

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^{ème} éd., Paris, Economica, 1997, 944 p.
- H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, I, 8^{ème} éd., 1993, 656 p. ; II, 7^{ème} éd., 1983, 692 p.
- G. B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, 3^{ème} 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^{ème} 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 XIVth 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^{ème} 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^{ème} 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^{ème} 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^{ème} 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
Chapitre 2 : vers un renforcement de l'autonomie de la volonté	183
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
Synthèse de la première partie	229
Deuxième Partie	232
Le règlement des conflits de procédures	232
Introduction	233
Titre I	234
La contrainte et l'indifférence : deux solutions à rejeter	234
Introduction	235
Chapitre I	236
Le règlement des conflits de procédures par la contrainte	236
Introduction	237
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 ^{ème} 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 ^{ème} siècle : l'avancée progressive de la coordination	425
B.	La litispendance au 21 ^{ème} 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 ^{ème} 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	Le fondement de la déférence	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 ^{ème} 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 :	La chronologie procédurale nuancée	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 similaires¹ et qui sont portées devant les tribunaux de deux ou plusieurs pays.² Comme on l’a fait remarquer,³ 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,⁴ 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.⁵

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.⁶ Pour la même raison nous ferons l’impasse sur les conflits qui peuvent opposer des procédures portées

¹ 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.

² *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 (“*zweihöchlichen 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”).

³ 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).

⁴ 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’.

⁵ 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^{ème} 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.

⁶ 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.⁷ 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,⁸ 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.⁹

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 compétence¹⁰ 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

⁷ 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>). 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.¹¹ 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.¹²

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.¹³ 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,¹⁴ 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

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

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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 suscité 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.¹⁵ Les demandeurs, dont aucun n'avait de lien particulier avec le Texas,¹⁶ 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.¹⁷

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".¹⁸ Pour un litige donné, les parties pourront par exemple solliciter les tribunaux du domicile ou de l'établissement d'un des adversaires, le

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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,¹⁹ offre à la victime depuis une récente modification le choix entre pas moins de 5 fors différents.²⁰ 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.²¹ 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 !²²

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.²³

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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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^{ème} 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^{ème} 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.

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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*".²⁴ 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.²⁵ On a en outre vu ces dernières années apparaître des ouvrages²⁶ 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.²⁷

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,²⁸ 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,²⁹ a déjà été largement étudié.³⁰ 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.³¹

²⁴ 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").

²⁵ 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.

²⁶ 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^{ème} 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".

²⁷ 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").

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

²⁹ 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").

³⁰ 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 limites 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.

³¹ 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 *Spliliada*: "I suspect that what I am in fact deciding is not where the *Spliliada* 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.³² 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.³³ 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.³⁴ 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.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ 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.³⁵ 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 !³⁶ – 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.³⁷ Le pouvoir d'attraction de la justice américaine,³⁸ explique pourquoi bien des plaideurs mettent à profit la concurrence des règles de compétence pour saisir un tribunal américain.

³⁵ P. ex. CHESHIRE et NORTH, 1999, 773-776.

³⁶ *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.

³⁷ 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. (4th) 96, où ce sont les mêmes tribunaux texans qui ont attiré les justiciables canadiens.

³⁸ 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 Matuszewich*, 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 YOUNG, « 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.³⁹ 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.⁴⁰

Dans l'hypothèse particulière où les procédures concurrentes⁴¹ sont l'œuvre d'une seule et même partie,⁴² 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*.⁴³ 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.⁴⁴ La tentative de l'entreprise canadienne de dévier le débat vers

³⁹ *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.).

⁴⁰ Au Texas : *Castanho v Jackson Marines, Inc.*, 484 F. Supp. 201 (E.D. Texas 1980), *aff'd*, 650 F.2d 546 (5th 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.

⁴¹ 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).

⁴² 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.

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

⁴⁴ *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.⁴⁵

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.⁴⁶ 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.⁴⁷

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.⁴⁸ 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.⁴⁹

⁴⁵ 552 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).

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

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

⁴⁹ 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.⁵⁰ 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.⁵¹ 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”.⁵²

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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.*

⁵² 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.⁵³ 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.⁵⁴ 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.⁵⁵

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.⁵⁶ Les litiges relatifs à la désunion du couple⁵⁷ sont ainsi propices à l'apparition de procédures concurrentes.⁵⁸ 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,⁵⁹ les suites d'accidents d'avion, d'hélicoptères ainsi que les collisions de navires.⁶⁰ 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 [...]”).

⁵³ 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.

⁵⁴ 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).

⁵⁵ 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.

⁵⁶ *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.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.).

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

⁶⁰ 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.⁶¹ 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 [...]"⁶².

Il reste encore à déterminer si le phénomène du concours de procédures, rarement étudié en droit interne,⁶³ 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,⁶⁴ 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.⁶⁵ Si l'absence de données statistiques précises incite toutefois à une certaine prudence,⁶⁶ on ne peut nier que les conflits de procédures font partie du

⁶¹ 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. *Acharntage 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).

⁶² 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 [...]"

⁶³ 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.

⁶⁴ 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").

⁶⁵ A titre d'exemple, on se rappellera les observations de A.-M. SLAUGHTER parues in "40th 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 arris*, Paris, L.G.D.J., 1976, (11), 13-20.

⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ 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.⁶⁹ Ces règles reposent sur un postulat d'évidence, à savoir la nécessité d'éviter les conflits de procédures.⁷⁰

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.

⁶⁷ 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).

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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.⁷¹ 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 [...]".⁷² 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.⁷³

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.⁷⁴ Décrivant les principes applicables selon lui pour la "résolution des conflits entre juridictions",⁷⁵ 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".⁷⁶ 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",⁷⁷ 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*".⁷⁸ C'est pourquoi la solution adoptée dans cette tradition "*ne peut et ne vise pas à éviter tous les conflits entre juridictions*".⁷⁹

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

⁷¹ 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.

⁷² 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.

⁷³ 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.

⁷⁴ *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.).

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

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem* : "self-denying ordinance".

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

⁷⁹ *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,⁸⁰ 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,⁸¹ 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,⁸² 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*,⁸³ 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 constat⁸⁴ n'emporte aucune conclusion sur la nécessité de remédier à ces conflits.

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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.

⁸² V. p. ex. le dictum du juge Sopinka de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Amchem*, 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" (*Amchem 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).

⁸³ Le contexte dans lequel on été émises 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 *Mecklenmedia 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 [...]").

⁸⁴ Que Lord Goff partage, v. ses observations dans l'affaire *de Dampierre*, 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 »⁸⁵ 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.⁸⁶ 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".⁸⁷ 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 solutions⁸⁸ est l'idéal vers lequel doit tendre le droit international privé.⁸⁹ 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"⁹⁰

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).

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ *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").

