

TITRE II

LE RÔLE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

INTRODUCTION : CONFLITS DE PROCÉDURES ET AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

116. **Généralités** - Que peut-on attendre de l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédures? Voilà l'enjeu de ce chapitre. Il sera l'occasion d'examiner les limites de ce principe essentiel du contentieux international privé, qui confie aux parties le soin de régler eux-mêmes certaines questions, et non des moindres.

On connaît les deux manifestations classiques du principe d'autonomie dans la procédure internationale, que sont d'une part la clause d'élection de for et d'autre part la convention d'arbitrage. Seule la première retiendra en tant que telle notre attention. Il y va de la patience du lecteur, qu'une analyse détaillée des deux clauses mettrait à (trop) rude épreuve. Cette limitation du champ de nos investigations tient aussi, il faut l'avouer, au caractère *spécifique* de l'arbitrage international, qui répond à ses propres lois et coutumes dont nous devons avouer une connaissance fort rudimentaire. Enfin, aborder de plein front les difficultés posées par la clause compromissoire nous obligerait à nous préoccuper de la concurrence entre procédure arbitrale et procédure proprement judiciaire.⁶³¹ Or les relations entre ces deux mondes pourraient à elles seules aisément faire l'objet d'une étude indépendante.⁶³²

L'exclusion de principe de la convention d'arbitrage n'empêchera pas de tirer, à l'occasion, de riches enseignements de ce domaine, en particulier en ce qui concerne les méthodes de coordination entre procédures concurrentes.

117. **Plan** - Dans un premier temps, il faudra déterminer dans quelle mesure l'autonomie de la volonté peut offrir une solution aux conflits de procédures (chapitre 1). Pour ce faire, nous nous pencherons sur les limites de ce principe dans le contentieux international privé. On relèvera ainsi que l'existence d'une clause d'élection de for ne prémunit pas nécessairement les parties contre la naissance de procédures concurrentes. Une fois ceci constaté, il faudra examiner quelles solutions peuvent être envisagées pour renforcer l'effet préventif des conventions d'élection de for (chapitre 2).

⁶³¹ Pour un exemple récent, v. T.F., 14 mai 2001, *A. T.F.*, 127 III 279 ; *Bull. A.S.A.*, 2001, n° 3, 544.

⁶³² V. récemment l'étude de M. LIATOWITSCH, *Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland*, Helbing et Lichtenhahn, Basel/Munich, 2002, 166 p.

CHAPITRE 1 LES LIMITES DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

118. **Introduction** - Avant d'examiner plus avant les limites de la clause d'élection de for dans la prévention des conflits de procédure (section 2), on va voir que la volonté des parties peut également être mise à profit d'une manière originale pour contribuer à éviter la conduite de procédures concurrentes. Une loi modèle proposée par des juristes américains s'efforce ainsi de convaincre les parties d'œuvrer elles-mêmes à un assainissement du contentieux (section 1).

Section 1 : La loi-type de l'ABA – une tentative inaboutie

119. **La coordination volontaire des procédures concurrentes** – La question des conflits de procédure ne laisse pas les juristes américains indifférents. On en veut pour preuve les efforts qui ont mené au début des années 1990 à l'adoption par l'*American Bar Association* d'une loi-type visant spécifiquement cette problématique.⁶³³ Cette loi, qui n'a pas connu le succès escompté,⁶³⁴ fait appel aux parties pour résoudre les conflits de procédures.

Le mécanisme utilisé est le suivant : la loi modèle se refuse de cautionner une intervention directe, du type de l'injonction *anti-suit*, et lui substitue une intervention *différée* au stade de la reconnaissance.⁶³⁵ Le refus de reconnaissance est érigé en sanction qui doit dissuader les parties de s'affronter simultanément devant deux tribunaux. Pour éviter cette sanction différée, les parties sont encouragées à demander au for premier saisi de statuer sur le caractère approprié des deux tribunaux concurrents. Une fois établi quel est le for approprié, il ne reste plus aux parties qu'à mettre fin à la procédure engagée devant l'autre for pour éviter que celle-ci ne conduise à une décision qui sera privée d'effets à l'étranger.⁶³⁶

La détermination du for approprié par le juge premier saisi est présumée lier le juge requis, ce qui est rendu possible par le fait que la loi-type prévoit une méthode détaillée pour cette détermination. Si les parties ne donnent pas suite à l'invitation du législateur modèle, et poursuivent de façon concurrente les deux procédures, ils s'exposent au risque de voir l'une des décisions privées d'effets. Il reviendra alors au juge requis de déterminer si la décision qu'on lui demande de sanctionner, émane effectivement du for approprié au sens de la loi.

⁶³³ *The Conflict of Jurisdiction Model Act*, publié in : *International Lawyer*, 1992, 56-62, avec les commentaires de L. E. TEITZ, "Taking Multiple Bites of the Apple : A Proposal to Resolve Conflicts of Jurisdiction and Multiple Proceedings", *Int'l Lawyer*, 1992, 21-55.

