuse de la spécificité des espèces, se justifiait au regard de l'impératif de l'économie de procédures. Les difficultés d'application du critère chronologique se sont progressivement atténuées avec l'apparition de définitions uniformes du moment de la saisine des tribunaux.

Outre qu'elle permet de départager la toute grande majorité des procédures concurrentes, l'atout majeur de la chronologie procédurale est de ne pas laisser de doute sur la question de la priorité. Si le danger de course au *for* qu'entraîne la prime donnée au juge premier saisi ne doit pas être négligé, on a également expliqué que la priorité chronologique possédait d'appréciables vertus préventives, puisqu'elle décourageait la multiplication des procédures. En définitive, il nous semble que cette solution s'impose non seulement en droit conventionnel, comme étant la plus facilement généralisable, mais de façon générale pour le droit commun des Etats.

La préférence de principe accordée à la priorité chronologique ne signifie pas qu'un voile pudique a été jeté sur les défauts et inconvénients de cette approche. Au contraire, ceux-ci ont fait l'objet d'une attention particulière, dans le but de suggérer des améliorations concrètes qui pourraient atténuer les conséquences les plus néfastes de la priorité de saisine. C'est ainsi que l'on s'est interrogé sur la possibilité de retenir une date uniforme pour la définition du moment de la saisine des tribunaux. Cette définition uniforme, dont on trouve un début appréciable dans certaines codifications récentes, nous paraît constituer une condition *sine qua non* pour une application de la chronologie procédurale dénuée d'arbitraire.

On s'est également penché sur la question de la définition de l'identité des procédures concurrentes qui justifie l'application de la règle de priorité. L'analyse a permis de conclure qu'il y a lieu de se débarrasser des conceptions formalistes empruntées au droit interne et en particulier à l'exception de chose jugée, qui contraignent les tribunaux à des contorsions pour donner un effet utile à la règle. Ceci a permis de suggérer l'adoption d'une approche fonctionnelle de la question de l'identité des procédures, qui s'attache à déterminer si les procédures concurrentes peuvent conduire à des décisions contradictoires. Il a également été suggéré de prévoir un instrument additionnel, qui va

au-delà de la simple prévention des conflits de décisions, et dont le but serait de permettre la coordination de procédures apparentées.

A chaque fois, la mesure a été prise de la distance séparant ou pouvant séparer une règle qui s'intègre dans un accord conclu entre Etats de celle qui constitue au contraire un effort unilatéral de coordination dans le chef d'un Etat. Dans le premier cas, l'abstention peut revêtir un visage différent, puisque l'existence d'un tel accord contribue à instaurer un climat de confiance propice à la coordination des procédures.

821. Dans une dernière partie, nous nous sommes interrogés sur les conditions subsidiaires qui peuvent limiter et / ou prolonger l'effort de coordination. C'est ainsi que l'on a applaudi l'effort de synthèse qui ajoute à la chronologie procédurale une pointe de *for naturel*, par le biais d'une exception empruntant son fondement à la doctrine du *forum non conveniens*. Le mariage du principe chronologique et de l'exception fondée sur le *for naturel* se révèle excellent pour nuancer la rigidité de la priorité temporelle.

Dans un deuxième temps, on a évoqué la possibilité de faire évoluer la règle de coordination d'une décision unilatérale vers une décision conjointe ou du moins concertée. Cette piste nous semble promise à un bel avenir, comme en témoigne d'ailleurs les récentes avancées au sein de l'espace judiciaire européen et en particulier la possibilité d'un dialogue direct entre tribunaux nationaux prévues par la proposition de Règlement relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dont l'article 15 instaure la possibilité d'un renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire tout en autorisant les tribunaux concernés à se concerter.

Enfin, il a paru nécessaire d'entourer la priorité du juge premier saisi d'une série de limitations déduites du régime des jugements étrangers. La parenté entre les deux questionnements est évidente ; elle a permis de nuancer la chronologie procédurale au moyen d'un pronostic de reconnaissance de la future décision étrangère. Pour expliciter la portée de ce pronostic, on a fait appel à deux conditions majeures de la théorie des jugements étrangers qu'il a fallu adapter à la situation particulière des procédures concurrentes. Ceci a donné lieu à l'introduction d'une condition liée à la compétence-litispendance ainsi qu'à une exception de justice qui viennent toutes deux encadrer la priorité du juge premier saisi. La première conjugue le souci du respect des règles de compétence exclusive du *for* avec un contrôle tendant à réprimer les tentatives de fraude à la loi. La seconde, formulée de façon large en s'inspirant de l'expérience du *forum non conveniens*, a permis de s'interroger sur les conséquences du dépassement du délai raisonnable dans le chef du juge premier saisi. En passant, l'étude a également permis de conclure qu'une condition de *réciprocité* est non seulement inutile, mais également contre-productive.

Ce faisant on a tracé les contours d'une règle de priorité renouvelée. On est ainsi bien loin d'une application analogique de l'exception de litispendance telle qu'on la connaît en droit interne, comme le préconisait l'Institut de Droit international dans sa résolution adoptée en 1898.<sup>3537</sup> Certes, les solutions proposées ne sont pas toutes originales, ni

<sup>3537</sup> Selon l'article 1 de la Résolution de l'Institut de Droit International du 23 août 1898 (Session de La Haye, Annuaire, vol. 17, 1898, pp. 288-291), « il y a lieu d'admettre, dans les rapports avec les juridictions étrangères, les mêmes règles sur la litispendance que celles qui existent dans les rapports entre les juridictions nationales de chaque Etat ».



même audacieuses. L'étude a toutefois permis d'en éclairer les tenants et les aboutissants pour mieux les comprendre. Il est temps maintenant de conclure.

\* \* \*

*We shall not cease from exploration  
And the end of all our exploring  
Will be to arrive where we started  
And know the place for the first time*

T. S. Eliot  
Little Gidding, 1942

## CONCLUSIONS

822. Dans une décision rendu en 1897, la Cour d'Appel de Bruxelles constatait, pour justifier l'accueil, alors exceptionnel en droit belge, de l'exception de litispendance internationale, que "[l]e droit moderne ne connaît pas d'actions parallèles déferées à des juridictions de nationalités différentes".<sup>3538</sup> A l'époque, il s'agissait tout au plus d'un vœu pieux. Le droit conventionnel n'existait que dans les esprits les plus aventureux. Le droit commun de la plupart des pays ne se préoccupait guère des conflits de procédures, si ce n'est indirectement à la faveur d'une exception liée à l'abus de procédure. Les plaideurs avaient le champ libre pour répéter à leur guise les procédures et se jouer ainsi des frontières nationales.

Plus d'un siècle après cet attendu quasi-prophétique, force est de constater qu'un chemin important a été parcouru dans la résolution des conflits de procédures. Les conflits de juridictions actuels ne peuvent plus être accusés d'indifférence à l'égard des procédures concurrentes. Il n'est plus une convention internationale ou un règlement européen qui ne prévoit une règle visant spécifiquement la coordination des procédures concurrentes. La recherche sur la question a pris des proportions importantes, comme en témoigne l'ampleur de la littérature citée dans cette étude. Cette prise de conscience est allée de pair avec une reconnaissance parfois implicite mais toujours certaine du postulat sur lequel est fondée cette étude, à savoir le souci de prévenir la concurrence de procédures dont on sent instinctivement qu'elle est néfaste. Les ordres juridiques nationaux ainsi que la communauté internationale ne peuvent pas s'accommoder de l'existence de tels conflits. Il y va non seulement de l'économie de procédures, mais également du souci de garantir l'harmonie des solutions. Le souci d'éviter les conflits de procédures devra certes parfois s'effacer devant d'autres considérations. Il reste que ce choix de politique législative, qui n'a rien d'absolu, n'est plus aujourd'hui sérieusement remis en question.<sup>3539</sup>

Arrivé au terme de cette étude, il convient d'élargir quelque peu l'horizon et de tirer les leçons des longues réflexions dans lesquelles on a emmené le lecteur.

823. Les procédures concurrentes se trouvent à la croisée des deux branches classiques des conflits de juridictions. Elles empruntent tout autant aux règles de compétence, sans lesquelles il n'y a pas de conflit de procédures, qu'au régime des jugements étrangers qui a bien souvent inspiré les législateurs et les pratiques des tribunaux. Il a dès lors fallu faire de nombreux détours dans ces deux branches pour débroussailler le terrain et exposer les termes du débat.

Le mouvement de fond qui assouplit progressivement le statut des jugements étrangers impose de se préoccuper des conflits qui pourraient surgir entre procédures concurrentes, dont le produit final n'est plus nécessairement confiné au territoire national du juge qui a prononcé la décision. A ce premier mouvement s'ajoute l'incertitude actuelle sur les règles de compétence : alors que jusqu'il y a trente ans, celles-ci étaient le monopole quasi-exclusif des législateurs nationaux, l'unification des règles de compétence internationale a enregistré des progrès considérables ces dernières décennies,

<sup>3538</sup> Bruxelles, 30 décembre 1897, *Pas.*, 1989, II, 152.

<sup>3539</sup> Comme l'expliquait un tribunal anglais, « It is no doubt the aim of the Courts of all civilized countries to avoid multiplicity of proceedings and the risk of inconsistent decisions » (*Saipem SpA v Dredging Vo2 BC et al. (The Volvox Hollandia)*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 520 (QB)).

en particulier au sein de l'espace judiciaire européen. Il est pourtant difficile de prédire quel sera le visage exact de ces règles à l'avenir : la réflexion fondamentale est encore loin d'être aboutie et de nombreux travaux toujours en cours. Une chose est certaine, le mouvement d'unification progressive des règles de compétence n'empêchera pas les justiciables de saisir plusieurs tribunaux du même litige. La réflexion sur les procédures concurrentes n'en est que plus nécessaire.

En réalité à travers les procédures concurrentes c'est la manifestation la plus radicale du *forum shopping* qui a été l'objet de nos recherches.<sup>3540</sup> Les conflits de procédures représentent en effet l'aboutissement des tentatives des justiciables de sélectionner le for qu'ils jugent le plus avantageux.

824. La solution privilégiée dans cette étude est loin d'être originale. Elle revient à accorder la priorité au juge premier saisi. Décrite au sein de l'espace judiciaire européen pour son caractère arbitraire et les abus auxquels elle donnerait lieu, elle s'est toutefois imposée, non sans quelques difficultés, au niveau mondial puisqu'elle figure dans le projet de Convention de La Haye. En outre, les juristes américains semblent s'orienter dans la même direction, qui ont récemment accordé une place de choix à la priorité temporelle dans un projet de loi fédérale.

En réalité, on a montré que la priorité chronologique n'était pas dénuée d'avantages, au premier rang desquels figure son champ d'application très large puisqu'au contraire d'autres solutions, elle permet d'appréhender la quasi-totalité des procédures concurrentes. Elle appelle toutefois d'importants correctifs qui doivent permettre de remédier aux défauts les plus manifestes de la méthode chronologique.

En guise de synthèse, nous nous proposons de suggérer des adaptations, nécessairement ponctuelles, à trois textes fondamentaux qui font appel à la chronologie procédurale pour résoudre la concurrence de procédures. Deux de ces textes font partie du droit conventionnel. Il s'agit d'une part de l'article 21 du projet de Convention de La Haye et de l'article 27 du Règlement 44/2001.<sup>3541</sup> Le dernier, qui n'existe qu'à l'état de projet, constitue la première consécration législative en droit belge de l'exception de litispendance internationale.<sup>3542</sup>

Sans reprendre le détail de toutes les discussions, on s'attardera sur les points qui nous semblent essentiels. Les trois textes méritent tout d'abord de contenir une nouvelle définition de l'identité des litiges. Ils évoquent tous des demandes mues entre les mêmes parties et portant sur le même objet et la même cause – avec cette réserve que le projet de La Haye précise que la nature des prétentions des parties est indifférente. Pour les raisons

<sup>3540</sup> On annonce la publication, aux éditions *Oxford University Press*, d'une étude majeure sur le phénomène du 'forum shopping' de la plume de A. BELL, dont on a déjà cité les travaux. Il ne fait pas de doute que M. Bell aura consacré une partie importante de ses recherches aux procédures concurrentes.

<sup>3541</sup> Dans sa rédaction actuelle, l'article 27 dispose que : « 1. Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. 2. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci ».

<sup>3542</sup> Dans sa rédaction actuelle, l'article 14 du projet de Code belge de droit international privé se lit : « Lorsqu'une demande est pendante devant un tribunal étranger et qu'il est prévisible que la décision étrangère sera susceptible de reconnaissance ou d'exécution en Belgique, le tribunal belge saisi en second lieu d'une demande entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause, peut surseoir à statuer jusqu'au prononcé de la décision étrangère. Il tient compte des exigences d'une bonne administration de la justice. Il se dessaisit si la décision étrangère remplit les conditions nécessaires à sa reconnaissance en vertu de la présente loi ».

indiquées, on préférera à cette définition formaliste de l'identité des demandes une définition fonctionnelle qui se fonde sur l'objectif de prévention des décisions contradictoires. Pour donner corps à cette définition, nous suggérons de permettre au juge second saisi de s'incliner devant la saisine concurrente d'un juge étranger chaque fois que les deux demandes « portent sur le même litige ». <sup>3543</sup> Si cette formule devait paraître trop souple, notre préférence irait à un critère qui impose l'abstention dès lors que les procédures concurrentes présentent un danger de conduire à des décisions contradictoires. Pour rendre compte de ce critère, le législateur pourrait s'inspirer de la formule suivante :

« Lorsque les mêmes parties sont engagées dans des procédures devant des tribunaux d'Etats contractants différents et que ces procédures peuvent donner lieu à des décisions contradictoires [...] »

Le texte européen pourrait utilement s'inspirer de certaines précisions que l'on retrouve dans le projet de La Haye. Il en va ainsi de la réserve qui est faite à l'article 21 du projet de convention pour les compétences exclusives. Si l'on peut juger insatisfaisant le primat accordé par le projet à l'autonomie de la volonté sur la coordination des procédures concurrentes, au moins cette précision a-t-elle le mérite de trancher une controverse qui court toujours au sein de l'espace judiciaire européen.

La possibilité pour le juge second saisi de reprendre les choses en mains en cas de dépassement du délai raisonnable constitue une autre précision non dénuée d'importance dont le texte européen pourrait s'inspirer. Elle a l'avantage de désamorcer une difficile question de conflit de conventions, tout en limitant d'emblée la possibilité pour le juge second saisi d'échapper à la loi du juge premier saisi.

Le pronostic de reconnaissance qui figure au premier alinéa de l'article 21 du projet de La Haye mérite lui aussi d'être précisé. On a vu qu'imposer au juge second saisi de se livrer à un exercice de prédiction était particulièrement difficile (*supra*, n° 704). C'est pourquoi nous avons proposé de réduire le pronostic de reconnaissance à ses éléments les plus essentiels, à savoir une condition liée à la compétence litispendance conjuguée à une clause de sauvegarde. Deux solutions alternatives se présentent : si l'on tient à conserver un pronostic de reconnaissance en bonne et due forme, nous suggérons de s'inspirer des jurisprudences allemande et suisse pour faire du pronostic une condition négative. Ce faisant, le juge second saisi devrait s'incliner devant la saisine antérieure de son collègue étranger sauf s'il est à prévoir que celui-ci ne pourra rendre un jugement susceptible d'être reconnu en vertu de la Convention.

Une solution plus radicale, qui emporte notre préférence, verrait le pronostic de reconnaissance passer à la trappe pour faire place à une réserve liée à la fraude. Conjugée à la clause de sauvegarde liée au délai raisonnable qui figure déjà dans le texte, cette condition nous semble largement suffisante pour rencontrer les difficultés liées au déroulement de la procédure étrangère.