⁸⁸ 'Entscheidungsinklang', 'Gesetzesharmonie' ou 'Konfliktsminimierung' selon la terminologie allemande.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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.⁹¹ 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".⁹² 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.⁹³

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,⁹⁴ sur les règles de rattachement permettant de localiser les rapports de droit.⁹⁵ 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.⁹⁶ 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.

⁹¹ 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.

⁹² 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".

⁹³ 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).

⁹⁴ 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".

⁹⁵ 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").

⁹⁶ 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.⁹⁷

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

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.¹⁰¹ Ce risque est même quasiment

⁹⁷ Il faut à ce titre saluer la tentative de M. Picone de dépasser la vision *abstruite* 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.

⁹⁸ 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 [...]"

⁹⁹ 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^{ème} 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. *Adde* 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.

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ 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").

inévitable, 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.¹⁰² 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.¹⁰³ 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 ?¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ Bref elle met en péril la sécurité juridique et l'efficacité de la protection que le droit est censé apporter.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ Il faut donc admettre que le risque d'aboutir à des décisions contradictoires n'est pas une conséquence *nécessaire* du conflit de procédures.¹⁰⁹ Elle n'en reste pas moins une possibilité pour le moins peu attrayante.

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

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

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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 gemächlich 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").

¹⁰⁶ 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).

¹⁰⁷ 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").

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

¹⁰⁹ 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”.¹¹⁰

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’.¹¹¹

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.¹¹² Un Etat qui opte pour la

¹¹⁰ 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).

¹¹¹ 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.

¹¹² 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.¹¹³

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".¹¹⁴ 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.¹¹⁵ 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*,¹¹⁶ il se contente de poser certaines exigences de qualité pour la solution de droit positif, sans en dessiner les contours de façon précise.¹¹⁷ S'il justifie l'hostilité aux conflits de procédures, l'idéal savignien d'harmonie reste muet sur la méthode à adopter pour les résoudre.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ 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).

¹¹⁶ 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".

¹¹⁷ 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*¹¹⁸ - 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.¹¹⁹ On reconnaît aujourd'hui généralement que le droit international privé se caractérise par une pluralité de méthodes.¹²⁰ Le primat de la règle de conflit bilatérale,¹²¹ 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.¹²² 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.

¹¹⁸ E. RABEL, *op. cit.*, 1958, 11.

¹¹⁹ Il n'est plus besoin de rappeler les critiques 'sociales' du modèle savignien. Parmi les études classiques, on retiendra K. ZWEIGERT, "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.

¹²⁰ 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.

¹²¹ 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.

¹²² 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.¹²³

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.¹²⁴ 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'.¹²⁵ 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.¹²⁶ Bref l'harmonie des solutions n'est pas la clé de voûte des relations internationales privées.¹²⁷

¹²³ 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.

¹²⁴ 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".

¹²⁵ 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. Beuahrung 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.

¹²⁶ *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).

¹²⁷ 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.¹²⁸

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.¹²⁹ C'est pourquoi cet auteur propose de substituer à l'harmonie l'objectif plus modeste de *coordination* des systèmes juridiques.¹³⁰ 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".¹³¹ Comme le fait remarquer M. Bucher, la coordination n'est pas moins pertinente pour le conflit de juridictions.¹³²

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.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ H. BATIFFOL, *ac.*, 1956, 213, n° 96.

¹³⁰ *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.

¹³¹ 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).

¹³² 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".¹³³ Les conflits de procédures provoquent un dédoublement de travail pour les instances judiciaires concernées ainsi qu'une augmentation des coûts pour les parties.¹³⁴ 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".¹³⁵ 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.¹³⁶

¹³³ 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^{ème} 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)).

¹³⁴ 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.

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

¹³⁶ 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 justice¹³⁷ 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.¹³⁸ 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.¹³⁹

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".¹⁴⁰ 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.¹⁴¹ Or, comme on l'a remarqué, l'économie judiciaire ne perd rien de sa force sur le plan international.¹⁴²

¹³⁷ 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.

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ 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").

¹⁴¹ 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.

¹⁴² 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 Taruffo, 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.¹⁴³

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.¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵

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.¹⁴⁶ 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.

¹⁴³ 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).

¹⁴⁴ E. RIEZLER, *ac*, 1949, 452, n° 46 pose cette question.

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ 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,¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹

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

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ 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..

¹⁴⁹ 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".¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ 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.¹⁵² 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.¹⁵³ 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

¹⁵⁰ 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.

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

¹⁵² 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.

¹⁵³ 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.¹⁵⁴ On verra par la suite que l'argument de l'abus de droit - dans ses multiples variantes¹⁵⁵ - 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,¹⁵⁶ 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.¹⁵⁷

21. **Argument subsidiaire (suite) - le bon voisinage interétatique** - Enfin les conflits de procédures pourraient selon M. HAU menacer les bonnes relations entre Etats.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹ Il faut cependant reconnaître que les conflits ouverts

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ 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*').

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ En ce sens, W. HAU, 54, qui suggère une certaine réserve.

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ 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.¹⁶⁰ Au contraire, comme le constate M. Kegel, les Etats ne manifestent que peu d'intérêt pour les relations privées internationales.¹⁶¹ 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".¹⁶² Cette analyse est d'ailleurs partagée par la majorité des auteurs – toutes juridictions confondues –, même si c'est bien souvent sans autre motivation.¹⁶³ 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".¹⁶⁴ 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".*¹⁶⁵

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).

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ 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").

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

¹⁶³ 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").

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

¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷ 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

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ 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,¹⁶⁸ à l'indépendance des ordres juridiques nationaux.

A défaut d'autorité supranationale,¹⁶⁹ 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 Bruxelles¹⁷⁰ et de Bruxelles II, ainsi que les règlements qui les remplacent – sans oublier la Convention de Lugano¹⁷¹ – 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.¹⁷²

¹⁶⁸ 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^{ème} 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^{ème} siècle, v. les réflexions de N. HATZIMIHAIL, *l.c.*, *Ann. Anciens Académie La Haye*, 2000, (57), 63-63.

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

¹⁷⁰ 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).

¹⁷¹ 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.

¹⁷² 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.¹⁷³ 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.¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵ 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”.¹⁷⁶

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.¹⁷⁷ 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!).

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ P. MAYER, 1998, 282, n° 434.

¹⁷⁷ 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.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹

C'est ici que la méthode comparative, dont M. *Batiffol* écrivait qu'elle est "postulée au fond par le caractère international des relations étudiées",¹⁸⁰ 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 ».¹⁸¹

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

¹⁷⁸ 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^{ème} 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*.

¹⁷⁹ 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.)

¹⁸⁰ *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.

¹⁸¹ BATIFFOL et LAGARDE, I, 1993, 35, n° 23.

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

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”.¹⁸⁴ 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

¹⁸² 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.

¹⁸³ 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.

¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵ 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*'.¹⁸⁶

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

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷ 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.¹⁸⁸ 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.¹⁸⁹ 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

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ 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.¹⁹⁰ 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.¹⁹¹ 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.¹⁹²

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".¹⁹³

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.¹⁹⁴ Cette législation ne prévoyait pas encore de disposition particulière visant les conflits de procédures, les occasions de

¹⁹⁰ 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^{ème} 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.

¹⁹¹ 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).

¹⁹² 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.

¹⁹³ 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".

¹⁹⁴ Il s'agissait du *Matrimonial Causes Act* de 1950.

conflit n'étant pas encore légion.¹⁹⁵ Il en alla autrement en 1973 lorsque le législateur ouvrit plus largement les portes des prétoires anglais.¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷

Cet élargissement sensible de la compétence du juge anglais n'était pas sans augmenter le risque de voir apparaître des conflits positifs de compétence.¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹ 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*.²⁰⁰ Elle illustre de façon éclairante le lien entre les règles de compétence et les conflits de procédures.²⁰¹

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.²⁰² Alors que les premiers projets prévoyaient encore des mécanismes destinés à trancher

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ 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').

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ *Infra*, n° 410 e.s.

²⁰¹ 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.

²⁰² 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,²⁰³ 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.²⁰⁴ 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.²⁰⁵

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.²⁰⁶ 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.²⁰⁷

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,²⁰⁸ mais bien qu'une règle de compétence, qu'elle émane d'un Etat ou qu'elle

²⁰³ 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.

²⁰⁴ 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.

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ 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.

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ 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.²⁰⁹ 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.²¹⁰ 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.²¹¹ La valeur de l'exclusivité se limite donc à une règle de compétence indirecte.²¹²

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.²¹³ A ce titre on peut dire que la plupart des règles de compétence sont 'unilatérales'.²¹⁴

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.

²⁰⁹ 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.

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

²¹¹ 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 ».

²¹² 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.

²¹³ 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.

²¹⁴ 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.²¹⁵ On pourrait même dire que le choix qui s'offre aux parties est plus grand dans l'ordre international que dans l'ordre interne.²¹⁶ 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.²¹⁷

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.²¹⁸ Cette détermination est d'une importance capitale pour les parties.²¹⁹ Elle ne l'est pas moins pour l'ordre juridique concerné.

²¹⁵ 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.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ 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.

²¹⁸ 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.

²¹⁹ *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.²²⁰ 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.²²¹ Il y va de la possibilité même de pouvoir influencer directement la résolution des espèces internationales.²²²

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.²²³ 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

²²⁰ 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.

²²¹ *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.

²²² 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.

²²³ 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 [...]".²²⁴ 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,²²⁵ à savoir l'antinomie entre l'aspiration internationale de la matière et l'origine le plus souvent nationale des règles qui la constituent.²²⁶ 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.²²⁷

²²⁴ 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.

²²⁵ 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.

²²⁶ 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. *Aide* 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.

²²⁷ 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.²²⁸ 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.²²⁹ 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.²³⁰

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.²³¹ De l'avis général, la décision de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire *Lotus* n'a pas, loin s'en faut,

²²⁸ 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.

²²⁹ 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.

²³⁰ L'avènement d'un positivisme strict au 20^{ème} 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.

²³¹ 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.²³² Dans cette affaire la Cour semble avoir laissé la bride longue aux Etats.²³³ 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.²³⁴

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.²³⁵ On peut certes distinguer des nuances dans ce consensus général.²³⁶ 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.²³⁷ D'autres auteurs, et notamment les

²³² 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. RIGAUX, « Rapport provisoire sur la compétence extraterritoriale des Etats », *Ann. Institut Droit International*, vol. 68, 1998, (507), 514).

²³³ 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).

²³⁴ 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.

²³⁵ 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.

²³⁶ 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).

²³⁷ 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.²³⁸ 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”.²³⁹

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”,²⁴⁰ à un résultat globalement similaire.²⁴¹ 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”.²⁴² 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”.²⁴³

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”).

²³⁸ 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.

²³⁹ 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).

²⁴⁰ C. MCLACHLAN, *loc. cit.*, *Ann. La Haye Dr. International*, 1993, 140.

²⁴¹ 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.

²⁴² *Idem*, 548, n° 81.

²⁴³ P. MAYER, 1998, 17, n° 27.

tribunaux.²⁴⁴ 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.²⁴⁵ 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".²⁴⁶

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,²⁴⁷ à la nécessité de l'existence d'un "lien d'une certaine intensité" entre l'Etat et la situation visée²⁴⁸ ou encore à l'exigence du respect d'un lien "substantiel" ou "significatif".²⁴⁹

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

²⁴⁴ 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.

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

²⁴⁶ *Idem*, 572, n° 105.

²⁴⁷ 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").

²⁴⁸ 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".

²⁴⁹ 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.²⁵⁰ 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.²⁵¹

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.²⁵²

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.²⁵³ 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

²⁵⁰ 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.

²⁵¹ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, 1997, 246-250.

²⁵² 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").

²⁵³ 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.²⁵⁴ 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.²⁵⁵ On a pu critiquer l'évidence axiomatique qui entoure l'idée de limites 'raisonnables' à la compétence de l'Etat.²⁵⁶ 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.²⁵⁷ L'exigence du lien minimum, dont on a pu dire qu'elle s'apparentait à un « brouillard inutilisable en pratique », ²⁵⁸ 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*.²⁵⁹ On va voir que

²⁵⁴ 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").

²⁵⁵ 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.

²⁵⁶ 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.

²⁵⁷ 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).

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ 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.²⁶⁰

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".²⁶¹ 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.²⁶²

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 Age²⁶³ aux récents règlements européens en passant par les nombreuses conventions bilatérales qui ont émaillé le 20^{ème} siècle,²⁶⁴ 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

²⁶⁰ 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.

²⁶¹ 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.

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

²⁶³ 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.

²⁶⁴ 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.²⁶⁵

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,²⁶⁶ 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.²⁶⁷

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.²⁶⁸ 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

²⁶⁵ 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.

²⁶⁶ 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.

²⁶⁷ 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.

²⁶⁸ 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”.²⁶⁹

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.²⁷⁰ 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,²⁷¹ par le caractère obligatoire et exclusif des privilèges de juridiction institués par les articles 14 et 15 du Code civil.²⁷² 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.²⁷³ Les Etats parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano recouvrent la même liberté dans cette hypothèse.²⁷⁴ De plus, on sait depuis l'arrêt *van Uden* qu'il est loisible aux tribunaux des

²⁶⁹ 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.

²⁷⁰ 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.

²⁷¹ 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.

²⁷² 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.

²⁷³ Rapport Pocar-Nygh, 76.

²⁷⁴ 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.²⁷⁵

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".²⁷⁶ 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.