⁶³⁴ Seul le Connecticut a donné suite à l'appel de l'ABA, v. *Conn. Gen. Stat. Ann.*, §§ 50a-200 – 50a-203.

⁶³⁵ Selon Mme. Teitz, qui a participé à l'élaboration de la loi, il faut y voir une volonté de respecter la souveraineté étrangère (i.e., *Int'l Lawyer*, 1992, (21), 38-39). Elle explique que "The key to limiting concurrent jurisdiction litigation without impinging on a forum's sovereignty is not through enjoining other proceedings. Rather it is through limiting the subsequent enforceability of judgments" (p. 39).

⁶³⁶ On remarquera au passage qu'en définitive, la loi-modèle consacre l'abstention comme solution aux conflits de procédures, même si cette technique est vue sous un angle différent en raison du rôle accordé aux parties : il leur revient en effet de mettre fin à une des procédures, et non pas à un juge de s'abstenir. En ce sens il s'agit d'une abstention 'volontaire'.

120. Critique de la loi-type de l'ABA - La loi modèle fait des justiciables les *acteurs principaux* de la résolution du conflit de procédures. Il leur appartient de demander au juge premier saisi de se prononcer sur le for le plus approprié et le cas échéant de se dessaisir. Pour les y inciter, la loi modèle s'appuie sur le sort réservé aux futurs jugements. La possibilité de faire reconnaître un jugement constitue, selon le mot de Mme. Teitz, à la fois "le bâton et la carotte visant à obtenir une limitation volontaire des procédures concurrentes".⁶³⁷

L'idée est séduisante. On peut compter sur l'adversité entre parties pour les pousser à solliciter de chacun des juges une détermination du for le plus approprié. Le système laisse toutefois hésitant, à plus d'un titre. Il y a tout d'abord l'incertitude inhérente à toute détermination du for le plus approprié (*infra*, n° 546). Les conflits de juridiction ne sont pas une science exacte et il sera parfois délicat de trancher entre deux fors aux prétentions équivalentes.⁶³⁸

On peut ensuite se demander si la 'carotte' promise aux parties sera assez alléchante pour atteindre son but : elle ne sera d'aucun effet lorsqu'il n'entre pas dans les intentions des parties de mener la procédure jusqu'au bout. Or on a vu que la saisine d'un tribunal peut n'être utilisée que comme argument dans le cadre de négociations (*supra*, n° 4). En outre, il ne sera pas toujours nécessaire pour une partie de poursuivre dans un autre for l'exécution de la décision lui donnant raison. Elle peut trouver suffisamment de fonds dans le for qui a rendu la décision.⁶³⁹ Le refus de reconnaissance opposé à une décision émanant d'un for étranger ne peut en effet servir d'arme que pour autant qu'une telle reconnaissance soit nécessaire. Au vrai, la loi-type ne sera pleinement efficace que lorsque les parties ont intérêt à faire exécuter la décision qu'ils tentent d'obtenir. Dans le cas contraire, on peut craindre que l'appel à la coopération des parties ne reste lettre morte.

On peut enfin craindre que le refus de reconnaissance opposé à une décision anéantisse les efforts d'une partie qui ne se doutait de rien. Le système de la loi-type suppose en effet que les parties anticipent sur les possibilités de reconnaissance éventuelle lors de la sélection du for. L'hypothèque qui pèse sur la future décision désavantagera les justiciables aux moyens limités, qui ne sont pas outillés pour procéder à une analyse sophistiquée de la procédure en devenir. Les 'repeat players' au contraire tireront mieux leur épingle du jeu. A cela il faut ajouter qu'il est sans doute de mauvaise politique législative de rendre si aléatoire le processus de reconnaissance des jugements : celui-ci ne devrait être qu'une formalité. La loi modèle en fait au contraire un processus imprévisible, et contribue à l'alourdir considérablement par l'ajout de conditions qui ne devraient pas entrer en considération dans une décision de ce genre.

⁶³⁷ L.c., *Int'l. Lawyer*, 1992, (21), 39.

⁶³⁸ La loi-type ne simplifie pas le travail des juges puisque la troisième section énumère pas moins de 14 facteurs différents qui doivent être pris en compte dans la détermination du for approprié! On peut en outre avoir des doutes sur la pertinence de certains des facteurs retenus, comme par exemple la nationalité des parties (section 3(d)) ainsi que le cryptique numéro (l) : "whether designation of an adjudicating forum is a superior method to parallel proceedings in adjudicating the dispute", qui laisse planer un certain doute sur l'intention du législateur modèle.

⁶³⁹ Sans parler des litiges familiaux où le refus de reconnaissance ne vide pas une décision de sa substance, par exemple en matière de divorce.