Il est encore une modalité particulière de la règle de priorité qui mérite d'être incorporée au texte. Elle concerne la possibilité pour les deux tribunaux de se concerter. Dans la

<sup>3543</sup> Le § 8 du projet de loi fédérale de l'ALI contient une formule lapidaire qui nous semble traduire l'essentiel des préoccupations. Il y est question de "a proceeding including the same parties and the same subject matter".

mesure où nous ne jugeons pas utile d'assortir le texte européen d'une exception déduite du caractère inapproprié du for premier saisi, il ne paraît pas utile de prévoir une possibilité de concertation entre juges européens. Comme expliqué (*supra*, n° 675), un dialogue inter-judiciaire n'aurait en effet que peu de pertinence puisque le juge second saisi ne peut dévier de la priorité accordée à son collègue.<sup>3544</sup> Il nous semble par contre regrettable qu'une telle possibilité ait été abandonnée du projet de Convention de La Haye. Dans la mesure où celui-ci autorise le juge premier saisi à céder au juge second saisi la priorité qui lui revient en vertu de la chronologie procédurale, il n'aurait pas été inutile de permettre aux tribunaux de se consulter directement, né fut-ce que pour éviter que le juge premier saisi ne fasse pas utilisation de la possibilité que lui offre le paragraphe 7 lorsqu'il hésite sur la qualité de sa saisine. On amendera dès lors le texte en y ajoutant une disposition inspirée de la Convention de 1996. La concertation entre juges supposant nécessairement l'existence d'un cadre conventionnel, elle ne s'impose pas à l'article 14 du projet de Code.

825. Tels que modifiés sur base des suggestions que nous avons émises, les trois textes se liraient de la façon suivante <sup>3545</sup> :

- Article 21 du projet de Convention de La Haye

« 1. Lorsque les mêmes parties sont engagées dans des procédures devant des tribunaux d'Etats contractants différents et que ces procédures *peuvent donner lieu à des décisions contradictoires*, le tribunal saisi en second lieu suspend la procédure si le tribunal premier saisi est compétent en vertu des articles 'liste blanche' <sup>3546</sup> ou en vertu d'une règle de droit national conforme à ces articles <sup>3547</sup> *sauf s'il est à prévoir que ce tribunal ne pourra rendre un jugement susceptible d'être reconnu en vertu de la Convention dans l'Etat du tribunal saisi en second lieu [alternative : *sauf si le demandeur démontre que la saisine du juge premier saisi visait uniquement à profiter de manière inéluctable de l'avantage fourni par la règle de litispendance*]*, <sup>3548</sup> sauf si ce dernier est exclusivement compétent en vertu des articles 4, 11 <sup>3549</sup> ou 12.

[... ] 5. Aux fins de l'application de cet article, le tribunal est réputé saisi :

- a) *à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur ;*

<sup>3544</sup> Une concertation éventuelle conserve toutefois son importance au niveau européen comme en témoigne la récente proposition de la Commission portant sur un projet de Règlement en matière matrimoniale et de garde d'enfants. L'article 15 du projet fait état d'une possibilité pour les tribunaux de coopérer directement, ce qui se comprend dans la mesure où cette disposition introduit la possibilité pour un tribunal de renvoyer l'affaire à un autre jugé mieux placé pour connaître de l'affaire.

<sup>3545</sup> Les italiques indiquent les changements suggérés. Par souci de clarté, nous ne reproduisons que les dispositions qui ont l'objet d'une modification.

<sup>3546</sup> Cette proposition figure entre crochets dans la dernière version du texte. Nous avons supprimé les crochets.

<sup>3547</sup> Cette proposition figure entre crochets dans la dernière version du texte. Nous avons supprimé les crochets pour conférer à la règle de litispendance une application plus étendue. Il s'impose en effet de permettre la coordination des procédures concurrentes même lorsque le juge premier saisi exerce sa compétence en vertu du droit national dans le cas d'une situation conforme à un chef de compétence de la « liste blanche ».

<sup>3548</sup> Cette précision permet de supprimer la réserve figurant au paragraphe 6 de l'article 27, qui vise les actions déclaratoires.

<sup>3549</sup> Cette proposition figure entre crochets dans la dernière version du texte. Nous avons supprimé les crochets.

- b) *si l'acte doit être signifié ou notifié avant d'être déposé auprès du tribunal, à la date à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.*

Le cas échéant, le temps universel est déterminant.<sup>3550</sup>

[...]

7. Cet article ne s'applique pas si le tribunal premier saisi, à la demande d'une partie, détermine que le tribunal saisi en second lieu est clairement plus approprié pour statuer sur le litige dans les conditions mentionnées à l'article 22. *Les autorités concernées peuvent procéder à un échange de vues.* »

- Article 27 du Règlement 44/2001

« 1. Lorsque les mêmes parties sont engagées dans des procédures devant des juridictions d'Etats membres différents et que ces procédures *peuvent donner lieu à des décisions contradictoires*, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la *juridiction première saisie*<sup>3551</sup> soit établie *sauf si elle est exclusivement compétente en vertu de l'article 22 du présent Règlement.*

2. Lorsque la compétence de la *juridiction première saisie* est établie, la *juridiction saisie* en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.

3. A la demande d'une partie, la juridiction saisie en second lieu peut statuer sur le litige si le demandeur devant la juridiction première saisie n'a pas entrepris les démarches nécessaires pour obtenir une décision au fond ou si cette juridiction n'a pas rendu une telle décision dans un délai raisonnable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

- Article 14 du projet belge de Code de droit international privé

“1. Lorsqu'une demande est pendante devant un tribunal étranger, le tribunal belge saisi en second lieu d'une demande portant sur le même litige peut, à la demande d'une partie, surseoir à statuer si les deux demandes peuvent donner lieu à des décisions contradictoires, sauf si les tribunaux belges étaient seuls compétents pour connaître de la demande ou si la procédure étrangère a été engagée, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper au droit applicable en vertu de la présente loi. Le tribunal se dessaisit si la décision étrangère remplit les conditions nécessaires à sa reconnaissance en vertu de la présente loi.

2. Pour déterminer quand une action a été introduite en Belgique, la date du premier acte nécessaire pour introduire l'instance est décisive. La citation en conciliation suffit.

3. A la demande d'une partie, le tribunal belge lieu peut statuer sur le litige si le demandeur devant le tribunal étranger premier saisi n'a pas entrepris les démarches nécessaires pour obtenir une décision au fond ou si ce tribunal n'a pas rendu une telle décision dans un délai raisonnable.”

<sup>3550</sup> Cette proposition figure entre crochets dans la dernière version du texte. Nous avons supprimé les crochets.

<sup>3551</sup> L'article 27 fait parfois référence à la juridiction et parfois à un tribunal. Pour des raisons d'uniformité, nous avons remplacé la deuxième expression par la première.





## BIBLIOGRAPHIE

### 1. Ouvrages généraux – traités

#### 1.1. Conflits de juridiction

##### 1.1.1. HISTOIRE DU DROIT

T. M. C. ASSER, *Buitenlandsche wississen. Preadies voor de nederlandsche juristenvereening*, 's-Gravenhage, G. Belinfante, 1888, 71 p.

H. BONFILS, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale et criminelle*, Paris, A. Durand, 1865, 392 p.

J.-G. CASTEL, *The recognition and enforcement of foreign money judgments or decrees in the Anglo-American common law system and in the French legal system: a comparative study in the field of private international law*, Montréal, McGill University, 1957, 505 p.

CH. CONSTANT, *De l'exécution des jugements étrangers dans les divers pays. Législation – jurisprudence – procédure – traités diplomatiques*, 2ème éd., Paris, Pedone-Lauriel, 1890, 210 p.

H. DE COCK, *Etudes sur la convention franco-belge du 8 juillet 1899 (titre premier)*, Paris, Rousseau, 1912, 246 p.

P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers avec un exposé sommaire de la loi qui leur est applicable et mises en rapport avec la Convention franco-belge du 8 juillet 1899*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, I, 1900, 458 p. et II, 1902, 502 p.

G. DUNCAN et D. O. DYKES, *The Principle of Civil Jurisdiction as Applied in the Law of Scotland*, Edinburgh, Green & Sons, 1911, 394 p.

P. FEDOZZI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Bologne, N. Zanichelli, 1905, s.p.

A. D. GIBB, *The International Law of Jurisdiction in England and Scotland*, Edinburgh/Londres, William Hodge & Co. / Sweet & Maxwell, 1926, 301 p.

F. M. E. HAAN, *De jurisdictie van den Nederlandschen rechter in privaatrechtelijke aangelegenheden*, Diss. Nijmegen, 1930.

W. JELLINEK, *Die zweiseitigen Staatsverträge über Anerkennung ausländischer Zivilurteile*, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht vol. 24, Berlin/Tübingen, de Gruyter/J.C.B. Mohr, 1953, 397 p.

J. KOSTERS, *Bijdrage tot internationale regeling der rechtsmacht in burgerlijke en handelszaken*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1914, 107 p.

CH. LACHAU, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale d'après la jurisprudence française, avec le texte des principaux arrêts et jugements*, Paris, L. Larose et Forcel, 1893, 468 p.

CH. LACHAU et CH. DAGUIN, *De l'exécution des jugements étrangers d'après la jurisprudence française, avec le texte des principaux arrêts et jugements*, Paris, L. Larose et Forcel, 1889, 240 p.

F. MEILI, *Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, O. Füßel, 1904, 603 p. (et la traduction anglaise : F. MEILI, *International Civil and Commercial Law As founded upon theory, legislation and practice*, traduit et annoté par A. K. KUHN, New York, Macmillan Comp., 1905, 559 p.)

P. MERCIER, *Effets internationaux des jugements dans les Etats membres du Marché Commun*, Université de Lausanne, Faculté de Droit, Lausanne, Pont Frères, 1965, 184 p.

R. MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Padova, Cedam, 1940, 297 p.

G. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, Cedam, 1938, 422 p.

ID., *Diritto processuale civile internazionale*, 2ème éd., Padova, Cedam, 1954, 433 p.

ID., *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma n° 13, Milan, Giuffrè, 1961, 505 p.

F. MOREAU, *Effets internationaux des jugements en matière civile*, Paris, Larose & Forcel, 1884, 272 p.

J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français. VI. Le conflit des autorités, le conflit de juridictions*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949, 582 p.

P. PAVELAENU, *De la compétence des tribunaux roumains au regard des plaideurs étrangers*, Ed. Bonvalot-Jouve, Paris, 1907, 98 p.

E. PICOT, *De la compétence des tribunaux suisses à se nantir des actions en nullité de mariage et en divorce entre étrangers domiciliés en Suisse*, Bâle, Detloff Librairie, 1888, 55 p.

A. PILLET, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1913, 401 p.

F. A. M. RIAD, *La valeur internationale des jugements en droit comparé*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1955, 214 p.

E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Beiträge zum Ausländischen und Internationalen Privatrecht n° 20, Walter de Gruyter/ J.C.B. Mohr, Berlin/Tübingen, 1949, 710 p.

I. SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, 708 p.

C. C. A. VOSKUIL, *De internationale beweegheid van de Nederlandse rechter, in het bijzonder in zaken van echtscheidingen en alimentatie*, (diss. Amsterdam), Amsterdam, Scheltema & Halkema, 1962, 228 p.

E. VROONEN, *De la force extraterritoriale des jugements étrangers et des conditions extrinsèques de validité des actes étrangers en Belgique*, Bruxelles/Paris, Lamertin/Rivière, 1920, 344 p.

M. WESER, *Traité franco-belge du 8 juillet 1899. Etude critique à la lumière des jurisprudences française et belge comparées, avec propositions de réforme*, Paris/Bruxelles, Sitey/Larcier, 1950, 395 p.

### 1.1.2. DROIT POSITIF

R. E. AIRD et J. N. JAMESON, *The Scots Dimension to Cross-border Litigation*, Edinburgh, W. Green/Sweet & Maxwell, 1996, 308 p.

- P. R. BEAUMONT, *Anton & Beaumont's Civil Jurisdiction in Scotland: Brussels and Lugano Conventions*, 2<sup>ème</sup> éd., Edinburgh, Green, 1995, 690 p. (et la 1<sup>ère</sup> éd. par A. E. Anton, 1984, 306 p.).
- G. B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, 3<sup>ème</sup> éd., Kluwer Law International, La Haye/Boston/Londres, 1996, 1145 p.
- ID., *International Arbitration and Forum Selection Agreements. Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, 326 p.
- H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international. Chronique de jurisprudence (1991-1998)*, Dossiers du Journal des Tribunaux N° 28, Larcier, Bruxelles, 2001, 650 p.
- A. BRIGGS et P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, LLP, 1997, 472 p.
- A. BUCHER, *Droit international privé suisse. Tome I/1 : Partie générale - Conflits de juridictions*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1998, 310 p.
- A. BURGSTALLER (éd.), *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Vienne, Verlag Orac, 2000, 788 p.
- P. BYRNE, *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments*, Dublin, Round Hall Press, 1990, 349p.
- G. CAMPEIS et A. DE PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero : lineamenti di diritto processuale civile internazionale*, 2<sup>ème</sup> éd., Teoria e pratica del diritto, Milan, Giuffrè, 1996, 437 p.
- L. COLLINS, *The Civil Jurisdiction and Judgment Act*, Londres, Butterworths, 1982, 263 p.
- Cour de Justice des Communautés Européennes (éd.), *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*, Londres/St Paul, Butterworths, 1993, 402 p.
- S. CROMIE e.a., *International Commercial Litigation*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Butterworths, 1997, 639 p.
- Y. DONZALLAS, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Berne, Staempfli, vol. I, 1996, 688 p.; vol. II, 1997, 1013 p.; vol. 3, 1998, 1398 p.
- G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Bibliothèque de Droit international privé, Paris, Dalloz, 1972, 577 p.
- R. FENTIMAN, N. WATTE, A. NUYS et H. TAGARAS, *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 350 p.
- H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Paris, Montchrestien, 1996, 461 p.
- R. GEIMER et al. *Internationales Zivilprozessrecht*, 4<sup>ème</sup> éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 1270 p. (et la 3<sup>ème</sup> éd. : 1997, 985 p.)
- R. GEIMER et R. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, München, C.H. Beck, 1997, 774 p.
- P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 : compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, Jupiter, 1985, 271 p.