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

²⁷⁶ 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.²⁷⁷ 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'.²⁷⁸ 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.²⁷⁹ La doctrine allemande²⁸⁰ et étrangère²⁸¹ 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 européen²⁸² ainsi que des accords de La Haye.²⁸³ 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.²⁸⁴ De même, la Cour fédérale allemande a-t-elle dans l'arrêt *Muduroglu* limité la possibilité d'invoquer le

²⁷⁷ 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.

²⁷⁸ 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 !

²⁷⁹ 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.

²⁸⁰ 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.

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

²⁸² Art. 3. Convention de Bruxelles.

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

²⁸⁴ 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.²⁸⁵ 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.²⁸⁶

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.²⁸⁷ 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.²⁸⁸ 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.²⁸⁹

²⁸⁵ 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.

²⁸⁶ 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).

²⁸⁷ 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.

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ 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*.²⁹⁰ 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*.²⁹¹ 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.²⁹² 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.²⁹³ Le résultat est cependant le même.²⁹⁴

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*,²⁹⁵ 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.²⁹⁶

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

²⁹⁰ *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.

²⁹¹ *Infra*, n° 52 sur cette théorie.

²⁹² 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.

²⁹³ 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.

²⁹⁴ 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.

²⁹⁵ 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").

²⁹⁶ 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.²⁹⁷ 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.²⁹⁸

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.²⁹⁹ 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^{ème} siècle, qui traduisaient une attitude frileuse indigne de cette nation marchande.³⁰⁰ 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

²⁹⁷ 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).

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

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ 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.³⁰¹ Les règles de compétence internationale, encore largement tributaires de la tradition française, étaient jusqu'à récemment restées fort peu développées.³⁰² Fort heureusement, le nouveau Code fait table rase de ce passé peu glorieux, du moins en ce qui concerne les règles de compétence.³⁰³ 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.³⁰⁴ 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.³⁰⁵

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.³⁰⁶ Déjà dans la 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".³⁰⁷ Le souci d'une certaine harmonie internationale explique ensuite la définition retenue pour cette disposition du concept de

³⁰¹ 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^{ème} éd., Groningen, Wolters-Noordhoff, 2000, 257-266.

³⁰² 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^{ème} éd., Groningen, Wolters-Noordhoff, 1995, 237-251. On lira également avec fruit C. C. A. VOSKUIL, *De internationale bewegelijkheid van de Nederlandse rechter, in het bijzonder in zaken van echtscheidingen en alimentatie*, Amsterdam, Scheltema & Halkema, 1962, 228 p.

³⁰³ 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 bewegelijkheid 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.

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

³⁰⁵ 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.

³⁰⁶ MvT, 24-25.

³⁰⁷ 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".³⁰⁸ 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.³⁰⁹ Dorénavant il faudra dès lors démontrer l'existence aux Pays-Bas de la résidence *habituelle* du défendeur.³¹⁰

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.³¹¹ Le rapport explique simplement qu'il s'agissait d'un for "généralement considéré comme exorbitant".³¹² 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.³¹³ Le *forum actoris* conserve toutefois sa valeur dans le contentieux familial.³¹⁴ 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.³¹⁵

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

³⁰⁸ 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.

³⁰⁹ 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".

³¹⁰ 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.

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

³¹² MvT, 29. V. aussi L. STRIKWERDA, "Drie fora : forum actoris, forum necessitatis en forum non conveniens", 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, (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.

³¹³ 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!

³¹⁴ 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.

³¹⁵ 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,³¹⁶ vise encore une fois à éviter le reproche d'une revendication trop étendue de compétence.³¹⁷ 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))³¹⁸ 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'.³¹⁹

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.³²⁰

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.³²¹ En outre il est sans doute utopique ou du moins prématuré de souhaiter la disparition de tous les chefs de compétence réputés exorbitants : enracinés

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

³¹⁷ 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).

³¹⁸ 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".

³¹⁹ MvT, 43-44.

³²⁰ 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.

³²¹ 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,³²² 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.³²³ 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.³²⁴

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).

³²² 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.

³²³ *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 ».

³²⁴ 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 ³²⁵

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*,³²⁶ 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.³²⁷ 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,³²⁸ 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.³²⁹

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*.³³⁰ 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*,³³¹ dans l'arrêt *Pennoyer*.³³²

³²⁵ 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).

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

³²⁷ 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.

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

³²⁹ 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.

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

³³¹ 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^{ème} amendement de la Constitution.³³³ 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".³³⁴

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.³³⁵ 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.³³⁶

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*.³³⁷

³³² 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".

³³³ 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^{ème} amendement qui s'adresse aux tribunaux fédéraux et le 14^{ème} amendement, qui vise les procédures devant les tribunaux des Etats.

³³⁴ 326 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'".

³³⁵ 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.

³³⁶ 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. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987, 143-144, n° 236-237.

³³⁷ 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".³³⁸

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.³³⁹ 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.³⁴⁰ Le concept de lien suffisant opère alors non seulement comme limite aux revendications de compétence, mais également comme la fondation de toute revendication.³⁴¹

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".³⁴² La Cour a dans le même

³³⁸ *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.

³³⁹ 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.

³⁴⁰ 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).

³⁴¹ *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").

³⁴² 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.³⁴³

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,³⁴⁴ 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,³⁴⁵ le principal reproche formulé à l'encontre de la jurisprudence américaine est l'*incertitude* à laquelle elle a conduit.³⁴⁶

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*',³⁴⁷ '*reasonableness*'³⁴⁸ ou

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

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

³⁴⁴ 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.

³⁴⁵ 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 'Versteinering', 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).

³⁴⁶ 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.

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

³⁴⁸ *World Wide Volkswagen* 444 U.S. 286, 292 (1980).

encore *'foreseeability'*.³⁴⁹ 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.³⁵⁰ 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.³⁵¹ 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".³⁵² Au-delà de la boutade, le sentiment de désarroi n'est pas moins réel et partagé par d'autres tribunaux.³⁵³

³⁴⁹ *Shaffer v Heitner*, 433 U.S. 186, 216 (1977).

³⁵⁰ 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.

³⁵¹ 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 *Id.*, *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").

³⁵² *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").

³⁵³ 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.³⁵⁴ 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.³⁵⁵ 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".³⁵⁶ 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 !³⁵⁷

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.³⁵⁸

³⁵⁴ R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 4^{ème} ed., Mineola, Foundation Press, 2001, 186-189.

³⁵⁵ 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".

³⁵⁶ *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".

³⁵⁷ *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".

³⁵⁸ 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.³⁵⁹

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 équitable³⁶⁰ 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.³⁶¹ 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.³⁶²

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 critique³⁶³ pour formuler des propositions de réforme.³⁶⁴

³⁵⁹ 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).

³⁶⁰ 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").

³⁶¹ 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".

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

³⁶³ 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*.