121. **Une tentative bien peu inspirée** - En définitive, l'appel aux parties pour résoudre les conflits de procédure souffre d'un manque de lisibilité et d'incitants anémiés. Il ne semble d'ailleurs pas avoir convaincu grand monde.⁶⁴⁰

En réalité, il semble un peu naïf de penser qu'il suffit de faire appel au bon sens des parties, quitte à aiguïser leur souci du bien commun par la promesse d'une récompense, pour qu'elles consentent à mettre fin à la multiplication des procédures. Cette illusion ne résistera pas au pouvoir d'attraction des fors.⁶⁴¹ Ceci n'est pas à dire qu'il faut exclure d'emblée que l'autonomie de la volonté puisse être d'une quelconque aide dans la résolution des conflits de procédure. Pour mesurer la portée éventuelle de cette aide, il faut se pencher sur le rôle de ces manifestations plus habituelles de l'autonomie de la volonté que constituent les conventions de juridiction. On va voir que les vertus préventives de ce type d'accord sont toutes relatives.

Section 2 Clauses d'élection de for et conflits de procédures

122. **Généralités** - Suffirait-il pour résoudre les conflits de procédure, d'obliger les parties à s'entendre sur l'instance qui tranchera leur litige? Que les parties prévoient une clause d'élection de for – ou une convention d'arbitrage – dans leur contrat, et voilà le conflit de procédures devenu impossible, puisque par hypothèse seul le for élu conventionnellement pourra être saisi. L'autonomie de la volonté, dans sa manifestation procédurale, constituerait ainsi un excellent moyen de prévenir les procédures concurrentes. On a même été jusqu'à évoquer le concept de '*forum fixing*' pour désigner l'effet préventif qu'aurait la clause d'élection de for à l'égard du phénomène bien connu du *forum shopping*.⁶⁴²

On aperçoit cependant rapidement les failles de ce raisonnement. Elles tiennent tout d'abord au *domaine limité* concédé à l'autonomie de la volonté en droit international privé (§ 1). A l'intérieur même de ce domaine, l'autonomie des parties connaît de sérieuses failles, qu'il convient de préciser (§ 2).

§ 1. Les limites du domaine de l'autonomie de la volonté

123. **Absence de relations préalables entre parties et autres limitations de l'autonomie de la volonté** - Un grand nombre de situations échappent au domaine de l'autonomie de la volonté. C'est le cas tout d'abord lorsque les parties n'entretiennent aucune relation juridique avant la naissance du litige. Lorsque les ayants droits d'une personne décédée dans un accident d'avion se retournent contre le constructeur de celui-

⁶⁴⁰ V. les critiques de la loi-modèle par R. J. WEINTRAUB, "The United States as a Magnet Forum and What, If Anything, To Do About It", in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Soled Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Irvington, Transnational Publishers Inc., 1997, (213), 233-234 et, dans le même ouvrage, F. K. JUENGER, "Judicial Control of Improper Forum Selection: Some Random Remarks and a Comment on How Not To Do It", (311), 317-322 ("an undesirable piece of legislation", p. 322) et W. HAU, 65-66.

⁶⁴¹ V. pourtant l'observation de Lord Templeman dans l'affaire *The Abidin Dayer*, [1984] AC 398 425 : le juge anglais expliquait que la plus grande partie du contentieux maritime opposait des compagnies d'assurance. Dès lors, on pouvait faire selon le juge confiance au bon sens de ces entreprises puisque « They can by agreement avoid or put an end to concurrent actions ».

⁶⁴² Cette expression se retrouve notamment dans la doctrine allemande, v. J. SAMTLEBEN, "Forum Fixing", *RechtsZ.*, 1982, 716-727.

ci, comme c'était le cas dans l'affaire *Airbus* déjà évoquée (*supra*, n°3), on aura grand peine à les estimer liées par une quelconque convention préalable. Et il est peu probable qu'une fois le litige né, et les parties devenues adversaires, elles puissent s'entendre sur le juge de leur litige, vu l'importance de cet élément dans la résolution de la contestation (*supra*, n° 4).

Il est une deuxième limitation qui réduit d'autant l'espoir que peut susciter l'autonomie de la volonté : on le sait, les législateurs nationaux et internationaux soumettent ce principe à d'importantes restrictions, excluant une série de questions de la possibilité pour les parties de conclure un accord sur le juge compétent. Il n'entre pas dans nos intentions d'entreprendre une étude de droit comparé sur les limites de l'autonomie de la volonté en droit international privé.⁶⁴³ Ces limites sont bien connues et tenter de les recenser relèverait d'une fastidieuse étude encyclopédique, d'ailleurs bien vite dépassée. Nous nous contenterons, en guise d'exemple, de relever les restrictions affectant le contentieux du divorce, dont on a vu qu'il est propice à l'apparition de procédures concurrentes.⁶⁴⁴

124. Exclusion de l'autonomie de la volonté dans le contentieux du divorce - Le droit comparé révèle un consensus quasi-général pour exclure les litiges relatifs à l'état des personnes du domaine de l'autonomie de la volonté. Cette limitation est parfois inscrite dans le texte même de la loi.⁶⁴⁵ Le plus souvent elle constitue une règle prétorienne fermement établie.⁶⁴⁶

L'exclusion du contentieux du divorce, et plus largement du droit de la famille, n'est certes pas absolue.⁶⁴⁷ Elle n'est d'ailleurs pas sans être critiquée.⁶⁴⁸ Il reste que le principe demeure toujours d'actualité, comme le montre la récente codification européenne des règles de compétence en la matière. Le Règlement dit de Bruxelles II prévoit une série de règles de compétence uniformes permettant de désigner le (ou les) juges appelés à connaître d'une demande de dissolution du lien conjugal au sein de l'espace judiciaire européen. Comme on pouvait s'y attendre, ces règles ne réservent qu'une place fort limitée à l'autonomie de la volonté. Selon l'article 2(1)(a) 4ème hypothèse, les époux peuvent choisir de présenter leur demande au juge de la résidence habituelle de l'un d'eux lorsqu'ils optent pour un divorce par consentement mutuel. Le choix qui leur est offert est ainsi limité à cette hypothèse particulière, et plus encore, il ne peut s'exprimer que pour certains juges limitativement déterminés.