- M. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiano e lo straniero*, 2<sup>ème</sup> éd., Milan, Giuffrè, 1970, 332 p.
- T. C. HARTLEY, *Civil jurisdiction and judgments : the application in England of the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters under the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, 233 p.
- H. J. HERRMANN, J. BASEDOW et J. KROPHOLLER, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, vol. I, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, 570 p.
- J. HILL, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, LLP, 1998, 801 p.
- D. HOCHSTRASSER et N. P. VOGT, *Commercial Litigation and Enforcement of Foreign Judgments in Switzerland*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1995, 110 p.
- J. JACOB (gén. éd.), *Private International Litigation*, Londres, Longman, 1988, 494 p.
- P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, Professional Books Ltd., 1987, 1949 p.
- ID., *Law of the European Judgments Convention*, 5 vol., Chichester, Barry Rose Law Publishers Ltd., 1999, 4500 p.
- R. H. KREINDLER, *Transnational Litigation : A Basic Primer*, New York, Oceana Publications, 1998, 623 p.
- J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht : Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, 7<sup>ème</sup> éd., Schriftenreihe Recht der internationalen Wirtschaft vol. 22, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2002, 672 p. (et la 6<sup>ème</sup> éd., 1998, 629 p.)
- H. LINKE, *Internationales Zivilprozessrecht. Leitraden für Verfahren mit Auslandsbezug*, 3<sup>ème</sup> éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 223 p. (et la deuxième éd., 1995, 205 p.).
- H. LINKE, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2001, 3<sup>ème</sup> éd., Verlag Dr. Otto Schmidt, 241 p.
- J. LOOKOFSKI, *Transnational Litigation and Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of American, European and International Law*, New York, Transnatl. Juris Publ., 1992, 782 p.
- A. LOWENFELD, *International Litigation and Arbitration*, American Casebook Series, 2<sup>ème</sup> éd., St. Paul, West Publ., 2002, 948 p. (et la 1<sup>ère</sup> éd., 1993, 869 p.).
- R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padoue, Cedam, 2000, 568 p.
- P. MERCIER et B. DUTOIT, *L'europe judiciaire : les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Dossier droit européen n° 2, Bâle/Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1991, 249 p.
- H. NAGEL et P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln/Münster, Schmidt/Aschendorff, 1997, 685 p.
- L. W. NEWMANN et D. ZASLOWSKY, *Litigating International Commercial Disputes*, St. Paul, West Publishing Co., 1996, 429 p.
- S. O'MALLEY et A. LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, Sweet & Maxwell, 1989, 1968 p.
- A. MAYSS et A. REED, *European Business Litigation*, Dartmouth, Ashgate, 1998, 624 p.

- C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 755 p.
- L. PALSSON, *Lugano-Konventionen*, Stockholm, Nordstedts Juridik, 1992, 321 p.
- ID., *Brüssel- och Luganokonventionerna*, Stockholm, Fritzes Förlag AB, 1995, 337 p.
- W. PARK, *International Forum Selection*, Boston/La Haye/Londres, Kluwer Law International, 1995, 749 p.
- F. POCAR, *La conversione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, Giuffrè Editore, 1989, 590 p.
- F. SALERNO, *La conversione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, Cedam, 2000, 263 p.
- H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2002, 538 p. (et la 2<sup>ème</sup> éd., 1996, 443 p.).
- R. A. SCHÜTZE, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 317 p.
- ID., *Rechtsverfolgung im Ausland*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1998, 376 p.
- M. SCHWIMMAN, *Internationales Zivilverfahrensrecht. Schwerpunkte in der Praxis*, Wiener Rechtswissenschaftliche Studien n° 17, Vienne, Manz Verlag, 1979, 146 p.
- U. SPELLENBERG, "Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen", in *J. Von Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, 3<sup>ème</sup> éd., vol. XX, Berlin, Sellier/de Gruyter, 1997, 479 p.
- P. STONE, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, European Law Series, Londres/New York, Longman, 1998, 205 p.
- T. TAYLOR et N. COOPER, *European Litigation Handbook*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, 198 p.
- L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 577 p.
- M. TEIXEIRA DE SOUSA et D. MOURA VICENTE, *Comentário à convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial*, Lisbonne, Lex, 1994, 279 p.
- R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. II. Conflits de juridictions*, par M. WESER et P. JENARD, Bruxelles, Bruylant, 1985, 655 p.
- H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), *Europese ipr-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 410 p.
- H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), *Het nieuwe Europese IPR : een verdrag naar herordering*, Anvers, Intersentia, 2001, 303 p.
- E. VAN HOVE, *De Europese Executieverdragen. Brussel (1968) en Lugano (1988)*, Brugges, Die Keure, 1994, 244 p.
- J.-P. VERHEUL et M. W. C. FETERIS, *Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht. II. Overige verdragen en commune ipr*, Apeldoorn/Anvers, Maklu, 1986, 328 p.
- G. WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz. Ein Lehrbuch*, 3<sup>ème</sup> éd., Berne, Verlag Paul Haupt, 2002, 605 p. (et la 2<sup>ème</sup> éd., 1998, 536 p.)

G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, Civil Procedure in Europe n° 3, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 580 p.

R. J. WEINTRAUB, *International Litigation and Arbitration. Practice and Planning*, 3<sup>ème</sup> éd., Durham, Carolina Academic Press, 2001, 570 p. (et la 2<sup>ème</sup> éd., 1997, 539 p.).

M. WESER, *Les conflits de juridictions dans le Marché commun*, Bruxelles, C.I.D.C., 1970, 363 p.

ID., *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruxelles/Paris, CIDC/Pedone, 1975, 773 p.

\*        \*  
\*        \*

## 1.2. Droit international privé

### 1.2.1. HISTOIRE DU DROIT

A. E. ANTON, *Private International Law: a treatise from the standpoint of Scots Law*, Edinburgh, W. Green, 1967, 626 p.

P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, Paris, Dalloz, I, 1957, II, 1958 et III, 1931.

T. M. C. ASSER, *Eléments de droit international privé ou du conflit de lois : droit civil, procédure, droit commercial*, traduit, complété et annoté par A. RIVIER, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence A. Rousseau, 1884, 297 p.

T. M. C. ASSER, *Schets van het internationaal privaatrecht*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1880, 187 p.

E. L. A. AUDINET, *Principes élémentaires de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Pedone, 1906, 692 p.

E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, Domat-Montchrestien, 3 vol., T.I : 1930, T. II : 1932.

J. H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 3 vol. (I : Jurisdiction, II: XX), New York, Baker, Voorhis & Co., 1935, 2127 p.

J.G. CASTEL, *Private international Law A comparative study of the rules prevailing in Canada and the United States*, Toronto, Canada Law Book, 1960, 326 p.

D. F. CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1965, 336 p.

W. W. COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Cambridge, Harvard University Press, 1942.

B. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963, 761 p.

- L. DE VOS, *Le problème des conflits de lois. Cours de droit international privé belge*, 2 vol., Bruxelles, Bruylant, 1946, 954 p.
- P. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato. Teorie generali e diritto civile*, Padoue, Cedam, 1935, 760 p.
- M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé*, 4<sup>ème</sup> éd., revue et augmentée par CH. DEMANGEAT, Paris, Marescq Ainé, 1866, vol. 1, 512 p., vol. 2, 536 p.
- J. A. FOOTE, *Foreign and Domestic Law. A Concise Treatise on Private International Jurisprudence, based on the Decisions in the English Courts*, Londres, Stevens & Haynes, 1878, 532 p. (et la 4<sup>ème</sup> éd. par C. Phillipson, Londres, Stevens & Haynes, 1914, 595 p.; la 5<sup>ème</sup> éd. par H. H. L. Bellot, Londres, Sweet & Maxwell, 1925, 692 p.).
- J. D. JITTA, *La méthode du droit international privé*, La Haye et Paris, Belinfante Frères, 1890, 490 p.
- ID., *Internationaal privaatrecht : gegevens hoofdzakelijk ten behoeve van Nederlandsche rechtsbeoefenaars*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink, 1916, 692 p.
- ID., *Internationaal privaatrecht. Gegevens hoofdzakelijk ten behoeve van Nederlandsche rechtsbeoefenaars*, Haarlem, Tjeenk Willink, 1916, 692 p.
- W. S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, 2<sup>ème</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1962, 1073 p.
- F. M. KAHN, *Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht*, paru in *Iberings Jahrbücher*, 1989, pp. 1-112 et réédité par H. Lewald et O. Lenel, München, Duncker & Humblot, 1928.
- J. KOSTERS, *Het karakter van het internationaal privaatrecht. Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het hoogleeraarsambt aan de Rijksuniversiteit te Groningen op 22 februari 1908*, Groningen, P. Noordhoff, 1908, 44 p.
- J. KOSTERS et C. W. DUBBINK, *Algemeen deel van het Nederlands Internationaal Privaatrecht*, De erven F. Bohn, Haarlem, 1962, 936 p.
- E. LAFLEUR, *The Conflict of Laws in the Province of Quebec*, Montréal, Théoret, 1898, 267 p.
- A. LAINE, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le code civil*, Paris, Pichon, 1888-1892, vol. 1, 433 p. et vol. 2, 434 p. (réimpression Auvermann Glashütten 1970).
- F. LAURENT, *Le droit civil international*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, t. 1 à 5 : 1880, t. 6 à 8 : 1881.
- J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1938-1949, 6 vol.
- A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, Paris/Grenoble, Sirey/Allier, 1923-1924.
- P. POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, 3<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Librairie Judiciaire Polydore Pée, 1947, 675 p.
- A. ROLIN, *Principes de droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil (Code Napoléon)*, Paris, Marescq, 3 vol., 1897.
- J. STORY, *Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic in regard to contracts, rights and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgments*, 2<sup>ème</sup> éd., Boston, Little & Brown, 1841, 927 p.

J. VALERY, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914, 391 p.

L. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2 vol., Hannover, 1899, réimpression Aalen, Scientia-Verlag, 1966.

F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I/VIII, Berlin 1840/1849, réimpression Darmstadt 1981; traduction française par CH. GUENOUX, *Traité de droit romain*, t. I/VIII, Paris, 1840/1851; et la traduction (et annotation) anglaise par W. GUTHRIE du volume consacré au conflit de lois : *Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their operation in respect of place and time*, 2<sup>ème</sup> éd., Edinburgh/Londres, T. & T. Clark/Stevens & Sons, 1880, 567 p.

A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Larose et Forcel, 6 vol., 1907-1913.

J. WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law, or the conflict of laws, with principal reference to its practice in the English and other cognate systems of jurisprudence and numerous references to American authorities*, Philadelphia, T. & J.W. Johnson, 1859, réimpression Littleton, F. B. Rothman, 1896, 251 p. et la traduction française parue chez Sirey, Paris, 1914 sous le titre *Traité de droit international privé, avec ses principales applications dans la pratique anglaise*.

F. WHARTON, *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law, including a comparative view of Anglo-American, Roman, German and French Jurisprudence*, Philadelphia, Kay & Brothers, 1872, 758 p., réimpression Fred. B. Rothman & Co., Littleton, 1991.

M. WOLFF, *Private International Law*, 2<sup>ème</sup> éd., 1950, Oxford, Clarendon Press, 631 p.

ID., *Das internationale Privatrechts Deutschland*, 3<sup>ème</sup> éd., Berlin, Springer, 1954, 254 p.

### 1.2.2. DROIT POSITIF

B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1998, 668 p.

A. E. ANTON et P. R. BEAUMONT, *Private International Law: a treatise from the standpoint of Scots Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Edinburgh, W. Green, 1990, 794 p.

B. AUDIT, *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 2000, 973 p. (et la 2<sup>ème</sup> éd., 1997, 944 p.).

T. BALLARINO et A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3<sup>ème</sup> éd., Milan, Cedam, 1999, 774 p.

H. BATAIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, I, 8<sup>ème</sup> éd., 1993, 656 p. ; II, 7<sup>ème</sup> éd., 1983, 692 p.

W. BINCHY, *Irish Conflicts of Law*, Dublin, Butterworths, 1988, 691 p.

A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2001, 266 p.

L. BRILMAYER, *Conflict of Laws. Foundations and Future Directions*, 2<sup>ème</sup> éd., Boston, Little Brown & Co., 1995, 342 p.



- A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, T. I : *Partie générale - Droit applicable*, Helbing & Lichtenhahn, 1995, 295 p.
- J.-G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 4<sup>ème</sup> éd., Toronto/Vancouver, Butterworths, 1997, 738 p.
- J. G. COLLIER, *Conflict of Laws*, 3<sup>ème</sup> éd. par J. Greenwood, Cambridge, Cambridge University press, 2001, 403 p.
- E. B. CRAWFORD, *International Private Law in Scotland*, Edinburgh, W. Green/Sweet & Maxwell, 1998, 496 p.
- Dicey & Morris on the Conflict of Laws*, par L. COLLINS (gén. éd.) et al., 13<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, t. 1, 648 p. et t. 2, 1622 p.
- B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1997, 581 p.
- A. A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1962, 824 p.
- A. A. EHRENZWEIG et E. JAYME, *Private International Law A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty, Jurisdiction, Judgments and Persons*, II, Special Part, Leiden/Dobbs Ferry, Sijthoff/Oceana Publications, 1973, 338 p.
- J. ERAUW, *Beginselen van internationaal privaatrecht*, Gand, Story-Scientia, 1985, 334 p.
- J. D. FALCONBRIDGE, *Essays on the Conflict of Laws*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, Canada Law Book Company, 1954, 862 p. (1<sup>ère</sup> éd., 1947, 730 p.)
- P. GRAULICH, *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflits de juridictions*, Paris, Dalloz, 1961, 215 p.
- E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Série Traité de droit civil, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 573 p.
- A. HEINI et al. (éds.), *IPRG-Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich, Schulthess, 1993, 1718 p.
- A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, 3<sup>ème</sup> éd., Gand, Mys & Breesch, 2001, 356 p. (et la 2<sup>ème</sup> éd., 1999, 270 p.)
- D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Ed. Masson, 1987, 667 p.
- H. HONSELL e.a. (éds.), *Internationales Privatrecht. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1996, 1907 p.
- D.C. JACKSON, *The 'Conflicts' Process. Jurisdiction and Choice in Private International Law*, New York/Londres, Oceana Publications Inc./British Institute of International and Comparative Law, 1975, 408 p.
- F. K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, 265 p.
- G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 8<sup>ème</sup> éd., München, Beck, 2000, 1032 p.

- F. KNOEPFLER et P. SCHWEIZER, *Droit international privé suisse*, 2ème éd., Berne, Ed. Staempfli, 1995, 461 p.
- J. KOSTERS et C. W. DUBBINK, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Haarlem, De Erven F. Bohn N.V., 1962, 936 p.
- J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, 4ème éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 692 p. (et la 3ème éd., 1997, 625 p.).
- R. A. LEFLAR, *American Conflicts Law*, 3ème éd., Bobbs-Merrill Co., Indianapolis, 1977, 688 p.
- Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 7ème éd., Paris, 2001, 832 p. (et la 6ème éd., 1999, 798 p.).
- A. LOWENFELD, *Conflict of Laws: Federal, State and International Perspectives*, 3ème éd., New York, Matthew Bender, 1998.
- P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 7ème éd., Précis Domat, Montchrétien, Paris, 2001, 729 p. (et la 6ème éd., 1998, 703 p.)
- J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht. Een analyse van het Belgische conflictenrecht*, Anvers, Intersentia, 1997, 565 p.
- A. MEZGHANI, *Droit international privé. Etats nouveaux et relations privées internationales. Système de droit applicable et droit judiciaire international*, Tunis, Cérés Productions, 1991, 419 p.
- J. C. H. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 5ème éd., par D. MCCLEAN, Londres, Sweet & Maxwell, 2000, 592 p.
- F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, Utet, 1999, 268 p.
- P. M. NORTH et J. J. FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, Londres, Butterworths, 1999, 1069 p.
- P. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, 6ème éd., Sydney/Adelaide, Butterworths, 1995, 600 p.
- J. O'BRIEN, *Smith's Conflict of Laws*, Londres, Cavendish Publishing Ltd., 1999, 652 p.
- P. PICONE et W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, Wege der Forschung vol. 398, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1974, 473 p.
- F. POCAR et C. HONORATI, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, Giuffrè editore, 1997, 243 p.
- L. RAAPE, F. STURM et U. LOCKEMANN, *Internationales Privatrecht*, 1. Allgemeine Lehren, 6ème éd., par F. Sturm, München, Vahlen, 1977, 478 p.
- E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, I, 2ème éd. par U. DROBNIG, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1958, 803 p.
- L. RÉCZEI, *Internationales Privatrecht*, Budapest, Verlag der Ungarischen Akademie der Wissenschaften, 1960, 478 p.
- M. REIMANN, *Conflict of Laws in Western Europe. A Guide Through the Jungle*, New York, Transnational Publishers, 1995, 198 p.