³⁶⁴ 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.³⁶⁵ 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.³⁶⁶ En définitive, la constitutionnalisation de la question de la compétence a certainement contribué à lui donner un certain éclat.³⁶⁷ 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.³⁶⁸ Cette réflexion se situe dans le

Ca. 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) ("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 [...]").

³⁶⁵ 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.

³⁶⁶ 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.

³⁶⁷ 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 ».

³⁶⁸ 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, Manzschke, 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, Manzschke, 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.³⁶⁹ 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.³⁷⁰ 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".³⁷¹

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).

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

³⁷⁰ *Idem*, 156, n° 159.

³⁷¹ *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.³⁷²

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.³⁷³ 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.³⁷⁴ L'existence d'un abus devrait être examinée à la lumière des liens entre le for et les parties.³⁷⁵ 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.³⁷⁶

³⁷² 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.

³⁷³ 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.

³⁷⁴ 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. Hendeel zum 70. Geburtstag*, W. GERHARDT (éd.), Berlin, de Gruyter, 1995, 593 e.s.

³⁷⁵ *Idem*, 80.

³⁷⁶ 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 [...] Rechtsprechung 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.³⁷⁷ 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.³⁷⁸

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.³⁷⁹ 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.³⁸⁰

Après avoir expliqué comment la Cour Suprême américaine³⁸¹ s'était fondée sur la clause du 'due process' pour reconstruire les règles de compétence en vigueur aux Etats-Unis,³⁸² M. Schlosser s'est proposé de soumettre les règles de compétence utilisées en Europe à un examen fondé sur les libertés fondamentales.³⁸³ 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 nationalité³⁸⁴ ou encore sur le for du patrimoine.³⁸⁵ 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).

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

³⁷⁸ *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.

³⁷⁹ 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).

³⁸⁰ 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.

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

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

³⁸³ 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).

³⁸⁴ *Id.*, 23-24.

³⁸⁵ *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.³⁸⁶ 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.³⁸⁷ 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.³⁸⁸ 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.³⁸⁹

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.³⁹⁰ 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,

³⁸⁶ Id., 28-33.

³⁸⁷ Id., 30-31.

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

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

³⁹⁰ 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*³⁹¹ ou encore la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères.³⁹² 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.³⁹³ 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.³⁹⁴ 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.³⁹⁵

³⁹¹ 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.

³⁹² 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 Kronbacher 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.

³⁹³ 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").

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

³⁹⁵ 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.³⁹⁶ 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.³⁹⁷ 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,³⁹⁸ se pose la question de la nature de l'éventuelle *sanction* d'une violation de ce droit fondamental.³⁹⁹

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.⁴⁰⁰ 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.⁴⁰¹ Si elle propose une autre solution inspirée de la technique du *forum non conveniens*,⁴⁰² 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).

³⁹⁶ 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.

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

³⁹⁸ 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.

³⁹⁹ 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.

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

⁴⁰¹ 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, "Stoicien met verbintenissen, worstelen met art. 5 sub 1 EEX-Verordening", *W.P.N.R.*, 2002, n° 6485, 301-302.

⁴⁰² 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 Bruxelles⁴⁰³ ou au minimum une intervention de la Cour de Justice dans le cadre de sa mission d'interprétation des règles européennes.⁴⁰⁴ 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.⁴⁰⁵

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,⁴⁰⁶ ce qui a permis notamment en Allemagne⁴⁰⁷ ainsi qu'en Italie⁴⁰⁸ la neutralisation de règles de

⁴⁰³ 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, 20001, 127-128).

⁴⁰⁴ CH. CHALAS, 2001, 437, n° 493.

⁴⁰⁵ BVerfG, 4 mai 1971, *BriefGE.*, 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.

⁴⁰⁶ 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. RIGAUD, "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.

⁴⁰⁷ 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.⁴⁰⁹ Depuis lors l'attention s'est progressivement détournée des normes constitutionnelles pour porter plus généralement sur les droits de l'homme.⁴¹⁰ 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".⁴¹¹ 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

⁴⁰⁸ 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.

⁴⁰⁹ 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.

⁴¹⁰ 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.

⁴¹¹ 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.⁴¹²

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.⁴¹³ 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 manoeuvre 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.⁴¹⁴ 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.⁴¹⁵

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,⁴¹⁶ 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.⁴¹⁷ 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

⁴¹² 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").

⁴¹³ 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").

⁴¹⁴ 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.

⁴¹⁵ 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).

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

⁴¹⁷ 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.⁴¹⁸

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.⁴¹⁹ 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.⁴²⁰ 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

⁴¹⁸ 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).

⁴¹⁹ 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.

⁴²⁰ 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*,⁴²¹ 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.

⁴²¹ 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,⁴²² 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 classiquement⁴²³ pour illustrer cette possibilité le paragraphe 606a du ZPO allemand,⁴²⁴ ainsi que l'article 77-2 de la loi suisse sur le droit international privé.⁴²⁵ 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.⁴²⁶ Il s'agit surtout dans les matières d'état, d'assurer la continuité du statut des personnes.⁴²⁷

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.⁴²⁸ Ce sont plutôt les règles étrangères relatives à l'effet des

⁴²² V. l'étude de P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, LGDJ, 1994, spéc. pp. 328-383.

⁴²³ 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.

⁴²⁴ 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.

⁴²⁵ 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.

⁴²⁶ 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.

⁴²⁷ 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.

⁴²⁸ 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.⁴²⁹ 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.⁴³⁰ La prise en compte du droit étranger, qui amène de nombreuses difficultés d'application,⁴³¹ 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',⁴³² 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,⁴³³ 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.

⁴²⁹ 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.

⁴³⁰ Les droits autrichien et italien connaissaient jusqu'en 1983 resp. 1995 une règle comparable.

⁴³¹ V. récemment l'aperçu que donnent MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 575-583.

⁴³² La formule est de G. A. L. DROZ, 1972, n° 164.

⁴³³ 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.⁴³⁴ 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.⁴³⁵ 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.⁴³⁶

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 État rédige ses règles de compétence de manière telle qu'elles puissent servir d'exemple pour

⁴³⁴ P. ex. hypothèse de l'article 638 C. Jud.

⁴³⁵ 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.

⁴³⁶ 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.⁴³⁷ 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.⁴³⁸ 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 : ⁴³⁹ 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.⁴⁴⁰

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.⁴⁴¹ 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.⁴⁴²

⁴³⁷ Selon A. MIAJA DE LA MUELA, *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).

⁴³⁸ 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.

⁴³⁹ 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.

⁴⁴⁰ E. MILLEKER, *oc.*, 1975, 73 e.s.

⁴⁴¹ V. surtout la note de J.-P. NIBOYET, sous Cass., 23 janvier 1923, *J.D.I.*, 1924, 161.