⁶⁴³ V. les éléments rassemblés par G. A. L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours*, 1991-IV, t. 229, (9), 52-54 ainsi que par J. JODŁOWSKI, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *Recueil des cours*, 1974-III, t. 142, (475-588), spéc. 518-543 et 569-578.

⁶⁴⁴ *Supra*, n° 5, l'affaire de *Dampierre*.

⁶⁴⁵ Par exemple art. 5 LFDIP suisse, qui limite la possibilité de recourir à une clause d'élection de for aux seuls litiges "en matière patrimoniale". M. Bucher précise que l'élection de for peut dès lors porter sur les prétentions pécuniaires du droit de la famille : 1998, 56-57, n° 146.

⁶⁴⁶ P. ex. en France les explications données par P. MAYER, 1998, 199, n° 304 ; en Allemagne, par H. SCHACK, 1996, 173-174, n° 440 et R. GEIMER, 1997, 426, n° 1634 (ces auteurs précisent que le droit allemand fait également la part belle au caractère patrimonial ("vermögensrechtlich") du litige comme critère de distinction). Pour le droit néerlandais, v. l'arrêt *Piscator* du Hoge Raad, 1 février 1985, n° 698, qui limite l'autonomie de la volonté aux litiges "qui sont à la libre disposition des parties" et L. STRIKWERDA, a.c., Groningen, Wolters-Noordhoff, 2000, n° 222, 216-218, critère repris depuis lors à l'article 8(1) du Code de procédure civile tel qu'amendé.

⁶⁴⁷ Il suffit de penser au volet patrimonial du mariage.

⁶⁴⁸ V. le plaidoyer de J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 468 p. qui préconise la généralisation de la méthode de l'option de droit - limitée aux diverses lois personnelles des intéressés - pour résoudre l'épineuse question de la détermination du droit applicable aux rapports personnels, dans l'espoir notamment de faciliter l'intégration des migrants originaires des pays de droit islamique.

On le voit, l'autonomie de la volonté n'interviendra qu'exceptionnellement dans la détermination du juge compétent pour statuer sur une question de divorce international.⁶⁴⁹

125. Limites de l'autonomie de la volonté (fin) - L'exemple du divorce international montre les limites de l'autonomie de la volonté dans la prévention des procédures concurrentes. Dans un grand nombre de situations, il ne sera pas donné aux parties de faire usage de leur possibilité de choisir un tribunal et donc de se prémunir contre un éventuel dédoublement de procédures. Là n'est toutefois pas l'unique limite affectant l'autonomie de la volonté. Force est en effet de constater que la conclusion d'une convention de juridiction, lorsqu'elle est tolérée par l'ordre juridique concerné, n'est pas nécessairement de nature à prévenir l'apparition de procédures concurrentes. C'est ce que montrera la prochaine section.

§ 2. Les limites intrinsèques de l'autonomie de la volonté

126. Les atouts des clauses d'élection de for dans le contentieux international - En matière internationale, il est particulièrement fréquent que les parties à un contrat prévoient une (ou plusieurs) clauses destinées à anticiper le règlement de différends susceptibles de survenir entre eux. Comme le rappelle Mme. *Coipel-Cordonnier*, le recours à de telles clauses est particulièrement utile pour éviter l'incertitude qu'engendre le caractère unilatéral des règles de compétence nationales pour la détermination du juge compétent pour trancher un éventuel litige.⁶⁵⁰

A ce premier effet bénéfique de l'autonomie de la volonté s'en ajoute un second, puisqu'en désignant le juge compétent, les parties excluent par la même que puissent naître des procédures concurrentes, sources d'un surcroît de dépenses et d'une contradiction éventuelle de jugements. C'est du moins ce qu'explique un auteur comme M. *Born*, qui indique qu'une telle clause "peut contribuer à empêcher la naissance de procédures concurrentes portant sur le même litige [...] Une telle clause aura pour effet de confiner la résolution d'un éventuel litige devant un for unique, en évitant les dépenses inutiles et l'incertitude inhérente aux conflits de procédures".⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Il n'en ira pas nécessairement ainsi de la détermination de la loi applicable, question à propos de laquelle les législateurs semblent accorder une plus grande confiance aux époux. Ainsi le droit néerlandais permet-il aux époux d'opter pour le droit néerlandais (art. 1, al. 4 de la Wet Conflictenrecht Echtscheiding). V. L. STRIKWERDA, *ac*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 2000, 98-99, n° 115. V. également l'article 55 du projet de Code belge de droit international privé.