- Restatement of the Law of Conflict of Laws*, American Law Institute, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1934, 814 p.
- Restatement of the Law of Conflict of Laws Second*, American Law Institute, St Paul, 1971, 3 vol.
- F. RIGAUX, *Droit international privé. I. Théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 1987, 386 p.
- F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé. II. Droit positif belge*, Bruxelles, Larcier, 1993, 923 p.
- J. C. FERNANDEZ ROZAS et S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1999, 661 p.
- A. K. SCHNYDER, *Das neue IPR-Gesetz. Eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, 188 p.
- A. K. SCHNYDER et M. LIATOWITSCH, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2000, 321 p.
- F. SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de juridiction en droit international privé luxembourgeois*, par J.-C. WIWINUS, Luxembourg, Ed. P. Bauler, 1996, 272 p.
- I. SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht, T.I Allgemeiner Teil*, 3ème éd., St Gallen, Dike Verlag, 2000, 407 p. (2ème éd.: 1990, 372 p.)
- M. SCHWIMANN, *Internationales Privatrecht*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1993, 116 p.
- F. SCHWIND, *Internationales Privatrecht. Lehr- und Handbuch für Theorie und Praxis*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1990, 255 p.
- E. F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, *Conflict of laws*, 3ème éd., Hornbook Series, St. Paul, West Publishing Co., 2000, 1416 p.
- K. SIEHR, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich, Schulthess, 2002, 800 p.
- P. STONE, *The Conflict of Laws*, Longman, Londres/New York, 1995, 418 p.
- E. SYKES et M. C. PRYLES, *Australian Private international Law*, 3ème éd., Sydney, Law Book, 1991, 827 p.
- E. SYKES et M. C. PRYLES, *International and Interstate Conflict of Laws*, 2ème éd., Butterworths, Sydney, 1981, 966 p.
- S. C. SYMEONIDES, W. PERDUE et A. T. VON MEHREN, *Conflict of Laws : American, Comparative, International, Cases and Materials*, American Casebook Series, St. Paul, West, 1998, 940 p.
- L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privatrecht*, 6ème éd., Groningen, Wolters-Noordhoff, 2000, 295 p. (et la 5ème éd., 1995, 317 p.).
- W. TETLEY, *International Conflict of Laws. Common, civil and maritime*, Montreal, International Shipping Publications/Blais, 1994, 1103 p.
- M. TILBURY, G. DAVIS et B. OPEKIN, *Conflict of laws in Australia*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 1041 p.

- R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. I. Conflits de lois*, Bruxelles, Bruylant, 1983, 391 p.
- G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Série A.P.R., Bruxelles, Story-Scientia, 1989, 435 p.
- R. VAN ROOIJ et M. V. POLAK, *Private International Law in the Netherlands*, Deventer, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1987, 337 p.
- CH. VON BAR, *Internationales Privatrecht, 1: Allgemeine Lehren*, München, Beck, 1987, 565 p.
- B. VON HOFFMANN, *Internationales Privatrecht : einschliesslich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, 6ème éd., München, Beck, 2000, 544 p.
- A. T. VON MEHREN et D. T. TRAUTMAN, *The Law of Multistate Problems. Cases and Materials on Conflict of Laws*, Boston/Toronto, Little, Brown & Comp., 1965, 1646 p.
- R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 4ème éd., University Textbook Series, Mineola, Foundation Press, 2001, 810 p. (et la 3ème éd., 1986, 668 p.).
- W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1981, 2 vol., 1408 p.

\* \*  
\*

## 2. Monographies – thèses - cours

D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Bibliothèque de droit privé t. 107, Paris, L.G.D.J., 1970, 429 p.

M. ANDREA, *Internationales Familienrecht*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 424 p.

U. BANNIZA VON BAZAN, *Der Gerichtsstand der Sachzusammenhangs im EuGVÜ, dem Lugano Abkommen und dem deutschen Recht*, Frankfurt, Peter Lang, 1995, 191 p.

H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, 346 p.

ID., "Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux", *Recueil des cours*, 1967-I, t. 120, 165-190.

ID., "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *Recueil des cours*, 1973-II, t. 139, 75-148.

ID., *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, L.G.D.J., 1976, 504 p.

ID., *La philosophie du droit*, Collection Que sais-je ? n° 857, Paris, Presses Universitaires de France, 1981, 126 p.

P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments. The Preclusive Effect of Foreign Judgments in Private International Law*, Oxford Monographs in Private International Law, Oxford, Oxford University Press, 2001, 346 p.

H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands. Etude comparative*, Bibliothèque de Droit international privé vol. V, Paris, Dalloz, 1965, 224 p.

A. BÄUMER, *Die ausländische Rechtshängigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht*, Prozessrechtliche Abhandlungen n° 105, Köln/Berlin/München, Heymann, 1999, 221 p.

E.C. BAZAGA, *La litispendencia Comunitaria*, Coleccion Estudios Internacionales, vol. 23, Madrid, Eurolex, 1997, 288 p.

P. R. BEAUMONT et D. L. CORREY MILLER, *The Option of Litigating in Europe*, UK Comparative Law Series n° 14, Londres, UK National Committee of Comparative Law, 1993, 181 p.

C. BECKER, *First in Time, First in Right : Das Prioritätsprinzip im deutschen und US-amerikanischen Zwangsvollstreckungsrecht*, Schriften zum internationalen Recht vol. 115, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 132 p.

J. H. P. BELLEFROID, *Toelichting van het Nederlandsch-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925 betreffende de betrekkelijke rechterlijke bevoegdheid, het faillissement, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, scheidsrechterlijke uitspraken en authentieke akten*, Nijmegen, Dekker & Van de Vegt, 1931, 165 p.

A. BERTELE, *Souveränität und Verfahrensrecht. Eine Untersuchung der aus dem Völkerrecht ableitbaren Grenzen staatlicher extraterritorialer Jurisdiktion im Verfahrensrecht*, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht vol. 20, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 660 p.

A. M. BITTIGHOFER, *Der internationale Gerichtsstand des Vermögens. Eine rechtsvergleichende Studie zur Zuständigkeit deutscher Gerichte aufgrund inländischer Vermögensbelegenheit*, Frankfurt, Peter Lang, 1994, 293 p.

- C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, Paris, L.G.D.J., 1995, 123 p.
- C. BLUM, *Forum non conveniens. Eine Darstellung der anglo-amerikanischen Doktrin und die Anwendungsmöglichkeiten im kontinentalen Recht am Beispiel der Zürcher Zivilprozessordnung*, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Vol. 43, Zürich, 1979, 206 p.
- W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht n° 5, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1991, 229 p.
- B. BUCHNER, *Kläger- und Beklagerschutz im Recht der internationalen Zuständigkeit*, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht vol. 60, Tübingen, J.C.B. Mohr Siebeck, 1998, 170 p.
- A. BUCHSMANN, *Rechtshängigkeit im Ausland als Verfahrenshindernis : unter besonderer Berücksichtigung der Klagerhebung im französischen Zivilprozess*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung n° 524, München, VVF, 1996, 232 p. (diss München 1995).
- A. BURCKHARDT, *Internationale Rechtshängigkeit und Verfahrensstruktur bei Ebeurteilungen : Untersuchungen zum Eintritt der Rechtshängigkeit und der Identität des Streitgegenstandes bei konkurrierenden Verfahren zur Ebeurteilungen*, Thèse Heidelberg, s.n., s.l., 1997, 190 p.
- F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, Bibliothèque de droit privé t. 201, Paris, L.G.D.J., 1988, 375 p.
- S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europea. Le convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, G. Giappichelli Ed., 1997, 277 p.
- CH. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 2 vol., 753 p.
- S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse Paris I, 1999, 532 p.
- N. COPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé t. 314, L.G.D.J., Paris, 1999, 431 p.
- L. COLLINS, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Recueil des Cours*, 1992-III, t. 234, 9-238.
- G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, Bibliothèque de droit privé t. 341, Paris, L.G.D.J., 2000, 409 p.
- G. R. DELAUME, *Law and Practice of Transnational Contracts*, New York, Oceana, 1988, 409 p.
- R. DE NOVA, "Historical and Comparative Introduction to the Conflict of Laws", *Recueil des cours*, 1966-II, t. 118, 443-622.
- P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, Bibliothèque de droit privé t. 257, Paris, L.G.D.J., 1997, 313 p.
- N.-A. DIAB, *Le tribunal internationalement compétent en droit français et libanais*, Bibliothèque de droit privé t. 226, Paris, L.G.D.J., 1993, 244 p.
- A. DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, Studi e pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e procesuale n° 39, Padova, Cedam, 1993, 249 p.

- C. DOHM, *Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit in deutschen internationalen Zivilprozessrecht*, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft n° 98, Berlin, Ducker & Humblot, 1996, 328 p.
- CH. DORSEL, *Forum non conveniens (richterliche Beschränkung der Wahl des Gerichtsstandes im deutschen und amerikanischen Recht)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 217 p.
- G. A. L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours*, 1991-IV, t. 229, 9-424.
- T. J. H. ELSSEN, *Litispence between the International Court of Justice and the Security Council*, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1986, 125 p.
- C. ERWAND, *Forum non conveniens und EuGVÜ*, Europäische Hochschulschriften Reihe 2 - Rechtswissenschaft n° 1922, Frankfurt a.M., P. Lang, 1996, 233 p.
- D. J. EVRIGENIS, "Tendances doctrinales en droit international privé", *Recueil des cours*, 1966-II, t. 118, 313-434.
- M. FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *Recueil des cours*, 1995, t. 253, 9-282.
- J. J. FAWCETT (éd.), *Defining Jurisdiction in Private International Law Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law Athens, August 1994*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 447 p.
- J. J. FAWCETT et P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford Monographs in Private International Law, Oxford, Clarendon Press, 1998, 760 p.
- J.-J. FORNER DELAYGUA, *Hacia un convenio mundial de 'exequatur'. Algunos aspectos del derecho estadounidense de interés para España*, Madrid, Bosch, 1999, 471 p.
- N. FRAGISTAS, "La compétence internationale en droit privé", *Recueil des cours*, 1961-III, t. 104, 159-272.
- F. GAMILLSCHEG, "Internationale Zuständigkeit und Entscheidungsharmonie im Internationalen Privatrecht", *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, n° 3, Karlsruhe, Verlag Müller, 1959, 29-42.
- H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation de compétence de juridiction en droit international privé*, Bibliothèque de droit international privé n° IV, Paris, Dalloz, 1965, 292 p.
- ID., *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil. Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, Travaux et recherches de la faculté de droit des sciences économiques de Paris, Série droit privé n° 1, Paris, PUF, 1964, 96 p.
- F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé*, Etudes suisses de droit international n° 112, Zürich, Schulthess, 2000, 658 p.
- I. S. GOLDREIN, K. WILKINSON et J. KERSHAW, *Commercial Litigation: Pre-emptive Remedies*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, 1242 p.
- W. J. HAU, *Positive Kompetenzkonflikte im internationalen Zivilprozessrecht. Überlegungen zur Bewältigung von multi-fora disputes*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht n° 32, Frankfurt a.M., P. Lang, 1996, 272 p.

- G. HAZARD et M. TARUFFO, *American Civil Procedure. An Introduction*, New Haven, Yale University Press, 1993, 230 p.
- B. HEIDERHOFF, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit im Ehescheidungsverfahren*, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht n° 184, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1998, 281 p.
- A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht vol. 36, Berlin/Tübingen, Walter de Gruyter/J. C. B. Mohr, 1969, 279 p.
- D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, 2ème éd., Frankfurt aM, Verlag für Standesamtswesen, 2000, 350 p.
- D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Bibliothèque de droit international privé, n° IX, Paris, Dalloz, 1970, 456 p.
- P. HUBER, *Die englische forum non conveniens-Doktrin und ihre Anwendung im Rahmen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens*, Schriften zum internationalen Recht n° 68, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, 243 p.
- S. ISENBURG-EPPLE, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht n° 15, Frankfurt a.M., 1992, 281 p.
- D. JASPER, *Forum Shopping in England und Deutschland*, Schriften zum internationalen Recht n° 46, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 146 p.
- E. JAYME, "Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1995, t. 251, 9-268.
- R. E. JÜRGENS, *IPR und Verfassung in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht n° 10, Frankfurt, Peter Lang, 1990, 276 p.
- G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Schriftenreihe für internationales Recht und unternationale Beziehungen n° 29, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1980, 227 p.
- W. KENNET, *The Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford Monographs in Private International Law, Oxford University Press, 2000, 435 p.
- K. D. KERAMEUS, "Enforcement in the International Context", *Recueil des Cours*, 1997, t. 264, 179-410.
- C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Coll. Etudes juridiques comparatives, Paris, Economica, 1987, 499 p.
- L. KILLIAS, *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*, Schweizer Studien zum internationalen Recht n° 84, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 283 p.
- P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Bibliothèque de droit privé t. 240, Paris, L.G.D.J., 1994, 583 p.
- T. KLEINSTÜCK, *Die Process-Beschränkungen des Vermögensgerichtsstandes durch hinreichenden Inlandsbezug und Minimum Contacts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen und österreichischen Rechts*, Münchener Universitätschriften - Reihe der Juristischen Fakultät n° 103, München, C. H. Beck, 1994, 227 p.



- M. KOCH, *Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung*, Europäische Hochschulschriften, Série 2, n° 1366, Frankfurt a.M., Lang, 1993, 192 p.
- J.-P. KRAFFT, *Exorbitante Gerichtsstände im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz. Insbesondere nach dem Lugano-Übereinkommen*, Zürcher Diss., Huber Druck, Entlebuch, 1999, 379 p.
- X. E. KRAMER, *Het kort geding in internationaal perspectief*, Recht en praktijk n° 116, Deventer, Kluwer, 2001, 427 p.
- J. KROPHOLLER "Internationale Zuständigkeit", in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, I, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht (ed.), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982, 185-533.
- J. KURTH, *Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten*, Schriften zum Internationalen Recht n° 44, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 164 p.
- P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1986-I, t. 196, 9-238.
- ID., "La réciprocité en droit international privé", *Recueil des cours*, 1977-I, t. 154, 103-214.
- J. LAENENS, *De bewegbeidsvereenkomsten naar Belgisch recht*, Bibliotheek van Gerechtelijk Recht vol. X, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 249 p.
- P. LALIVE, "Tendances et méthodes en droit international privé", *Recueil des cours*, 1977, t. 155, 1-424.
- M. LENENBACH, *Die Behandlung von Unvereinbarkeiten zwischen rechtskräftigen Zivilurteilen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht*, Schriften zum Prozessrecht n° 130, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, 220 p.
- A. LOWENFELD, "Public Law in the International Arena : Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for Their Interactions", *Recueil des cours*, 1979-III, t. 163, 311-445.
- ID., *International Litigation and the Quest for Reasonableness. Essays in Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 243 p. (également paru in *Recueil des cours*, 1994-I, t. 245, 9-320).
- A. LOWENFELD et L. J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments : Records of the Conference held at New York University School of Law on the Proposed Convention, April 30 - May 1<sup>st</sup>, 1999*, Yonkers, Juris Publishing, 2001, mult. pag.
- J. A. LÜPFERT, *Konnexität im EuGVÜ. Rechtsvergleichende Studie mit einem Vorschlag zur Weiterentwicklung des deutschen Rechts*, Schriften zum Prozessrecht Vol. 131, Berlin, Duncker und Humblot, 1997, 311 p.
- M. MAACK, *Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Schriften zum Prozessrecht vol. 152, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 229 p.
- J. MAHARI, *Zuständigkeitskonflikte zwischen Rechtsordnungen. Essays on the Present Confusion of International Economic Law*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1987, 124 p.
- F. A. MANN, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des cours*, 1964-I, t. 111, 1-162.
- ID. "The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years", *Recueil des cours*, 1984-III, t. 186, 9-115.