⁴⁴² 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 »⁴⁴³ - 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,⁴⁴⁴ qu'une doctrine majoritaire rejette l'application du renvoi de compétence.⁴⁴⁵ 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.⁴⁴⁶ 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.⁴⁴⁷

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.⁴⁴⁸ 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.

⁴⁴³ PH. FRANCESKAKIS, *ac*, Paris, Sirey, 1958, 253, n° 264.

⁴⁴⁴ 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.

⁴⁴⁵ 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^{ème} 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.

⁴⁴⁶ J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 276, n° 201. V. aussi H. BAUER, *ac*, 1965, 145-146, n° 148.

⁴⁴⁷ 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).

⁴⁴⁸ 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.⁴⁴⁹

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

⁴⁴⁹ 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.⁴⁵⁰

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.⁴⁵¹ 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.⁴⁵²

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

⁴⁵⁰ 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, *loc. cit.*, I.C.L.Q., 1995, 746 pour l'existence d'un for de la consorité en droit anglais.

⁴⁵¹ 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.

⁴⁵² 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.⁴⁵³ 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.⁴⁵⁴

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.⁴⁵⁵ 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.⁴⁵⁶ Il en va de même pour les demandes incidentes, qu'elles soient reconventionnelles ou en intervention.⁴⁵⁷

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,⁴⁵⁸ 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,⁴⁵⁹ 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

⁴⁵³ Civ. Bruxelles, 31 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, 677.

⁴⁵⁴ 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.

⁴⁵⁵ 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).

⁴⁵⁶ Art. 42, al. 2 NCPC. V. p. ex. Cass, 29 novembre 1948, *J.C.P.*, 1949, II, 4862, note SARRAUTE ; Cass. Civ. (1^{ère} 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.

⁴⁵⁷ 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.

⁴⁵⁸ Lyon, 8 juin 1978, *R.C.D.I.P.*, 1979, 113, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.*, 1978, IR, 368.

⁴⁵⁹ 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.⁴⁶⁰ 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.⁴⁶¹

Cette première comparaison révèle déjà l'étendue exceptionnelle de la compétence des tribunaux français et belges.⁴⁶² 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.⁴⁶³ La loi ne permet toutefois pas d'attirer plusieurs défendeurs devant le juge du domicile de l'un d'entre eux.⁴⁶⁴

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.⁴⁶⁵ 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.⁴⁶⁶ Il reste que cette solution d'expédient,

⁴⁶⁰ Article 6 de la même loi.

⁴⁶¹ 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.

⁴⁶² 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.

⁴⁶³ 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.

⁴⁶⁴ 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).

⁴⁶⁵ *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").

⁴⁶⁶ 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.⁴⁶⁷

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.⁴⁶⁸ 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.⁴⁶⁹ 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.⁴⁷⁰ 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.⁴⁷¹ La Cour fédérale a eu l'occasion de confirmer cette limitation de la compétence internationale des tribunaux allemands.⁴⁷² 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.⁴⁷³ 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

⁴⁶⁷ 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).

⁴⁶⁸ V. sur ce point, R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4^{ème} 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.

⁴⁶⁹ V. les observations de H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3^{ème} éd., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2002, 106-107.

⁴⁷⁰ H. SCHACK, 1996, 134, n° 341 ; R. GEIMER, *ac*, 4^{ème} 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.

⁴⁷¹ V. toutes le § 25 du ZPO qui permet une forme limitée de connexité en matière de droits réels ainsi que le § 34.

⁴⁷² 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.

⁴⁷³ 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^{ème} 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.⁴⁷⁴

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*.⁴⁷⁵ 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.⁴⁷⁶ 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.⁴⁷⁷

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.⁴⁷⁸ La partie

⁴⁷⁴ V. sur ce point et les autres hypothèses citées par R. GEIMER, 4^{ème} éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, 485-492, ainsi que H. SCHACK, 1996, 135-136, n° 345-346.

⁴⁷⁵ 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.

⁴⁷⁶ V. H. SCHACK, 1996, 142-145 ; J. KROPHOLLER, "Internationalz Zuständigkeit", 371, n° 438.

⁴⁷⁷ 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.

⁴⁷⁸ 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.⁴⁷⁹ 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.⁴⁸⁰ Tout en reconnaissant l'utilité pratique que revêt cette règle,⁴⁸¹ 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.⁴⁸² Cette insistance se traduit par une certaine hésitation à autoriser le recours à ce chef de compétence.⁴⁸³ La jurisprudence a ainsi souligné le caractère inhabituel de la règle et la nécessité d'être particulièrement prudent dans son utilisation.⁴⁸⁴

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.⁴⁸⁵ 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.

⁴⁷⁹ 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.

⁴⁸⁰ 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.).

⁴⁸¹ *Amarual v Alexandros Shipping Co.*, [1986] 1 Q.B. 464, 478.

⁴⁸² L'article 1(1)(c) évoque une « necessary or proper party ».

⁴⁸³ 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.

⁴⁸⁴ 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.).

⁴⁸⁵ 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".⁴⁸⁶ 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',⁴⁸⁷ d'un 'lien étroit'⁴⁸⁸ ou encore d'un 'lien de connexité' entre des demandes que ne relie que la proximité entre les co-défendeurs.⁴⁸⁹

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.⁴⁹⁰ 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.⁴⁹¹ 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.

⁴⁸⁶ C.J.C.E., 5 octobre 1999, *Leathertex Divisione Simetici c. Bodetex*, aff. C-420/97, *Rec.*, 1999, I-6747, point 28, par Bodetex.

⁴⁸⁷ 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.

⁴⁸⁸ 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.

⁴⁸⁹ 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 Bevatingskantoor 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.

⁴⁹⁰ On se rappellera que le droit interne allemand ne permet pas d'attirer plusieurs défendeurs devant le juge de l'un d'entre eux.

⁴⁹¹ 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.⁴⁹² 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.⁴⁹³ 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.⁴⁹⁴ La Cour de Justice a à plusieurs reprises souligné la fonction négative de la connexité européenne, en premier lieu dans l'affaire *Elefanten Schuh*.⁴⁹⁵ 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".⁴⁹⁶

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.⁴⁹⁷ 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

⁴⁹² 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.

⁴⁹³ 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.

⁴⁹⁴ 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 !

⁴⁹⁵ C.J.C.E., 24 juin 1981, *Elefanten Schuh c. Pierre Jacquemin*, aff. 150/80, *Rec.*, 1981, 1671.

⁴⁹⁶ 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.

⁴⁹⁷ 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.⁴⁹⁸ 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.⁴⁹⁹

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 5⁵⁰⁰ 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",⁵⁰¹ ouvrant ainsi la voie à un éclatement des compétences pour une même affaire.⁵⁰² Ici encore, la doctrine a vu dans l'introduction d'un for de la connexité une solution à la dispersion des compétences.⁵⁰³

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

⁴⁹⁸ 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.