⁶⁵⁰ N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1999, 1, n° 1.

⁶⁵¹ G. B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements. Planning, Drafting and Enforcing*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 4. Et l'auteur de poursuivre : [...] *an exclusive forum selection or arbitration agreement can preclude parallel or multiplicitous litigation of the same dispute in two or more forums at the same time. [...] An exclusive forum selection or arbitration agreement can confine litigation of the parties' dispute to a single forum, thereby reducing the expense and uncertainty resulting from parallel proceedings*". V. également G. R. DELAUME, *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes. Law and Practice*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 170 (selon qui "[i]n the contractual field [...] and provided the parties have taken advantage of their autonomy, the doctrine of *lis alibi pendens* loses much of its practical interest"). Dans le même sens H. W. BAADE, "An Overview of Transnational Parallel Litigation - Recommended Strategies", *Rev Litigation*, 1981, (191), 196 ("Parallel litigation between contracting parties themselves can normally be avoided in advance by a well-drawn choice-of-forum clause - if, that is, the parties prefer litigation over arbitration").

127. Les failles des clauses d'élection de for, l'exemple de l'affaire *Zapata* - La pratique révèle toutefois que la sécurité que procure une clause d'élection de for peut s'avérer illusoire. Un exemple bien connu des comparatistes permettra d'éclairer les limites de l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédures, il s'agit de la célèbre affaire *Zapata*.⁶⁵²

Un contrat liant la société *Zapata Off-Shore* établie aux Etats-Unis et l'entreprise allemande *Unterweser Reederei* pour le remorquage de la plate-forme *Chaparral* de la Louisiane vers l'Italie prévoyait que d'éventuels litiges seraient soumis aux tribunaux de Londres. Le *Chaparral* fut endommagé lors d'une tempête au large des côtes de la Floride. *Zapata* fit saisir le remorqueur lors de son arrivée dans un port de Floride et réclama des dommages et intérêts devant les tribunaux américains. De son côté, *Unterweser* demanda aux tribunaux de Londres d'ordonner le paiement du prix convenu pour le remorquage, ainsi que des dommages et intérêts. Ces tribunaux n'éprouvèrent aucune difficulté à fonder leur compétence sur la clause d'élection de for.⁶⁵³

En première instance et en appel, les tribunaux américains refusèrent toutefois d'accorder effet à la clause d'élection de for, en tirant argument de l'existence de liens substantiels entre le for américain et le litige, notamment au vu du lieu de l'accident.⁶⁵⁴ Le tribunal américain alla même jusqu'à interdire à *Unterweser* de poursuivre la procédure engagée devant les tribunaux anglais!⁶⁵⁵ N'était-ce pour la décision de la Cour Suprême,⁶⁵⁶ qui dans un arrêt de principe a reconnu l'obligation, sauf circonstances exceptionnelles, pour le juge de donner effet à une clause d'élection de for, la présence d'une telle clause n'aurait pas empêché la naissance de procédures concurrentes. La question de l'efficacité de la clause n'était en l'espèce dénuée d'importance puisque le contrat contenait une clause exonérant le remorqueur de toute responsabilité pour faute non intentionnelle (*'negligence'*), clause réputée non écrite en droit américain et allemand, mais valable aux yeux des tribunaux anglais.⁶⁵⁷

128. L'ombre du doute qui plane sur les clauses d'élection de for - Cet exemple montre qu'il ne suffit pas de prévoir une clause d'élection de for pour se prémunir contre les conflits de procédure. Comme le note M. *Bell*,

"Il n'est pas vrai [...] que [...] les clauses d'élection de for (ou les conventions d'arbitrage) excluent toute possibilité d'une procédure parfois décisive sur la

⁶⁵² Sur cette affaire, v. L. COLLINS, "Forum Selection and an Anglo-American Conflict - The Sad Case of the *Chaparral*", *I.C.L.Q.*, 1971, 550-557 et 1973, 332-343, repris dans *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 253-273 ainsi que les commentaires de H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, *R.C.D.I.P.*, 1973, 539-549.

⁶⁵³ *Unterweser Reederei GmbH v Zapata Off-Shore Co.*, [1968] 2 Lloyd's Rep. 158 (C.A.).

⁶⁵⁴ La Cour d'Appel du 5^{ème} Circuit avait dans une décision précédente déjà manifesté son hostilité à l'égard des clauses d'élection de for prévues dans un connaissance, allant même jusqu'à évoquer « [...] the universally accepted rule that agreements in advance of controversy whose subject is to oust the jurisdiction of the Courts are contrary to public policy and will not be enforced » : *Carbon Black Export, Inc. v S. S. Momosa*, 245 F.2d 297 (5th Cir. 1958), *cert. denied* 359 U.S. 1980 (1959).