- R. MARENGO, *La litispendenza internazionale*, Biblioteca di diritto processuale n° 15, Turin, Giappichelli éd., 2000, 262 p.
- F. MATSCHER, "Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales", *Recueil des cours*, 1978-III, t. 161, 127-228.
- P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Bibliothèque de droit international privé t. XVII, Paris, Dalloz, 1972, 244 p.
- ID., "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 319-454.
- A. MIAJA DE LA MUELA, "Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international", *Recueil des cours*, 1972-I, t. 135, 1-96.
- O. MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thèse Neuchâtel, Entlebuch, Huber Druck, 1993, 219 p.
- E. MILLEKER, *Negativer internationaler Kompetenzkonflikt. Versuch eines Beitrages zur Lehre vom Rerwei im internationalen Zivilprozess*, diss. München, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht Vol. 82, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1975, 191 p.
- K. P. MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationale Wirtschaftsrecht. Eine vergleichende Untersuchung unter besondere Berücksichtigung des US-amerikanischen und deutschen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, 533 p.
- H. NAGEL, *Auf dem Wege zu einem europäischen Prozessrecht*, Studien zum europäischen Wirtschaftsrecht n° 7, Baden-Baden, A. Lutzeyer, 1963, 113 p.
- M. NIEGISCH, *Mehrspunigkeit des Internationalen Zivilverfahrensrechts in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft am Beispiel des Vereinigten Königreiches : die Doktrin forum non conveniens und das EuGVÜ*, thèse Heidelberg, Ruprecht-Karls-Universität, 1993, 295 p.
- A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens (Etude de droit international privé comparé)*, Thèse dactyl., Université Libre de Bruxelles, 2002, 3 vol., 769 p.
- K. OTTE, *Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhang – Gerechtigkeit durch Verfahrensabstimmung?*, 1998, Tübingen, Mohr Siebeck, 926 p.
- C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé t. 219, Paris, L.G.D.J., 1993, 360 p.
- E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Etude de droit international privé*, Bibliothèque de droit privé t. 298, Paris, L.G.D.J., 1999, 517 p.
- T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit. Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik*, Juristische Abhandlungen Vol. 26, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1995, 879 p.
- P. PICONE, "La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", *Recueil des cours*, 1986-II, t. 197, 229-420.
- ID., "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé", *Recueil des cours*, 1999, t. 276, 9-296.

CH. PLATTO (éd.), *Economic Consequences of Litigation Worldwide*, La Haye, International Bar Association/Kluwer Law International, 1999, 445 p.

J. A. PONTIER, *Conflictenrecht : grondslagen, methoden, beginselen en belangen. Een politiek liberaal perspectief*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1997, 463 p.

A. QUINONES ESCAMEZ, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Madrid, Eurolex, 1996, 284 p.

M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (anti-suit injunctions)*, De conflictu legum – estudios de Derecho internacional privado n° 1, Univ. Santiago Compostella, 2000, 282 p.

J.-M. REYMOND, *L'exception de litispendance. Etude de droit fédéral et de procédure civile suisse*, Lausanne, Ed. Payot, 1991, 369 p.

F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Publications de la Revue Générale de droit international public n° 26, Paris, Pedone, 1977, 486 p.

ID., “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1989-I, t. 213, 9-408.

ID., *La loi des juges*, Paris, éd. Odile Jacob, 1997, 319 p.

K. SAFFERLING, *Rechtshängigkeit in deutsch-französischen Scheidungsverfahren*, Erlangen, Specht, 1996, 350 p.

P. SANDERS, *Arbitration*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, Civil Procedure, Tübingen/Dordrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)/Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 179 p.

H. SCHACK, *Jurisdictional Minimum Contacts Scrutinized. Interstaatlich und internationale Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte*, Heidelberg, Müller Jur. Verlag, 1983, 90 p.

H. SCHAUWECKER, *Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht*, Zürcher Studien zum internationalen Recht n°8, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1943, 117 p.

P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin no. 97, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 47 p.

ID., “Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-Operation”, in *Recueil des cours*, 2000, t. 284, 9-430.

J. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit. Entwurf eines System von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen*, Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, vol. 47, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971, 852 p.

J. W. M. SCHRÖDER, *Gewolg van Rechtsgang in den Vreemde*, Ste Katharinadrukkerij, Brugges, 1927, 120 p.

N. SCHULTE, *Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 252 p.

A. STAFYLA, *Die Rechtshängigkeit des EuGVÜ nach der Rechtsprechung des EuGH und der englischen, französischen und deutschen Gerichte*, Magisterarbeit Univ. Freiburg i. Br., Sinzheim, Pro-Universitate Verlag, 1998, 82 p.

R. STÜRNER, D. LANGER et Y. TANIGUCHI, *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, W. J. HABSCHIED (éd.), Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Verfahrensrechtsvergleichung und Schiedsgerichtswesen Vol. 3, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1986, 177 p.

A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, Thèse Strasbourg, 1980.

M. TARUFFO (éd.), *Abuse of Procedural Rights. Comparative Standards of procedural fairness. Actes du colloque de l'International Association of Procedural Law tenu à la Tulane Law School, New Orleans, 27-30 oct. 1998*, La Haye/Boston, Kluwer Law International, 1999, 370 p.

PH. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence : étude de droit international privé*, Thèse multigr., Paris, 1981.

P. THIEFFRY & CH. LECUYER-THIEFFRY, *Le règlement des litiges civils et commerciaux avec les Etats-Unis*, Paris, Jupiter, 1986, 399 p.

G. VAN HECKE, "Principes et méthodes de solutions des conflits de lois", *Recueil des cours*, 1969, vol. 126, 399-571.

C. J. H. VAN LYNDEN, *Forum Shopping*, Londres, LLP, 1998, 303 p.

A. T. VON MEHREN, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", *Recueil des Cours*, 1980-II, t. 167, 9-112.

C. WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law The New Private International Law of Intellectual Property in the United Kingdom and the European Community*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 639 p.

U. WAHL, *Die Verfehlte internationale Zuständigkeit - Forum non conveniens und internationale Rechtsschutzbedürfnis*, Schriften zum Prozessrecht n° 34, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, 150 p.

G. WALTER et F. M. R. WALTHER, *International Litigation: Past Experiences and Future Perspectives*, Swiss Papers on European Integration n° 25, Bern/Zürich/Bruxelles, Stämpfli/Schulthess/Bruylant, 2000, 75 p.

M. WENGLER, "The General Principles of Private International Law", *Recueil des cours*, 1961-I, t. 104, 273-470.

M. WESER, *Traité franco-belge du 8 juillet 1899. Etude critique à la lumière des jurisprudences française et belge comparées, avec propositions de réforme*, Bruxelles/Paris, Larcier/Sirey, 1950, 395 p.

M. J. WHINCOP et M. KEYES, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Ashgate, Aldershot, 2001, 228 p.

M. WITTIBSCHLAGER, *Rechtshängigkeit in internationale Verhältnissen*, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen Vol. 64, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1994, 149 p.

### 3. Articles – communications – chroniques - rapports

#### 3.1. Généralités sur les conflits de procédures

H. BAADE, "An Overview of Transnational Parallel Litigation : Recommended Strategies", *Rev Lit.*, 1981, 191-207.

S. B. BURBANK, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", *Am J. Comp. L.*, 2001, 203-247.

M. DOGAUCHI, "Parallele Verfahren in Japan und den USA", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, 163-184.

M. DOGAUCHI, "Concurrent Litigations in Japan and the United States", *Jap. Ann. Int'l L.*, 1994, 72-94.

M. FALLON, "L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale", *Ann. Dr. Louvain*, 1994, 373-394.

J. FELLAS, "Parallel Proceedings", in *International Commercial Litigation 1999*, Commercial Law and Practice Course Handbook Series, New York, Practising Law Institute, 1999, (432 p.) 133-221.

CH. FRAGISTAS, "Problèmes résultant du conflit des règles sur la compétence judiciaire internationale", in *Aktuelle Probleme des internationalen Rechts*, Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA, Band I, Berlin, 1957, 102-128.

Y. FURUTA, "International Parallel Litigation. Disposition of Duplicative Civil Proceedings in Japan and the U.S.", *Pacific Rim L. & Policy J.*, 1995, 1-58.

R. GEIMER, "Kompetenzkonflikte im System des europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen", in *Festschrift für W. Kralik zum 65. Geburtstag Verfahrensrecht und Privatrecht*, W. H. RECHBERGER et R. WELSER (éds.), Vienne, Manzsche Verlag, 1986, 179-188.

J. P. GEORGE, "Parallel Litigation", *Baylor L. Rev.*, 1999, 769-986.

ID., "International Parallel Litigation – A Survey of Current Conventions and Model Laws", *Texas Int'l L. J.*, 2002, 499-540.

C. MCLACHLAN, "Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation", *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, 137-166.

L. W. NEWMAN et M. BURROWS, "Simultaneous Disputes in the United States and Abroad", *New York Law Journal*, 31 juillet 1997, p. DA.

M.-L. NIBOYET-HOEGY, "Les conflits de procédures", *T.C.F.D.I.P.*, 1995-1996, 71-88.

I. SZASZY, "Recognition of the Legal Effects of Foreign Civil Procedure", in *Festschrift Guldener*, 1973, 309-327.

L. E. TEITZ, "Taking Multiple Bites of the Apple : A Proposal to Resolve Conflicts of Jurisdiction and Multiple Proceedings", *Int. Lawyer*, 1992, 21-64.

ID., "International Litigation, I, Parallel Proceedings/ Antisuit Injunctions", *Int'l. Lawyer*, 1997, 317-321.

ID., "International Litigation, I, Parallel Proceedings : Treading Carefully", *Int'l. Lawyer*, 1999, 223-229.

ID., "International Litigation, I, Parallel Proceedings : Treading Carefully", *Int'l. Lawyer*, 1999, 403-409.

ID., "International Litigation. Parallel Proceedings and the Guiding Hand of Comity", *Int'l. Lawyer*, 2000, 545-553.

ID., "International Litigation. Parallel Proceedings : Moving Into Cyberspace", *Int'l. Lawyer*, 2001, 491-503.

M. TREVINO DE COALE, "Stay, Dismiss, Enjoin or Abstain? A Survey of Foreign Parallel Litigation in the Federal Courts of the United States", *Boston Univ. Int'l. L. J.*, 1999, 79-114.

A. D. VESTAL, "Repetitive Litigation", *Iowa Law Rev.*, 1960, 525-545.

ID., "Reactive Litigation", *Iowa Law Rev.*, 1961, 11-28.

### 3.2. Théorie et pratique des conflits de juridictions

H. BATIFFOL, "Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative", *N.T.I.R.*, 1962, 55-66.

P. J. BORCHERS, "Comparing Personal Jurisdiction in the U.S. and the European Community : Lessons for American Reform", *Am. J. Comp. L.*, 1992, 121 e.s.

G. B. BORN, "Reflections on Judicial Jurisdiction in International Cases", *Georgia J. Intl. L.*, 1987, 1 e.s.

M. FALLON et H. BORN, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1978-1982)", *J.T.*, 1983, 181-188, 197-225 et 229-235.

ID., "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1983-1985)", *J.T.*, 1987, 457-463, 473-485 et 493-499.

ID., "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international (1986-1990)", *J.T.*, 1992, 401-422 et 425-439.

J. J. FAWCETT, "Multi-party Litigation in Private International Law", *I.C.L.Q.*, 1995, 744-770.

H. GAUDEMET-TALLON, "La compétence judiciaire internationale à l'aube du XXIème siècle. Quelques tendances", *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, 123-148.

ID., "L'introuvable juge naturel", *Novagesimo anno. Mélanges en hommage à J. Gaudemet*, C. BONTEMS (éd.), Paris, PUF, 1999, 591-612.

ID., "Nationalisme et compétence judiciaire", *T.C.F.D.I.P.*, 1987-88, 171-199.

J. HILL, « Jurisdiction in Civil and Commercial Matters : Is There a Third Way? », *Current Legal Problems*, 2001, vol. 54, OUP, 438-476.

G. KAUFMANN-KOLHER, "Internet - mondialisation de la communication - mondialisation des la résolution des litiges ?", in *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?*, C. KESSEDIAN et K. BOËLE-WOELKI (éds.), La Haye, Kluwer Law International, 1998, 92-104.

W. KRALIK, "Die internationale Zuständigkeit", *Z.Z.P.*, 1961, 2-48.

H. KRONKE, "Distributie bepaalt attributie. Internationale Zuständigkeit zwischen Faustregel und Kodifikation", in *De internationale bewegelijkheid van de Nederlandse rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, NIPR numéro spécial, 1996, T.M.C. Asser Instituut, 44-66.

P. MAYER, "Droit au procès équitable et conflit de juridictions", in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 1996, 125-138.

K. H. NADELMANN, "Jurisdictionally Improper Fora", in *XXth Century Comparative and Conflicts Law: Legal Essays in Honor of H. E. Yntema*, K. Nadelmann (éd.), Leyden, Sijthoff, 1961, 321e.s.

P. H. NEUHAUS, "Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht", *RebelsZ.*, 1955, 201-269.

T. PFEIFFER, "Materialisierung und Internationalisierung der internationale Zuständigkeit", in *50 Jahre BGH. Festgabe aus der Wissenschaft*, C.-W. CANARIS (éd.), München, Beck, 2000, III, 617-653.

H. SCHACK, "Perspektiven eines weltweiten Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, 306-334.

ID., "Entscheidungszuständigkeiten in einem weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, 931-956.

A. DE SCHOUTHEETE et A. NUYS, "Belgium", in *Serving Process and Obtaining Evidence Abroad*, Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1998, S. COTTER (éd.), Center for International Law Studies, Londres, Kluwer Law International, 55-114.

P. SCHLOSSER, «Jurisdiction in International Litigation - the Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention», *Riv. Dir. Int.*, 1991, 5-34.

P. SCHLOSSER, "Einschränkung des Vermögensgerichtsstandes", *IPRax*, 1992, 140-144

L. SILBERMAN, "Developments in Jurisdiction and Forum Non Conveniens in International Litigation : Thoughts on Reform and a Proposal for a Uniform Standard", *Texas. Int'l. L. J.*, 1993, 501-530.

H. SMIT, "Common and Civil Law Rules of In Personam Jurisdiction Adjudication Authority : An Analysis of Underlying Policies", *I.C.L.Q.*, 1972, 335 e.s.

I. SZASZY, "Allgemeine Grundsätze zur Bestimmung des Gerichtsbarkeit im internationalen Zivilprozessrechts", *Öst. Z. für öff. R.*, 1965, 422-441.

B. VON HOFFMANN, "Gegenwartsprobleme internationale Zuständigkeit", *IPRax*, 1982, 217-222.

A. T. VON MEHREN et D. T. TRAUTMAN, "Jurisdiction to Adjudicate : A Suggested Analysis", *Harvard Law Review*, 1966, 1121-1179.

ID., "Adjudicatory Jurisdiction : General Theories Compared and Evaluated", *Boston Univ. L. Rev.*, 1983, 279-340.