⁴⁹⁹ 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.

⁵⁰⁰ 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.

⁵⁰¹ C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Khalifes*, aff. 189/87, *Rec.*, 1988, 5579, point 19.

⁵⁰² 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.

⁵⁰³ 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.⁵⁰⁴ 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*.⁵⁰⁵ 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,⁵⁰⁶ 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'entière 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".⁵⁰⁷

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",⁵⁰⁸ elle constata qu'en l'espèce aucune des obligations litigieuses ne pouvait être considérée comme principale.⁵⁰⁹ Ne

⁵⁰⁴ C.J.C.E., 5 octobre 1999, *Leathertex Divisione Sintetici c. Bodeltex*, aff. C-420/97, *Rec.*, 1999, I-6747.

⁵⁰⁵ C.J.C.E., 15 janvier 1987, *Sbenavui c. Kreischer*, aff. 266/85, *Rec.*, 1987, 239.

⁵⁰⁶ 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).

⁵⁰⁷ 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.

⁵⁰⁸ C.J.C.E., affaire *Leathertex* précitée, pt. 31.

⁵⁰⁹ 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 [...]".⁵¹⁰ 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".⁵¹¹

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.⁵¹²

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.⁵¹³ 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".⁵¹⁴

L'importance accordée à la concentration du contentieux explique notamment l'interprétation extensive que la Cour donne de l'exception de litispendance

⁵¹⁰ Point 36. V. La jurisprudence *Sherazai* précitée, consacrée depuis lors par l'article 19-2 du Règlement 44/2001.

⁵¹¹ Point 40.

⁵¹² 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.

⁵¹³ V. l'exposé synthétique que donnent MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 16-23.

⁵¹⁴ 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.⁵¹⁵ 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.⁵¹⁶ 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.⁵¹⁷

L'assimilation entre for du défendeur et sécurité juridique repose certes en partie sur une généralisation,⁵¹⁸ 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.⁵¹⁹ 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.⁵²⁰

⁵¹⁵ 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.

⁵¹⁶ 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).

⁵¹⁷ 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.

⁵¹⁸ 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.

⁵¹⁹ 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.

⁵²⁰ 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 »⁵²¹ 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",⁵²² 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".⁵²³

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.⁵²⁴ 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.⁵²⁵

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.

⁵²¹ Expression qu'affectionne la Cour, v. par ex. l'arrêt *Besix* précité, point 52.

⁵²² C.J.C.E., 6 octobre 1976, *Tessili Como c Dunlop*, aff. 12/76, *Rec.*, 1976, 1473, point 12.

⁵²³ 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.

⁵²⁴ 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 *Bloos* 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.

⁵²⁵ 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.⁵²⁶ 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.⁵²⁷ 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.⁵²⁸ 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.⁵²⁹ En somme la Cour a choisi de privilégier le défendeur et le souci de prévisibilité sur l'objectif d'économie de procédures.⁵³⁰

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

⁵²⁶ Affaire *Leathbertex* précitée, point 41.

⁵²⁷ 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.

⁵²⁸ 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.

⁵²⁹ 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 ».

⁵³⁰ 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.⁵³¹

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.⁵³² 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.⁵³³

Toujours est-il que la Cour a fermé la porte à une plus ample et plus directe concentration du contentieux.⁵³⁴ L'arrêt *Réunion européenne* témoigne de la même

⁵³¹ 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.

⁵³² 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.

⁵³³ 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.

⁵³⁴ 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*,⁵³⁵ 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.⁵³⁶ 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.⁵³⁷

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".⁵³⁸

La Cour eut tout d'abord beau jeu de constater que la notion de litige 'indivisible' était inconnue de la Convention⁵³⁹ et de rappeler que celle de connexité figure certes à l'article 22 mais n'est nullement attributive de juridiction.⁵⁴⁰ De plus cette disposition ne pouvait être invoquée en l'espèce, à défaut de demandes connexes formées devant les tribunaux de plusieurs Etats contractants.⁵⁴¹ 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.⁵⁴²

⁵³⁵ C.J.C.E., 27 octobre 1998, *Réunion européenne c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV.*, aff C-51/97, *Rec.*, 1998, I-6511.

⁵³⁶ 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 !

⁵³⁷ 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.

⁵³⁸ F[rédéric] L[égrand], note sous *Réunion européenne*, *J.D.I.*, 1999, 634.

⁵³⁹ Point 38.

⁵⁴⁰ Point 39.

⁵⁴¹ Points 40-41.

⁵⁴² 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",⁵⁴³ 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.⁵⁴⁴ 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 5.⁵⁴⁵ 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,⁵⁴⁶ qu'il n'est pas possible d'étendre la compétence du juge chargé de trancher un litige délictuel aux aspects contractuels du même litige.⁵⁴⁷

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 bute⁵⁴⁸ 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 5⁵⁴⁹ 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".⁵⁵⁰ Il faut dire aussi

⁵⁴³ Point 46.

⁵⁴⁴ 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).

⁵⁴⁵ Point 47.

⁵⁴⁶ Point 51.

⁵⁴⁷ Point 50.

⁵⁴⁸ 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).

⁵⁴⁹ 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.

⁵⁵⁰ 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*.⁵⁵¹

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.⁵⁵²

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^{ème} siècle, certains accords internationaux prévoyaient de telles règles.⁵⁵³ Leur nombre

⁵⁵¹ *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.

⁵⁵² 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).

⁵⁵³ V. les traités cités par M. FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois en matière de droit privé*, 4^{ème} 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 régionale⁵⁵⁴ 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.⁵⁵⁵

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,⁵⁵⁶ ont sans doute été pour une bonne part dans le succès qu'a connu la Convention de Bruxelles et ses multiples avatars.⁵⁵⁷ Et c'est, entre autre, pour échapper à un des effets pervers du principe d'assimilation au national qui sous-tend cette convention,⁵⁵⁸ 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".⁵⁵⁹ A la différence de la précédente tentative,⁵⁶⁰ le projet en discussion à La Haye porte également sur la compétence directe des tribunaux des Etats membres.⁵⁶¹

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.

⁵⁵⁴ 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.

⁵⁵⁵ 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.

⁵⁵⁶ 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.

⁵⁵⁷ 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).

⁵⁵⁸ 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 attirer, 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.

⁵⁵⁹ H. SPERL, *Eine internationale Zuständigkeitsordnung in bürgerlichen Rechtssachen*, paru in *Zeitschrift für Internationales Recht (Niem.Z.)*, 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).

⁵⁶⁰ Convention de La Haye du 1er février 1971, qui n'a jamais remporté le succès escompté

⁵⁶¹ 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.⁵⁶² 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,⁵⁶³ en Espagne, en Ecosse⁵⁶⁴ 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.⁵⁶⁵ 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.