⁶⁵⁵ En appel, *Zapata Off-Shore Company v Unterweser Reederei GmbH*, 428 F.2d 888 (1970), *affirmed after rehearing* 446 F.2d 907 (1971); [1971] 1 Lloyd's Rep. 122 (5th. Circ 1970). En première instance, *In re Unterweser Reederei, GmbH*, 296 F. Supp. 733 (M.D. Fla. 1969).

⁶⁵⁶ *M/S Bremen v Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L.Ed. 2d 513 (1972), traduction française parue in *R.C.D.I.P.*, 1973, 530, avec une note de H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON.

⁶⁵⁷ Les tribunaux américains répugnent à donner effet aux clauses exemptant le remorqueur de toute responsabilité pour faute non-intentionnelle, v. p. ex. *Dixilyn Drilling Corp. v Crescent Towing & Salvage Co.*, 372 U.S. 697, 83 S.Ct. 967, 10 L. Ed. 2d 78 (1963).

question du tribunal compétent et du mode de résolution des litiges nés entre parties qui les concluent. Les recueils de jurisprudence regorgent d'exemples de contestations entre parties 'afin de déterminer où elles se disputeront', et ce malgré l'existence d'une clause d'élection de for ou une convention d'arbitrage".⁶⁵⁸

Notre propos n'est pas de jeter le doute sur l'utilité de principe des clauses d'élection de for. Dans la grande majorité des cas, l'accord des parties sortira ses pleins effets, même si c'est au prix d'une procédure visant à en faire constater la validité.⁶⁵⁹ En ce sens, l'autonomie de la volonté constitue bel et bien un instrument permettant de prévenir les conflits de procédures. Il importe cependant de constater que la sécurité que procure une clause d'élection de for peut dans certaines circonstances se révéler illusoire. Il convient dès lors de s'interroger sur les limites exactes de la prévention des conflits de procédure par le biais de l'autonomie de la volonté. Voilà l'objet de la suite de ce titre, qui, par hypothèse, visera les situations sans doute *exceptionnelles* dans lesquelles la convention des parties sur le juge compétent n'atteint pas son but. Toute la question est de savoir quelle est l'importance de la zone d'ombre qui plane sur ces conventions. On pourra ensuite examiner quels remèdes peuvent être envisagés pour résoudre les conflits qui surgissent malgré l'existence d'un accord des parties sur le for compétent.

129. Conflit de procédures et clauses d'élection de for : un paradoxe à expliquer

- Il est quelque peu paradoxal de constater que des procédures concurrentes peuvent naître alors même que les parties ont pris soin de conclure *ab initio* un accord sur l'identité de la juridiction qui prendra connaissance d'éventuels litiges. De tels accords de volonté, qu'ils désignent une juridiction étatique ou un tribunal arbitral, ont en effet pour but premier d'éliminer toute incertitude quant à la juridiction compétente, ou du moins de diminuer le risque de contestation sur cet élément (*supra*, n° 123). Or les exemples déjà évoqués montrent que l'existence (prétendue ou avérée) d'une convention de juridiction ne fait pas disparaître toutes les contestations sur la compétence, ni a fortiori les procédures concurrentes.

En schématisant, on peut distinguer deux types de 'brèches' qui expliquent le décalage entre les principes et la réalité. La première est l'oeuvre des parties elles-mêmes (I). L'apparition de procédures concurrentes malgré l'existence d'un accord entre parties sur la résolution de leurs litiges s'explique également par l'absence de régime définissant de façon uniforme les conditions de validité et d'effectivité des conventions de juridiction (II).

I. PREMIERE BRECHE : AUTONOMIE DE LA VOLONTE DEFECTUEUSE

130. **Clauses d'élection de for 'pathologiques'** - Les parties contractantes elles-mêmes peuvent être à l'origine de l'incertitude qui affecte leur accord. Les problèmes

⁶⁵⁸ A. S. BELL, "Jurisdiction and Arbitration Agreements in Transnational Contracts", *J. Contract L.*, 1996, (53), 54 : "It is by no means the case [...] that [...] jurisdiction (or arbitration) agreements foreclose the possibility of often decisive interlocutory litigation on the question of venue for and or mode of the resolution of disputes arising between parties to such contracts. The law reports record many instances of litigation by parties 'in order to determine where they shall litigate' notwithstanding the existence of a jurisdiction clause or arbitration agreement".

⁶⁵⁹ Procédure qui pour les parties contractantes sera souvent de trop, tant il est vrai que le but d'une clause d'élection de for est d'éviter toute contestation sur la question de la compétence.

auxquels nous faisons ici allusion sont essentiellement dus à la rédaction défailante des clauses relatives à la résolution des litiges. La jurisprudence offre de nombreux exemples de conflits nés d'une rédaction malencontreuse, voire brouillonne d'une clause de juridiction. Un litige soumis à la Cour d'Appel du 11^{ème} Circuit mettait ainsi en jeu un contrat de licence d'exploitation de films et de programmes télévisés liant un studio américain et une télévision publique allemande, qui contenait la clause suivante :

*“the place of jurisdiction and applicable law with respect to disputes arising out of this Agreement shall be (a) Frankfurt, Germany, and/or (b) Los Angeles, California [...]”*⁶⁶⁰