ID., "Jurisdiction to Adjudicate : Reflections on the Role and Scope of Specific Jurisdiction", *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalire*, Basel, Helbing & Lichtenhan, 1993, 557-576.

ID., "Recognition and Enforcement of Sister-State Judgments ; Reflections on General Theory and Current Practices in the EEC and the US", *Columbia L. Rev.*, 1981, 1044 e.s.

A. T. VON MEHREN et D. T. TRAUTMAN, "Recognition of Foreign Adjudications : a Survey and a Suggested Approach", *Harvard L. R.*, 1968, 160 e.s.

M. WHINCOP, « Three Positive Theories of International Jurisdiction », *Univ Melbourne L. Rev.*, 2000, 379 e.s.

### 3.3. Le rôle du for dans le contentieux international privé

A. S. BELL, "The Why and Wherefore of Transnational Forum Shopping", *Australian Law Journal*, 1995, 124-142.

T. R. BRYMER, "Le 'forum shopping' ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux anglais", *Revue française de droit aérien*, 1992, 9-23.

M. CHECA MARTINEZ, "Fundamentos y limites del forum shopping : modelos europeo y angloamericano", *R.D.I.P.P.*, 1998, 521-556.

B. J. DAVENPORT, "Forum Shopping in the Market", *L.Q.R.*, 1995, 366-371.

F. DASSER, "Der Kampf ums Gericht", *Revue de Droit Suisse*, 2000, 253-272.

J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad : The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, 205-229.

G. FLECHEUX et I. HAUTOT, "Le forum shopping", *Droit et pratique du commerce international*, 1988, (vol. 14), 389-402.

O. HATWIEG, "Forum Shopping zwischen Forum non conveniens und 'hinreichendem Inlandsbezug'", *J.Z.*, 1996, 109-118.

G. HOGAN, "The Brussels Convention, *Forum non conveniens* and the Connecting Factors Problem", *Eur. L. Rev.*, 1995, 471-493.

F.K. JUENGER, "Der Kampf ums Forum", *RabelsZ.*, 1982, 708-716.

ID., "Forum shopping, Domestic and International", *Tulane L. Rev.*, 1989, 553-574.

F. K. JUENGER, "What's Wrong with Forum Shopping?", *Sydney Law Review*, 1994, 5-13.

ID., "Judicial Control of Improper Forum Selection : Some Random Remarks and a Comment on How Not To Do It", in *International Dispute Resolution : the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, 311-324.

C. KESSEDIAN, "Judicial Regulation of Improper Forum Selection", in *International Dispute Resolution : the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, 273-294.



N. KHAN, "Forum Shopping and the Brussels Convention", in *Questions spéciales de la Convention de Bruxelles*, K. KERAMEUS (éd.), European Institute of Public Administration, Athènes, Ed. Sakkoulas, 109-123.

J. KROPHOLLER, "Das Unbehagen am forum shopping", in *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, D. HEINRICH et B. VON HOFFMANN (éds.), München, C.H. Beck, 1985, 165-173.

B. R. OPEKIN, "The Price of Forum Shopping: A Reply to Professor Juenger", *Sydney Law Review*, 1994, 14-27.

S. PEARL, "Forum shopping in the EEC", *I.B.L.*, 1987, 391-394.

G. H. ROTH, "Zulässiges forum shopping", *IPRax*, 1984, 183-185.

K. SIEHR, "'Forum Shopping' im internationalen Rechtsverkehr", *Z. f. RVgl.*, 1984, 124-144.

E. J. SILVA, "Practical Views on Stemming the Tide of Foreign Plaintiffs and Concluding Mid-Atlantic Settlements", *Texas Int'l L. J.*, 1993, 479-500.

H. VAN HOUTTE, "International forumshopping bij onrechtmatige daad", *Mélanges Roger O. Daloz. Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, 575-590.

C. WASSERTEIN-FASSBERG, "The Forum : its Role and its Significance in Choice-of-Law", *Z.Vgl. Reiss.*, 1985, 1-44.

R. J. WEINTRAUB, "The United States as a Magnet Forum and What, If Anything, To Do About It", in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, 213-236.

ID., "When and How to Demagnetise Magnet Forums", *King's College Law Rev.*, 2001, 195 e.s.

X, "Forum Shopping Reconsidered", *Harv L. Rev.*, 1990, 1677-1696.

### 3.4. Conflits de procédures et Conventions de Bruxelles et de Lugano

M. BERNHEIM, "Rechtshängigkeit und im Zusammenhang stehende Verfahren nach dem Lugano-Übereinkommen", *S.J.Z.*, 1994, 133-144.

S. BERTI, "Gedanken zur Klageerhebung vor schweizerischen Gerichten nach Artikel 21-23 des Lugano-Übereinkommens", in *Recht und Durchsetzung: Festschrift für H. U. Walder zum 65. Geburtstag*, I. MEIER (éd.), Zürich, Schulthess, 1994, 307-321.

H. BOULARBAH, "La notion de 'mêmes parties', condition de la litispendance communautaire", note sous C.J.C.E., 19 mai 1998, *J.T.*, 1998, 774-776.

A. BRIGGS, "How soon is an English Court Seised (Revisited)" *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1994, 470-473.

C. DE MEYER, "Bedenkingen bij het fenomeen van de 'Belgische Torpedo'", *I.R.D.I.*, 1999, 76-84.

B. DUTOIT, "Comment articuler l'article 21 de la Convention de Lugano et l'article 9 al. 2 LDIP en matière de litispendance", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Pouchet*, J. HALDY, J.-M. RAPP et P. FERRARI (éds.), Lausanne, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, 19 e.s.

- M. FRANZOSI, "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *E. I. P. R.*, 1997, 382-385.
- H. GAUDEMET-TALLON, « Litispendance et connexité en droit européen et en droit international : la règle *prior tempore...* », *Dalloz Affaires*, 1996, 474-478.
- R. GEIMER, "English Substituted Service (Service by an Alternative Method) and the Race to the Courthouses", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 205-219.
- U. P. GRUBER, "Die neue 'europäische Rechtshängigkeit' bei Scheidungsverfahren. Zur EG-Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder", *FamRZ.*, 2000, 1129-1135.
- P. HERZOG, "Brussels and Lugano Conventions, Should you Race to the Courthouse or Race for a Judgment?", *Am J. Comp. L.*, 1995, 379-399.
- P. HÜBER, "Neues aus England zu Artt. 21, 22 EuGVÜ", *IPRax*, 1993, 114-118.
- ID., "Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit in England - Ente der Debatte", *IPRax*, 1995, 332-334.
- ID., "Fragen zur Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ - Deutliche Worte des EuGH", *J.Z.*, 1995, 603-611.
- S. ISENBURG-EPPLE, "Grenzen des Ermessens in Art. 21 II des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens vom 27.9.1968", *IPRax*, 1992, 69-71.
- O. KAUFMANN, "Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in den Mitgliedstaaten des Brüsseler / Liganer Übereinkommens : Frankreich", *Forum des internationalen Rechts*, 199, 7-9.
- P. KAYE, "The Date Upon Which An English Court Becomes 'Seised' of Proceedings Under The Brussels Convention : Issue or Service of Process?", *Journal Bus. L.*, 1995, 217-242.
- F. KNOEPFLER et S. OTHENIN-GIRARD, "Naissance de la litispendance : l'articulation de la Convention de Lugano et du droit fédéral (art. 21 CL, 9 LDIP, 136 nCC)", in *Mélanges en l'honneur de C. A. Carnata*, R. RUEDIN (éd.), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1999, 383-396.
- O. LANDO, "Being First. On Uses and Abuses of the Lis Pendens under the Brussels Convention", in *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives. Essays in Honour of L. Palsson*, G. MELANDER (éd.), Stockholm, Norstedts Juridisk, 1997, 105-122.
- H. LINKE, "Ausgewählte Probleme der Rechtshängigkeit und der Urteilsanerkennung" in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*, Cour de Justice des Communautés européennes (éd.), Londres, Butterworths, 1993, 157-168.
- A. L. MALATESTA, "Litispendenza e riconoscibilità di sentenze nella convenzione di Bruxelles del 1968", *R.D.I.P.P.*, 1994, 511-538.
- M.-A. MICHINEL ALVAREZ, "Litispendencia comunitaria : interés idéntico equivale a identidad de partes?", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1998, 1781-1783.
- G. MÖLLER, "The Date Upon which a Finnish and a Swedish Court Becomes Seised for the Purposes of the European Judgment Conventions", in *E Pluribus Unum Liber Amicorum G. L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, A. BORRAS et al. (éds.), Martinus Nijhoff, Den Haag, 1996, 219-233.

- K. OTTE, "Verfahrenskoordination im EuGVÜ. Zur angemessenen Gewichtung von Feststellungs- und Leistungsklage", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 619-641.
- K. OTTE, H. PRÜTTING et H. DEDEK, "The GROTIUS Program: Proposals for Amending Article 21 and 22 of the Brussels Convention", *Eur. Rev. Private L.*, 2000, 257-279.
- K. OTTE, "Verfahrenskoordination und einstweiliger Rechtsschutz bei der Verletzung eines europäischen Patents", note sous LG Düsseldorf, 27 janvier 1998, *IPRax*, 1999, 440-443.
- ID., "Verfahrenskoordination im europäischen Zivilprozessrecht. Zur angemessenen Gewichtung von Feststellungs- und Leistungsklage", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, Beck, 1999, 619-641.
- L. PALSSON, "Lis Pendens under the Brussels and Lugano Conventions", in *Festkrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG et al. (éds.), Iustus Forlag, Uppsala, 1997, 709-722.
- M. PERTEGÁS SENDER, "Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen", in *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Leuven, Acco, 1997, 115-139.
- H. PRÜTTING, "Die Rechtshängigkeit im internationalen Zivilprozessrecht und der Begriff des Streitgegenstandes nach Art. 21. EuGVÜ", in *Gedächtnisschrift für A. Luedderitz*, H. SCHACK (éd.), München, Beck, 2000, 623-633.
- T. RAUSCHER, "Rechtshängigkeit nach dem EuGVÜ", *IPRax*, 1985, 317-321.
- T. RAUSCHER et U. GUTKNECHT, "Teleologische Grenzen des Art. 21 EuGVÜ?", *IPRax*, 1993, 21-24.
- H. RÜRMAN, "Negative Feststellungsklage und Leistungsklage sowie der Zeitpunkt der endgültigen Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ", *IPRax*, 1995, 76-80.
- H. SCHACK, "Rechtshängigkeit in England und Art. 21 EuGVÜ", *IPRax*, 1991, 270-274.
- R. A. SCHÜTZE, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens nach dem EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen", *R.I.W.*, 1975, 78-80.
- M. SIMONS, "Die Identität von Streitgegenstand und Parteien in Art. 21 EuGVÜ", *Forum des internationalen Rechts*, 1996, 61 e.s.
- S. TIENTENTHALER, "Die Streitanhängigkeit nach Art. 21 Lugano-Übereinkommen", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung. Int. Privatrecht und Europarecht*, 1997, 67-76.
- B. VAN DEN BELD, "Connexiteit en litispentie in het EEG-Executieverdrag", in *Leidsche Procesrechtelijke geschriften*, vol. 5, 1990, 1 e.s.
- H. VAN HOUTTE, "Wanneer verliest de Belgische rechter rechtsmacht over de beëindiging van een concessieovereenkomst omdat de zaak bij een andere EEX-rechter aanhangig is?", note sous Comm. Bruxelles, 31 mars 1994, *R.D.C.B.*, 1995, 420-428.
- O. VOGEL, "Der Eintritt der Rechtshängigkeit nach Art. 21 und 22 des Lugano-Übereinkommens", *S.J.Z.*, 1994, 301-309.

C. WOLF, "Rechtshängigkeit und Verfahrenskonzentration nach EuGVÜ", *Eu.Z.W.*, 1995, 365-367.

A. ZEUNER, "Zum Verhältnis zwischen internationaler Rechtshängigkeit nach Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit nach den Regeln der ZPO", *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für G. Lüke zum 70. Geburtstag*, H. Prütting (éd.), München, Beck, 1997, 1003 e.s.

### 3.5. Litispendance et connexité internationale

D. AMMAR, "De la litispendance et de la connexité en droit international privé ou rester aveugle et lier les mains du juge", note sous Cass., 22 juin 1999, *Dalloz Cahier droit des affaires*, 2000, 211 e.s.

P. ARMINJON, "Litispendance et connexité", in *Répertoire de Droit international*, A. DE LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET (éds.), IX, Paris, Sirey, 1931, 9-20.

R. BACCARA, "Litispendance et connexité dans la Convention franco-belge de 1899", *B.J.*, 1935, 33-43.

J. BASEDOW, "Parallele Scheidungsverfahren im In- und Ausland", *IPRax*, 1983, 278-281.

S. BAUMGARTNER, "Related Actions", *ZZP Int.*, 1998, 203-224.

J. BISSON, "L'étranger qui assigne un Français devant un tribunal étranger ne peut plus saisir les tribunaux français de la même demande, alors que le Français a accepté la juridiction étrangère", note sous Caen, 2 juillet 1890, *Pand. fr. pér.*, 90.2.195.

A.S. DE BUSTAMANTE, "La litispendencia ante un tribunal extranjero", *Revista del Foro*, 1895, 245 e.s.

C. CONSOLO, "Profili della litispendenza internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1997, 5-77.

S. CARBONE, "Il Regime Della Litispendenza Nelle Convenzione Dell'Aja E Di Bruxelles", *R.D.I.P.P.*, 1969, 7-22.

M. EKELMANS, "Note sur la litispendance internationale", *R.D.C.B.*, 1993, 1089-1104.

P. FEDOZZI, "La litispendenza nei rapporti di giurisdizioni di Stati diversi e l'azione di divorzio intentata e perfezionata all'estero", *La procedura*, 1898.

G. FINGER, "Ausländische Rechtshängigkeit und inländisches Scheidungsverfahren", *Familie & Recht (FUR)*, 1999, 310 e.s.

G. FLAISCHEN, "L'autorité de la chose jugée et la litispendance internationale en droit international privé", *Reu. dr. int.*, 1896, 665 e.s.

U. FRITZE, "Doppelte Rechtshängigkeit in USA und Deutschland. Eines bemerkenswertes Urteil des United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit", in *Festschrift für Ralf Vieresse zum 70. Geburtstag am 6. November 1995*, J. F. BAUR, R. JACOBS, M. LIEB et P.-C. MÜLLER-GRAFF (éds.), Berlin, Walter de Gruyter, 1995, 241-252.

H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, 122-134.