⁵⁶² En ce sens p. ex. J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 209, n° 28.

⁵⁶³ 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.

⁵⁶⁴ Schedule 8 de l'Act de 1982, v. CH. CHALAS, n° 20, note 33.

⁵⁶⁵ *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,⁵⁶⁶ dont les règles, au contraire de celles du Règlement Bruxelles I qui assurent la primauté du for du défendeur, ne désignent aucun for privilégié.⁵⁶⁷

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.⁵⁶⁸ Les règles européennes sont dès lors fort larges.⁵⁶⁹ 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.⁵⁷⁰ Fort heureusement, le Règlement prévoit un double mécanisme qui permet de dénouer les conflits de procédure.⁵⁷¹ On quitte alors le terrain de la prévention de ces conflits pour entrer dans celui de leur résolution.⁵⁷² 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.

⁵⁶⁶ 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.

⁵⁶⁷ 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).

⁵⁶⁸ 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).

⁵⁶⁹ 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.

⁵⁷⁰ 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.

⁵⁷¹ Art. 11 et, en général, U. P. GRUBER, "Die neue 'europäische Rechtshängigkeit' bei Scheidungsverfahren", *FamRZ.*, 2000, 1129-1135.

⁵⁷² 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,⁵⁷³ 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.⁵⁷⁴ 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.⁵⁷⁵

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.⁵⁷⁶ 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.⁵⁷⁷ 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.⁵⁷⁸ Concrètement, l'article 17 du projet de Convention permet aux Etats

⁵⁷³ *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".

⁵⁷⁴ 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.

⁵⁷⁵ 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.

⁵⁷⁶ 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.

⁵⁷⁷ 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.

⁵⁷⁸ 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.⁵⁷⁹ 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.⁵⁸⁰

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.⁵⁸¹ 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".⁵⁸² L'ambition de cet auteur était de dégager pour chaque catégorie de litiges "un seul et unique point de rattachement".⁵⁸³ Pour jeter les premières bases de ce système, il suggérait 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

⁵⁷⁹ 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.

⁵⁸⁰ 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.

⁵⁸¹ 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.

⁵⁸² 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.

⁵⁸³ Idem, 123.

matière de vente internationale ou encore celui de la “nationalité” pour les procès concernant l'état et la capacité.⁵⁸⁴

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.⁵⁸⁵ 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.⁵⁸⁶

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”,⁵⁸⁷ 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”.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ Ibidem, 123.

⁵⁸⁵ 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.

⁵⁸⁶ 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).

⁵⁸⁷ CH. FRAGISTAS, *l.c.*, in *Aktuelle Probleme des internationalen Rechts*, Berlin, 1957, 125.

⁵⁸⁸ 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.⁵⁸⁹

Comme l'a fait remarquer le doctrine allemande,⁵⁹⁰ 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.⁵⁹¹ 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.⁵⁹²

⁵⁸⁹ 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").

⁵⁹⁰ 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^{ème} 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.

⁵⁹¹ Comme le note M. von Hoffmann (B. VON HOFFMANN, *Internationales Privatrecht*, 5^{ème} 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).

⁵⁹² 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'.⁵⁹³ 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.

⁵⁹³ 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.⁵⁹⁴ 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".⁵⁹⁵

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.⁵⁹⁶

Au delà de cette question plutôt formelle,⁵⁹⁷ 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

⁵⁹⁴ 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).

⁵⁹⁵ 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.

⁵⁹⁶ 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.

⁵⁹⁷ 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.⁵⁹⁸ 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 principes⁵⁹⁹ qui structuraient les revendications de compétence.⁶⁰⁰ De nombreuses tentatives de systématisation ont ainsi vu le jour ces dernières trente années,⁶⁰¹ qu'il serait vain de vouloir résumer en quelques lignes.⁶⁰² 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

⁵⁹⁸ 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.

⁵⁹⁹ 'Zuständigkeitsinteressen' dans la terminologie allemande.

⁶⁰⁰ 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. MIJAJA 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).

⁶⁰¹ 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.

⁶⁰² 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 for⁶⁰³ - évolution qui doit sans doute beaucoup à la 'privatisation' du droit international privé⁶⁰⁴ et qui se traduit par le règne quasi universel du souci de protection du défendeur.⁶⁰⁵

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.⁶⁰⁶ 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,⁶⁰⁷ 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.⁶⁰⁸ 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.⁶⁰⁹ Ainsi, pour s'en tenir à la

⁶⁰³ 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).

⁶⁰⁴ 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.

⁶⁰⁵ 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.

⁶⁰⁶ 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.

⁶⁰⁷ 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).

⁶⁰⁸ 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.

⁶⁰⁹ 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.⁶¹⁰ 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,⁶¹¹ encore faut-il s'accorder sur la manière de les concilier ou, le cas échéant, de les hiérarchiser.⁶¹²

Au total la détermination de la compétence internationale a tout d'une *équation complexe*,⁶¹³ dans laquelle il faudra encore tenir compte, outre des objectifs divers déjà évoqués,⁶¹⁴ 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).

- ⁶¹⁰ 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.
- ⁶¹¹ Ce qui semble le cas dans la majorité des auteurs, v. par exemple H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3^{ème} éd., München, Beck, 2002, 93-97 ; R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4^{ème} 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 ».
- ⁶¹² 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.
- ⁶¹³ 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).
- ⁶¹⁴ 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 étrangers⁶¹⁵ ainsi que des particularités de sa procédure.⁶¹⁶ Les tendances actuelles à une plus grande spécialisation⁶¹⁷ et flexibilisation des règles de compétence⁶¹⁸ - sans oublier le rôle proprement matériel que peut jouer la réglementation de la compétence internationale -⁶¹⁹ 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.⁶²⁰ 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.

- ⁶¹⁵ 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.
- ⁶¹⁶ 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.
- ⁶¹⁷ 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).
- ⁶¹⁸ Rappelées récemment par J. D. GONZALEZ CAMPO, *op. cit.*, *Recueil des cours*, 2000, t. 28, 9-426, spéc. pp. 235-251 et 263-297.
- ⁶¹⁹ 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^{ème} 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.
- ⁶²⁰ 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.⁶²¹

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'.⁶²² 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.⁶²³ 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.⁶²⁴ 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").

⁶²¹ 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 »).

⁶²² 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.

⁶²³ 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.

⁶²⁴ 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.⁶²⁵

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.⁶²⁶ 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.⁶²⁷

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 inévitable⁶²⁸ et à certains égards même 'normale'.⁶²⁹ 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^{ème} 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.⁶³⁰ 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!

⁶²⁵ H. GAUDEMET-TALLON, *Lc*, *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, *Lc*, 3).

⁶²⁶ 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).

⁶²⁷ 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).

⁶²⁸ 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.

⁶²⁹ 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".

⁶³⁰ 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.

* * *