Comment s'étonner que lorsqu'un litige survient, chacune des parties choisit l'option qui lui était la plus favorable et que les tribunaux allemands s'opposèrent aux tribunaux américains? Comme le remarque la Cour d'Appel, “les graines de la concurrence de procédures qui nous occupent ont été semées dans l'accord des parties”.⁶⁶¹ D'autres décisions montrent que ce type de clause que l'on pourrait qualifier, à la suite de M. *Eisemann*,⁶⁶² de 'pathologique', n'est pas exceptionnel.⁶⁶³

Si une convention de ce genre n'empêche pas l'apparition d'un conflit de procédures, ceci est entièrement imputable à la rédaction de la clause.⁶⁶⁴ Comme le soulignait M. *Eisemann*, “tout comme le système d'éclairage le plus perfectionné s'avère inutile en cas de défaillance de l'interrupteur qui le commande, le système juridique le plus favorable à l'arbitrage ne pourra porter ses fruits à défaut de clause d'arbitrage correctement rédigée”.⁶⁶⁵ De nombreux ouvrages mettent les parties et leurs conseils en garde contre l'utilisation de formules trop souples lors de la rédaction de conventions de juridiction.⁶⁶⁶

⁶⁶⁰ *Turner Entertainment Co v Degeto Film GmbH et al.*, 25 F. 3d 1512 (CA 11th Cir. 1994). Sur cette affaire v. U. FRITZE, “Doppelte Rechtshängigkeit in USA und Deutschland. Ein bemerkenswertes Urteil des United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit”, in *Festschrift für Ralf Viererger zum 70. Geburtstag am 6. November 1995*, J. F. BAUR et al (éds.), Berlin, Walter de Gruyter, 1995, 241-252.

⁶⁶¹ 25 F. 3d 1512, 1515 : “the seeds of the instant parallel litigation were planted in the Agreement”.

⁶⁶² F. EISEMANN, “La clause d'arbitrage pathologique”, in *Arbitrage commercial : essais in memoriam Eugenio Minoli*, Turin, Unione tipografico-editrice torinese, 1974, 129-161.

⁶⁶³ P. ex. *Finoux Capital Corporation v Ryan Helicopters et al.*, 1999 U.S. App. Lexis 14161 (June 25, 1999 CA 7th Cir) (un contrat de leasing prévoyait que d'éventuels litiges seraient soumis soit aux juges de l'île de Sainte Lucie, soit aux tribunaux de l'Illinois - et régi par le droit soit de l'Illinois, soit de Sainte Lucie. Sans surprise, chacune des parties saisit les tribunaux de son choix); *Blanco v Banco Industrial de Venezuela, S.A.* 997 F. 2nd 974 (2nd Cir. 1993) (un contrat de prêt entre deux entreprises du Venezuela prévoyait que “any legal action or proceeding arising out of or in connection with this Agreement shall be brought in the High Court of Justice in England, the Courts of the State of New York, the Courts of the United States of America or the Courts of the City of Caracas, Venezuela”); OLG Karlsruhe, 13 mars 1973, *IPRspr.*, 1973, no. 129; *Der Betrieb*, 1974, 184; *Y.C.A.*, 1977, vol. II, 239 (la clause conclue par les parties prévoyait que “All disputes arising out of this contract will [...] be submitted in first instance to an arbitral tribunal [...]. If the decision is not acceptable to either party, an ordinary court of law, to be designated by the claimant, will be competent”).

⁶⁶⁴ Le phénomène est bien connu. MM. *Scodes et Hay* notent par exemple que “[w]ith astonishing frequency, parties have drafted clumsy clauses that are unclear as to what effect is intended, leaving courts with difficult questions of interpretation” (E. F. SCODES, P. HAY, P. BORCHERS et S. C. SYMEONIDES, 2000, 467).

⁶⁶⁵ F. EISEMANN, *loc. cit.*, 129.

⁶⁶⁶ P. ex. W. W. PARK, *International Forum Selection*, Boston/La Haye, Kluwer Law International, 1995, 749 p.; G. B. BORN, *ac*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 326 p.; J. PAULSSON et al., *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR Clauses in International Contracts*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 175 p. Pour les conventions d'arbitrage, v. P.-A. GELINAS, “Arbitration Clauses : Achieving Effectiveness”, in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, A. J. VAN DEN BERG (éd.), La Haye, Kluwer Law International, 1999, 47-66; H. SCALBERT et L. MARVILLE, “Les clauses compromissaires pathologiques”, *Reu arb.*, 1988, 117-135; B. G. DAVIS, “Pathological clauses. Eisemann's still vital criteria”, *Arb Int'l*, 1991, 365 e.s. et M.-H. MALEVILLE, «Pathologies des clauses compromissaires», *R.D.A.I.*, 2000, 61-84. Adde M. STORME, “Arbitrale akkoorden”, *T.P.R.*, 1998, 33-51, spéc. 41-49.