- R. GEIMER, "Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit und Justizgewährungsanspruch", *N.J.W.*, 1984, 527-530.
- C. GHIARDINI, « La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale », *Riv. dir. internazionale*, 1907, vol. 2, 229-250 et 318-334.
- P. GRIPPO, A. RIVIER et P. FIORE, "La litispendenza ne' rapporti de' Tribunali stranieri", *Rivista di diritto internazionale e di legislazione comparata*, 1898, 263 e.s.
- P. U. GRUBER, "Die ausländische Rechtshängigkeit bei Scheidungsverfahren", *FamRZ.*, 1999, 1563-1568.
- W. J. HABSCHIED, "Bemerkungen zur Rechtshängigkeitsproblematik im Verhältnis der BRD und der Schweiz einerseits und den USA andererseits", in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, H. BERNSTEIN, U. DROBNIG et H. KÖTZ (eds.), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, 109-125.
- ID., "Zur Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RebelsZ.*, 1967, 254-274.
- ID., "Non-licet bei ausländischer Rechtshängigkeit", in *Rechtserhaltung und Rechtsentwicklung Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag*, K. Kuchinke (éd.), München, Beck, 1970, 429-447.
- W. J. HAU, "Rechtshängigkeitsperre durch paralleles Scheidungsverfahren in Tennessee", *IPRax*, 1995, 80-82.
- D. HEINRICH, "Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen", *IPRax*, 1995, 86-89.
- D. HOLLEAUX, "La litispendance internationale", *Travaux Com. Fr. DIP*, 1971-73, 203-230.
- H. HOYER, "Zur Streitanhängigkeit im österreichischen internationalen Zivilprozessrecht", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1969, 241-261.
- A. HUET, "Litispendance et connexité internationales", *Juris-dasseur Droit international*, Paris, 1995, Fasc. 581-43.
- E. JAYME, "La litispendance internationale et le commerce juridique franco-allemand", in *Internationale vertragliche Beziehungen*, Jurist. Fak. Der Univ. Heidelberg (éd.), Gemeinsames Seminar der Jurist Fakultäten von Montpellier und Heidelberg n° 24, Heidelberg, 1993, 31-37.
- E. JAYME, "Rechtshängigkeit kraft Verbunds im Ausland und inländisches gesondertes Unterhaltsverfahren", *IPRax*, 1987, 295-297.
- E. KAISER et M. PRAGER, "Rechtshängigkeit im Ausland nach ausländischem Prozessrecht", *R.I.W.*, 1983, 667-670.
- W. KENNET, "Lis Alibi Pendens. A View from the United Kingdom", in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, 103-126.
- K. D. KERAMEUS, "Rechtsvergleichende Bemerkungen zur internationalen Rechtshängigkeit", in *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, P. GOTTWALD et H. PRÜTTING (éds.), München, 1990, 257-268.
- ID., "Problemi attuali della litispendenza internazionale nel processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, 1001 e.s.

- M. KRUSCHE, "Entgegenstehende ausländische Rechtshängigkeit - Prozessuale Nachteile für deutsche Kläger", *M.D.R.*, 2000, 677-682.
- O. LANDO, "On Uses and Abuses of the Lis Pendens under the Brussels Convention", in *Modern Issues in European Law Nordic Perspectives. Essays in Honour of L. Palsson*, G. MELANDER (éd.), Stockholm, Norstedts Juridisk, 1997, 105-122.
- R. LEDOUX, « Les disparités des traités d'exequatur au sujet de la litispendance », *J.T.*, 1972, 725-726.
- D. LEIPOLD, "Internationale Rechtshängigkeit, Streitgegenstand und Rechtsschutzinteresse - Europäisches und Deutsches Zivilprozessrecht im Vergleich", in *Gedächtnisschrift S. Arens*, D. LEIPOLD (éd.), München, Beck, 1993, 227-249.
- ID., "Vom nationalen zum europäischen Zivilprozessrecht, Rechtshängigkeit, Rechtskraft und Urteilkollision", in *Vom nationalen zum transnationalen Recht*, K. KROESCHELL et A. CORDES (éds.), Heidelberg, Müller Jur. Verlag, 1995, 67 e.s.
- H. LINKE, "Zur Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens vor deutschen Gerichten", *IPRax*, 1982, 229-231.
- ID., "Anderweitige Rechtshängigkeit im Ausland und inländischer Justizgewährungsanspruch", *IPRax*, 1994, 17-19.
- M. A. LUPOI, "Litispendenza internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere in Italia : due normative allo specchio", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, 1215-1270.
- G. LUTHER, "Die Grenzen der Sperrwirkung einer ausländischen Rechtshängigkeit", *IPRax*, 1984, 141-143.
- F. MÄNHARDT, "Die Doppelprozessführung im schweizerisch-österreichischen Verhältnis - Ein Fall zur 'Internationalen Rechtshängigkeit' in Ehescheidungsprozess", in *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht. Festschrift F. Matscher zum 65. Geburtstag*, O. J. BALLON (éd.), Vienne, Manz, 1993, 339-347.
- H.-P. MANSEL, "Inländische Rechtshängigkeitssperre durch ausländische Streitverkündungen", *IPRax*, 1990, 214-216.
- P. NYGH, « Lis Alibi Pendens / Litispendance : Issues and Proposals. A Further Discussion Paper », étude réalisée pour le comité 'O' de l'International Law Association, s.l., s.d., 20 p.
- L. PALSSON, "The Institute of Lis Pendens in International Civil Procedure", *Scand. St. L.*, 1970, 59-108.
- H. H. PHEAR, "De l'exception de litispendance à raison d'une instance pendante devant un tribunal étranger d'après la jurisprudence anglaise", *J.D.I.*, 1891, 459-465.
- T. RAUSCHER, "Ausländische Rechtshängigkeit und Rechtsschutzeinwand", *IPRax*, 1986, 274-277.
- ID., "Rechtshängigkeitseinwand bei belgischem Parallelverfahren", *IPRax*, 1994, 188-191.
- A. SACERDOTI et CH. LYON-CAEN, "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents. Rapport et projet de conclusions présentés au nom de la Commission, Institut de droit international, Sixième commission, Session de Venise", *Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, vol. 15, 1896, 85-98.

- T. SAWAKI, "Battle of Lawsuits : Lis Pendens in International Relations", *Japanese Annual of International Law*, 1979-80, 17-29.
- H. SCHACK, "Widersprechende Urteile : Vorbeugen ist besser als Heilen", *IPRax*, 1989, 139-142.
- ID., "Die Versagung der deutschen internationalen Zuständigkeit wegen forum non conveniens und lis alibi pendens", *RabelsZ.*, 1994, 40-58.
- B. SCHNEIDER, "L'exception de litispendance en droit international privé", in *Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes*, Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève n° 50, Genève, Librairie de l'Université, 1976, 295-315.
- E. SCHUMANN, "Internationale Rechtshängigkeit (Streitanhängigkeit)", *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Verfahrensrecht - Privatrecht*, W. RECHBERGER et al. (éds.), Vienne, Manzsche Verlag, 1986, 301-316.
- R. A. SCHÜTZE, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *N.J.W.*, 1963, 1486-1487.
- ID., "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *N.J.W.*, 1964, 337 e.s.
- ID., "Doppelte Rechtsverfolgung im In- und Ausland", *Der Betrieb*, 1967, 497-499.
- ID., "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *RabelsZ.*, 1967, 233-253.
- ID., "Die Wirkungen ausländischer Rechtshängigkeit im inländischer Verfahren", *Z.Z.P.*, 1991, 136-149.
- I. SCHWANDER, "Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für O. Vogel*, I. SCHWANDER et al (éds.), Fribourg, Universitätsverlag, 1991, 395-418.
- K. D. SCHWEIKERT, "Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens", *N.J.W.*, 1964, 336 e.s.
- K. SIEHR, "Rechtshängigkeit im Ausland und des Verhältnis zwischen staatsvertraglichen sowie autonomen Anerkennungsvorschriften", *IPRax*, 1989, 93-96.
- E. SPIRO, "The Defence of Lis Alibi Pendens", *Comp. Int. L. J. S. Afr.*, 1976, 89-98.
- M. A. VIVEIRA, "La litispendencia en el derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1972, 395-424.
- O. VOGEL, "Auf dem Wege zur Rechtseinheit bei Rechtshängigkeit und materieller Rechtskraft", *Recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*, 1989, 129-138.
- ID., "Rechtsängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis", *S.J.Z.*, 1990, 77-85.
- ID., "Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Rechtsverhältnis", *Revue suisse de jurisprudence/Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1990, 77-85.

C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu Legum Bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kolléijjn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, 502-513.

M. WESER, « Quelques réflexions au sujet de l'arrêt de la Cour de cassation de France du 26 novembre 1974. Importance de l'admission de la litispendance internationale par l'arrêt de la Cour de cassation de France », *J.T.*, 1976, 73-77.

X., "Concurrent proceedings in different countries", *The Solicitors' Journal*, 1892, 341-343.

V. YSEUX, "La litispendance dans les relations internationales", *J.T.*, 1892, et également in *J.D.I.*, 1892, 862-874.

### 3.6. Doctrine du forum non conveniens

A. J. ADRIAN ARNAIZ, "Forum non conveniens y Forum shopping e el sistema comunitario de competencia judicial y ejecucion de sentencias", *R.E.E.*, 1992, 47 e.s.

A. BARMAL et D. ELVIN, "Forum Non Conveniens - Where Do We Go From Here?", *L.Q.R.*, 1985, 48-67.

R. W. BAX, "Forum non conveniens in het Engelse en het Nederlandse recht", *Arts Aequi*, 1998, numéro spécial droit anglo-américain, 458-464.

J. J. DE BOKX, "Forum non conveniens in de V.S. : effectief wapen tegen Nederlandse slachtoffers?", *Advocatenblad*, 1992, 374-378.

P. BEAUMONT, "Conflicts of Jurisdiction in Divorce Cases : Forum non conveniens", *I.C.L.Q.*, 1987, 116-131.

S. BEERNAERT et A. COIBION, "La doctrine du forum (non) conveniens - Réconciliation avec le texte de la Convention de Bruxelles", *J.T.*, 2000, 409-419.

C. BERNASCONI et A. GERBER, "La théorie du forum non conveniens - un regard suisse", *IPRax*, 1994, 3-10.

P. BLAIR, "The Doctrine of Forum non Conveniens in Anglo-American Law", *Colum. L. Rev.*, 1929, 1 e.s.

R. CARO GANDARAR, "Forum non conveniens y Convenio de Bruselas : quiebras de un modelo de atribucion de competencia judicial internacional", *Revista Espanola de Derecho Internacional*, 1995, 55-81.

L. COLLINS, "Forum Non Conveniens and the Brussels Convention", *LQR*, 1990, 535-539.

H. DUINIJER TEBBENS, "The English Court of Appeal in *re Harrods* : an Unwelcome Interpretation of the Brussels Convention", in *Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of C.C.A. Voskuil*, M. SUMAMPOUW et al. (éds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, 47-61.

D. W. DUNHAM et E. F. LADBACH, "Forum Non Conveniens and Foreign Plaintiffs in the 1990's", *Brooklyn J. Int'l L.*, 1999, 665 e.s.



- M. ESPTEIN, "An Examination of the 'Adequacy of the Alternative Forum' Factor in *Forum non conveniens* Determination", in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, 295-310.
- J. J. FAWCETT, "Lis Alibi Pendens and the Discretion to Stay", *M.L.R.*, 1984, 481-486.
- R. FENTIMAN, "Jurisdiction, Discretion and the Brussels Convention", *Cornell Int'l L.J.*, 1993, 59-99.
- H. GAUDEMET-TALLON, "Le 'forum non conveniens', une menace pour la convention de Bruxelles? (A propos de trois arrêts anglais récents)", *R.C.D.I.P.*, 1991, 491-524.
- H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, "L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites. L'arrêt de la Chambre des Lords du 10 avril 1973 (*Atlantic Star c Bona Spes*)", *R.C.D.I.P.*, 1974, 607-624.
- H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, "Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des Lords - Nouveaux développements", *R.C.D.I.P.*, 1979, 697 e.s.
- E. GROFFIER, "La doctrine du forum non conveniens gagne-t-elle du terrain au Québec?", *Revue du Barreau*, 1980, 123 e.s.
- S. GUILLEMARD, A. PRUJINER et F. SABOURIN, "Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois", *Les Cahiers du Droit*, 1995, 913-951.
- O. HATWIEG, "Forum Shopping zwischen Forum non conveniens und 'hinreichendem Inlandsbezug'", *J.Z.*, 1996, 109-118.
- P. HERZOG, "La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : un aperçu", *R.C.D.I.P.*, 1976, 1-41.
- G. HOGAN, "The Brussels Convention, *Forum non conveniens* and the Connecting Factors Problem", *Eur. L. Rev.*, 1995, 471-493.
- J. JACOB, "Choice of Appropriate Court - Forum non Conveniens", *Civil Justice Quarterly*, 1987, 89-94.
- E. JAYME, "Zur Übernahme der Lehre vom 'forum non conveniens' in das deutsche Internationale Verfahrensrecht", *Das Ständesamt, Zeitschrift für Ständesamtwesen*, 1975, 91-94.
- F. K. JUENGER, "Forum Non Conveniens - Who Needs It?", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 317-336.
- W. KENNET, "*Forum non conveniens* in Europe", *Cambridge L.J.*, 1995, 552-577.
- CH. KOHLER, "Staatsvertragliche Bindung bei der Ausübung internationaler Zuständigkeit und rechterliches Ermesse - Bemerkungen zur *Harrods*-Entscheidung des englischen Court of Appeal", in *Festschrift Matscher*, Vienne, 1993, 251-263.
- B. LÖBER, "Forum shopping, forum non conveniens oder schlicht : Justizgewährungsanspruch", *IPRax*, 1986, 283-285.
- J. D. MCCLEAN, "Jurisdiction and Judicial Discretion", *I.C.L.Q.*, 1969, 931-948.
- P. MEYER, "The Jurisdiction of Courts as Affected by the Doctrine of Forum non Conveniens", *Revue du Barreau*, 1964, 565-596.

- P. NORMANDIN, "Les pouvoirs inhérents de la Cour Supérieure et la doctrine du forum non conveniens", *Revue du Barreau*, 1987, 469 e.s.
- P. NYGH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens : the Australian Experience", in J. BASEDOW e.a. (réd.), *Private law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification. Liber amicorum Kurt Siehr*, Den Haag, T. M. C. Asser Press, 2000, 511-526.
- P. NORTH, "La liberté d'appréciation de la compétence (Jurisdictional Discretion) selon la Convention de Bruxelles", in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 373-385.
- M. G. PEACOCK, "Doctrine of Forum non Conveniens in Ontario and Quebec : the Two Solitudes", *Revue du Barreau*, 1987, 111 e.s.
- J. PRAKASH, "Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, T. KEANS SOOD (éd.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, 25-43.
- J. QUEIROLO, "Forum non conveniens e convenzione di Bruxelles : un rapporto possibile?", *R.D.I.P.P.*, 1996, 763-794.
- A. REUS, "Die 'forum non conveniens-doctrine' in Großbritannien und den USA in Zukunft auch im deutschen Prozeß?", *R.I.W.*, 1991, 542-553.
- ID., "Judicial Discretion : a Comparative View of the Doctrine of Forum non Conveniens in the US, UK and Germany", *Loyola L.A. Int'l & Comp. L.J.*, 1994, 455-511.
- D. ROBERTSON, "Forum Non Conveniens in America and England : 'A Rather Fantastic Fiction'", *L.Q.R.*, 1987, 398-422.
- D. ROBERTSON et P. SPECK, "Forum Non Conveniens and Antisuit Injunctions", *Texas.L.Rev.*, 1990, 937-975.
- D. W. ROBERTSON, "The Federal Doctrine of Forum non Conveniens : 'An Object Lesson in Uncontrolled Discretion'", *Texas Int'l. L.J.*, 1994, 353-381.
- B. SCHNEIDER, "Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droits écossais, anglais et américain)", *ReuInt.Dr.Comp.*, 1975, 606-642.
- L. SILBERMAN, "Developments in Jurisdiction and Forum Non Conveniens in International Litigation : Thoughts on Reform and a Proposal for a Uniform Standard", *Texas International Law Journal*, 1993, 501-530.
- A. G. SLATER, "Forum non Conveniens. A View from the Shop Floor", *L.Q.R.*, 1988, 554-575.
- P. SMART, "Lis Alibi Pendens : Staying or Discontinuing English Proceedings", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1990, 326-329.
- L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum Non Conveniens und International Comity. Eine Analyse der US-amerikanischen und englischen Rechtsprechung nach *Gau Shan v Bankers Trust* und *Bardays Bank v Horn*", *R.I.W.*, 1993, 802-809.
- E. SPIRO, "Jurisdiction & Judicial Discretion", *I.C.L.Q.*, 1969, 931-947.

J.-P. VERHEUL, "The Forum (non) Conveniens in English and Dutch Law and Under Some International Conventions", *I.C.L.Q.*, 1986, 413-422.

J. WALKER, "A Tale of Two Fora : Fresh Challenges in Defending Multijurisdictional Claims", *Osgode L. J.*, 1996, 550-582.

R. J. WEINTRAUB, "International Litigation and Forum Non Conveniens", *Texas Int'l. L. J.*, 1994, 321-352.

H. ZHENJIE, "*Forum Non Conveniens* : An Unjustified Doctrine", *N.I.L.R.*, 2001, 143-169.

### 3.7. Les injonctions portant interdiction de procéder

K. ANDERSON, "What Can the United States Learn from English Anti-Suit Injunctions? An American Perspective on Airbus Industries GIE v. Patel", *Yale J. Int'l Law*, 2000, 195-232.

T. D. BAER, "Injunctions against the Prosecution of Litigation Abroad : Towards a Transnational Approach", *Stan. L. Rev.*, 1984-85, 155-186.

H. BAUM, "Inländische Abwehrklagen gegen US-amerikanische Produktsklagen?", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, 185-207.

G. BERMANN, "The Use of Anti-Suit Injunction in International Litigation", *Col. J. Trans.L.*, 1990, 589-631.

S. BERTI, "Englische Anti-Suit Injunctions im europäischen Zivilprozessrecht - A Flourishing Species or a Dying Breed?", in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siehr*, J. BASEDOW et al (éds.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2000, 33-43.

A. BRIGGS, "Restraint of Foreign Proceedings", *Lloyd's MCLQ*, 1987, 391-399.

ID., "The unrestrained reach of an anti-suit injunction : a pause for thought", *Lloyd's MCLQ*, 1997, 90-102.

ID., "Anti-suit Injunctions in a Complex World", *Lex Mercatoria : Essays in International Commercial Law in Honor of Francis Reynolds*, F. D. ROSE (éd.), Londres, LLP, 2000, 219-244.

T. E. BURKE, note sous *Gau Shan Co v Bankers Trust Co*, "What Should be the Role of International Comity in the Issuance of Antisuit Injunctions ?", *N.C.J. Int'l L. & Com Reg.*, 1993, 475 e.s.

P. B. CARTER, *Anti-suit Injunctions in Private International Law*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut n° 368, Europa-Institut Universität des Saarlandes, 1997, 22 p.

E. DUMBAULD, "Judicial Interference with Litigation in Other Courts", *Dickinson L. Rev.*, 1969-70, 369-388.

R. FENTIMAN, "Antisuit Injunctions", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, C. WING CHEONG et al. (éds.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, 44-71.

ID., "Anti-suit Injunctions and the Appropriate Forum", *Cambridge L. J.*, 1997, 46-48.

P. GOTTWALD, "Grenzen Zivilgerichtlichen Massnahmen mit Auslandwirkung", *Festschrift für W. J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6 April 1989*, W. F. LINDACHER et al. (éds.), Verlag E. & W. Gieseking, 1989, 119-130.

T. C. HARTLEY, "Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation", *Am.J.Comp.L.*, 1987, 487-511.

Id., note sous *Continental Bank v Aegean Compania Naviera*, *ELR*, 1994, 549-552.

Id., "Antisuit Injunctions and the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention", *I.C.L.Q.*, 2000, 166-171.

J. HARRIS, "Anti-suit injunctions - a home comfort ? ", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1997, 413-422.

Id., "Restraint of foreign proceedings - the view from the other side of the fence", *Civil Justice Quarterly*, 1997, 283-289.

Id., "Recognition of Foreign Judgments at Common Law - The Anti-Suit Injunction Link", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, 477-498.

W. J. HAU, "Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarungen mittels Prozessführungsverbot im EuGVÜ. Neuer Rechtsprechung des Court of Appeal zu obligation-based antisuit injunctions", *IPRax*, 1996, 44-48.

Id., "Zustellung ausländischer Prozessführungsverbote : Zwischen Verpflichtung zur Rechtshilfe und Schutz inländischer Hoheitsrechte", *IPRax*, 1997, 161-164.

W. KENNET, "Les injonctions *anti-suit*", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, M.-T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, 133-144.

H. KOCH, "Grenzüberschreitendes einstweiliger Rechtsschutz", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, 85-102.

M. LENENBACH, "Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States : Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention", *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, 1998, 257-323.

A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l. L.*, 1997, 314-324.

Id., "Editorial Comment : *Forum Non Conveniens* and Antisuit Injunctions : an Update", *Am J. Int'l. L.*, 1998, 41-43.

S. MALES, "Comity and anti-suit injunctions", *Lloyd's MCLQ*, 1998, 543-553.

H.-P. MANSEL, "Grenzüberschreitende Prozessführungsverbote (antisuit injunction) und Zustellungsverweigerung", *EuZW*, 1996, 335-340.

H. MUIR WATT, "Harcèlement sur harcèlement ne vaut (des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen)", *Reu Gén. Procédures*, 1999, 747-763.

H. NAJARIAN, Note, "Granting Comity its Due : A Proposal to Revise the Comity-Based Approach to Transnational Antisuit Injunctions", *St John's L. Rev.*, vol. 68, 961 e.s.

- N. NELSON, "International Litigation : Trends and Developments/Forum Non-Conveniens, Comity, Antisuit Injunctions and Parallel Proceedings", in *Proceedings of the 90<sup>th</sup> Annual Meeting*, American Society of International Law (éd.), 1997, 62-67.
- E. A. PERRY, "Killing One Bird with One Stone : How the United States Federal Courts Should Issue Foreign Antisuit Injunctions in the Information Age", *Univ Miami Business L. Rev*, 2000, 123-159.
- M. POLONSKY, "Common Principles Project : Anti-Suit Injunctions", *IBA Section on Business Litigation Paper*, Septembre 1999, 12 p.
- B. LÖBER, "Forum shopping, forum non conveniens oder schlicht : Justizgewährungsanspruch", *IPRax*, 1986, 283-285.
- B. RILEY, "Antisuit Injunctions Held Against Suit in a Foreign Country", *Suffolk L. Rev*, 1988, vol. 23, 1234 e.s.
- P. ROGERSON, "English Interference in Greek Affairs", *Cambridge L.J.*, 1994, 241-244.
- L. SALAVA, "Balancing Comity with Antisuit Injunctions", *J. Legis.*, 1994, vol. 20, 267 e.s.
- M. SCHIMEK, "Anti-Suit and Anti-Anti-Suit Injunctions : A Proposed Texas Approach", *Baylor L. Rev*, 1993, vol. 45, 499 e.s.
- P. SCHLOSSER, "Airbus Industrie GIE vs. Patel and others - eine Urteilsanmerkung", *IPRax*, 1999, 115-117.
- J. SCHRÖDER, "The Right Not to Be Sued Abroad", in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, H. J. MUSIELAK et K. SCHURIG (éds.), Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1987, 523-548.
- L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum Non Conveniens und International Comity. Eine Analyse der US-amerikanischen und englischen Rechtsprechung nach *Gau Shan v Bankers Trust* und *Bardays Bank v Hornum*", *R.I.W.*, 1993, 802-809.
- E. STIEFEL et W. PETZINGER, "Deutsche Parallelprozesse zur Abwehr amerikanischer Beweiserhebungsverfahren", *RiW*, 1983, 242-249.
- S. R. SWANSON, "The Vexatiousness of a Vexation Rule : International Comity and Antisuit Injunctions", *Georges Washington J. Int'l. Law & Econ.*, 1996, 1-37.
- R. THOMAS, "Restraining Concurrent Foreign Legal Proceedings", *Lloyd's MCLQ*, 1983, 692-701.
- H. VAN HOUTTE, "A propos des injonctions anti-suit et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, M. - T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, 147-158.
- J.-P. VERHEUL, "Waait de Antisuit Injunction naar het Continent over ?", *N.I.P.R.*, 1989, 221-224.
- A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1997, 237-272.
- J. WILSON, "Antisuit Injunctions", *J.B.L.*, 1997, 424-437.

## 3.8. Actions déclaratoires

A. BELL, "The Negative Declaration in Transnational Litigation", *L.Q.R.*, 1995, 674-695.

L. COLLINS, "The *Marc Rich* Case and Actions for Negative Declarations", in *Essays on International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 274-288.

R. FENTIMAN, "Tactical Declarations and the Brussels Convention", *Cambridge L.J.*, 1995, 261-263.

A. T. VON MEHREN, "The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs : Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and Lis Pendens", *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebenzigsten Geburtstag*, J. BASEDOW, K. J. HOPT et H. KÖTZ (éds.), Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 409-424.

P. WIDMER et B. MAURENBRECHER, "What's Negative about Negative Declarations", in *The International Practice of Law Liber Amicorum for T. Bär and R. Karrer*, P. Vogt (ed.), Basel, Helbing und Lichtenhan, 1998, 263-285.

## 3.9. Conflits de procédures et conventions de juridictions

R. ASARIOTIS, "Antisuit Injunctions for Breach of a Choice of Forum Agreement : A Critical Review of the English Approach", *Yearb. Eur. L.*, 1999-2000, 447-467.

B. BARIN et M.-C. RIGAUD, "Conference Report – Arbitral Tribunals or State Courts – Who must defer to whom ?", *Int'l Law Forum*, 2000, 130-132.

A. BRIGGS, "Jurisdiction Clauses and Judicial Attitudes", *L.Q.R.*, 1993, 382-385.

A. BRIGGS, "Anti-European Teeth for Choice of Court Clauses", *Lloyd's MCLQ*, 1994, 158-163.

L. COLLINS, « Anti-Suit Injunctions Process and Arbitration », in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, Zürich, ASA-IBA, 2001, 85-96.

S. CLAVEL, "Anti-Suit Injunctions et arbitrage", *Reu arbitrage*, 2001, 669-706.

R. FENTIMAN, "Exclusive Jurisdiction and Article 17", in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, 127-160.

M. LIATOWITSCH, "Die Anwendung der Litispendenzregeln von art. 9 IPRG durch Schweizerische Schiedsgerichte : Ein Paradoxon? Überlegungen zu einem Bundesgerichtsentscheid vom 14. Mei 2001 im Lichte von BGE 124 III 83", *Bull. ASA*, 2001, 422-438.

CH. OETIKER, "The Principle of Lis Alibi Pendens in International Arbitration : The Swiss Decision in *Fomento v. Colon* », *Arb. Int'l.*, 2002, 137-145.

D. D. REICHERT, "Problems with Parallel and Duplicate Proceedings : The Litispendence Principle and International Arbitration", *Arbitration Int'l.*, 1992, 237-255.

- P. ROGERSON, "English Interference in Greek Affairs", *Cambridge L.J.*, 1994, 241-244.
- M. SCHERER, "When Should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration?", *Bull. ASA*, 2001, 451-457.
- P. SCHLOSSER, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 1981, 371-393.
- P. SCHLOSSER, « Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom? », in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, Zürich, ASA-IBA, 2001, 15-34.
- M. SCHNEIDER, "Multi-*fora* Disputes", *Arbitration International*, 1990, 101-121.
- P. SCHWEIZER et O. GUILLOD, "L'exception de litispendance et l'arbitrage international", in *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers. Ouverture ou repli?*, F. KNOEPFLER (éd.), Ed. Universitaires Fribourg, 1988, 71-87.
- H. VAN HOUTTE, "May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and the Lugano Convention?", *Arbitration Int'l.*, 1997, 85-92.
- H. VAN HOUTTE, "Parallel proceedings before State Courts and Arbitration Tribunals. Is there a transnational *lis pendens*-exception in arbitration or jurisdiction conventions?", in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, Zürich, ASA-IBA, 2001, 35-54.
- J.-M. VULLIEMIN, "Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger", *Bull. ASA*, 2001, 439-450.

### 3.10. Projet de Convention de La Haye

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *International Jurisdiction and Judgments Project*. Rapport du 14 avril 2000, Philadelphia, American Law Institute, 2000, 65 p.
- A. BUCHER, "Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers", *Semaine Judiciaire*, 2000, II, 77-133.
- C. KESSEDJIAN, "Vers une Convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers", *Uniform Law Review*, 1997, 675-699.
- ID., "L'avant-projet préliminaire de convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matières civile et commerciale", *Int'l L. Forum/Forum Dr. International*, 1999, vol. 1, Nr. 3, 123-125.
- ID., "Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters : the Draft Convention Proposed by the Hague Conference on Private international Law", *Forum Internationale*, n° 26, 43-65.
- A. T. VON MEHREN, "Recognition of United States Judgments Abroad and Foreign Judgments in the United States : Would an International Convention Be Useful?", *RebelsZ.*, 1993, 449-459.
- ID., "The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *RebelsZ.*, 1997, 86-92.

ID., "The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse – A Diagnosis and Guidelines for a Cure", *IPRax*, 2000, 465-468.

ID., "La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir?", *R.C.D.I.P.*, 2001, 85-99.

R. WAGNER, "Die Bemühungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht um ein Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und ausländische Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Ein Sachstandsbericht nach dem 1. Teil der Diplomatischen Konferenz", *IPRax*, 2001, 533-547.

#### 4. Documents officiels : Conférence de La Haye pour le droit international privé

Bureau Permanent, Rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, Genève, 1er février 2001, Document préliminaire n° 13.

C. KESSEDJIAN, *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, Ottawa, 28 février au 1er mars 2000, Document préliminaire n° 12.

F. POCAR et P. NYGH, Rapport de la Commission spéciale, Document préliminaire n° 11.

C. KESSEDJIAN, *Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 10, octobre 1998, 54 p.

C. KESSEDJIAN, *Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 9, juillet 1998, 47 p.

C. KESSEDJIAN, *Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 8, novembre 1997, 65 p.

C. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, 112 p. et annexes.

BUREAU PERMANENT, "Some Reflections of the Permanent Bureau on a General Convention on Enforcement of Judgments", Hague Conference on Private International Law, *Acts and Proceedings of the Seventeenth Session*, I, The Hague, SDU Publishers, 1995, pp. 231-242.

BUREAU PERMANENT, "Conclusion of the Working Group meeting on Enforcement of Judgments", Hague Conference on Private International Law, *Acts and Proceedings of the Seventeenth Session*, I, Miscellaneous matters – Centenary, The Hague, SDU Publishers, 1995, pp. 257-265.

BUREAU PERMANENT, "Conclusion of the Special Commission of June 1994 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters", document préliminaire n° 1 d'août 1994, Conférence de La Haye pour le droit international privé, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, I, Matières diverses, La Haye, SDU Publishers, 1999, pp. 62-69.



BUREAU PERMANENT, « Conclusions de la deuxième réunion de la Commission Spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. Préliminaire n° 12, août 1996, *Actes et Documents de la Dix-huitième Session*, I, Matières Diverses, SDU, La Haye, 1999, 184-194.

Conclusions de la deuxième réunion de la Commission Spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Bureau Permanent, Doc. Préliminaire n° 12, août 1996, *Actes et Documents de la Dix-huitième Session*, I, Matières Diverses, SDU, La Haye, 1999, (184), 188

Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de Droit International Privé, "Note sur la question du *forum non conveniens* dans la perspective d'une convention double sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements", Document préliminaire No. 3 d'avril 1996 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, 19 p. plus annexes et *addenda*.