La prévention de tels conflits ne nécessite aucun aménagement des règles existantes, mais seulement une attention plus soutenue et une certaine rigueur lors de la rédaction des clauses pertinentes, dont on peut espérer qu'elles ne seront pas systématiquement rédigées à la dernière minute, alors que les négociateurs sabrent déjà le champagne...

131. Clauses d'élection de for non exclusives et conflit de procédures - Il en va de même des difficultés soulevées par les clauses d'élection de for dites 'non exclusives'.⁶⁶⁷ De telles clauses comportent un effet prorogatoire, sans que celui-ci soit accompagné du traditionnel effet dérogatoire. Concrètement, le for élu voit sa compétence prorogée, mais la clause n'a pas pour but de priver les autres fors de la compétence qu'ils peuvent légitimement revendiquer sur base des règles normales de compétence.

La conclusion d'une clause d'élection de for non exclusive n'empêche dès lors pas une partie de saisir un autre for que celui désigné contractuellement, pour autant qu'il soit compétent sur base de ses propres règles de compétence. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Australian Commercial*.⁶⁶⁸ Les parties s'étaient accordées sur une clause d'élection de for non exclusive en faveur des tribunaux du Queensland. Ceci n'a pas empêché le demandeur de s'adresser aux tribunaux anglais après qu'il eut déjà saisi les tribunaux du Queensland. Le défendeur fut bien en peine d'invoquer la clause d'élection de for à l'appui d'une exception d'incompétence devant les tribunaux anglais.⁶⁶⁹

Cet exemple illustre les dangers des clauses ne précisant pas le caractère exclusif du choix des parties. Dans certaines circonstances, les cocontractants hésiteront à se lier exclusivement à un seul for, de peur de limiter trop strictement leurs possibilités d'action, un litige dû-t-il survenir.⁶⁷⁰ Ils doivent cependant en mesurer les conséquences et être pleinement conscients du risque de multiplication éventuelle des procédures. Ici encore, la prévention des conflits de procédures est entre leurs mains.⁶⁷¹ Il en va autrement de la seconde brèche.

⁶⁶⁷ Il ne semble pas que l'on puisse parler de conventions d'arbitrage 'non-exclusives'. En ce sens, P. SCHLOSSER, « Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom? », in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, 2001, (15), 22, note 25. Par hypothèse la conclusion d'un tel accord sous-entend la renonciation à saisir les tribunaux étatiques. L'on conseille toutefois parfois d'adjoindre à une convention d'arbitrage une clause d'élection de for désignant le juge compétent pour les aspects d'un éventuel litige qui ne pourront être tranchés par le tribunal arbitral, par exemple en raison du défaut d'arbitrabilité d'une question particulière. Une telle clause subsidiaire n'enlève rien, du moins lorsqu'elle est bien rédigée, à l'obligation des parties de soumettre leur litige aux arbitres.

⁶⁶⁸ *Australian Commercial v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 65.

⁶⁶⁹ En l'espèce, les tribunaux anglais firent cependant droit à la demande de sursis à statuer sur base du *forum non conveniens*.

⁶⁷⁰ V. sur les raisons pouvant justifier le choix pour une clause non-exclusive, G. B. BORN, *ac*, 1999, 20-24; J. J. FAWCETT, "Non-exclusive jurisdiction agreements in private international law", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 2001, 234, 235 (M. Fawcett explique que des contractants peuvent choisir une clause non-exclusive « because it allows them the option of bringing proceedings in a State other than the chosen forum »).

⁶⁷¹ Toute autre est la question de savoir si une clause d'élection de for est oui ou non exclusive. Les meilleurs esprits peuvent se contredire sur cette question, l'approche des différents pays ne corresposant d'ailleurs pas. Parfois, l'exclusivité est présumée, parfois elle ne l'est pas. Comme le note M. Born, "Depending upon the law that is applied, and the court where litigation occurs, the same forum selection language can often be construed in different courts as either exclusive or non-exclusive" (G. B. BORN, *ac*, 1999, 20). Le problème ne découle alors pas de la rédaction de la clause, mais bien de la diversité des législations nationales. On notera que le Règlement 44/2001 a introduit une nouvelle présomption, selon laquelle la clause d'élection de for est exclusive (art. 23(1)). Dans la suite de ce chapitre, nous présumerons, pour faciliter l'exposé, que les clauses d'élection de for sont bel et bien exclusives.

II. SECONDE BRECHE : PLURALITE DES STATUTS ET DES INSTANCES DE CONTROLE

132. **Un double contrôle de la clause** - Une clause d'élection de for n'est valable que dans la mesure où elle est reconnue par l'instance choisie par les parties - le for prorogé. Cette seule reconnaissance ne suffit cependant pas. Encore faut-il que le for dérogé accepte lui aussi de donner effet à l'accord des parties. Lorsque cet accord ne trouve pas grâce aux yeux de ce dernier for, pour quelque raison que ce soit, l'efficacité de la convention devient toute relative. L'affaire *Zapata* déjà évoquée (*supra*, n° 125) illustre bien le danger que fait peser la pluralité des instances de contrôle sur l'efficacité d'une telle clause : alors que le tribunal anglais avait donné effet à la convention le désignant, les tribunaux américains, tant en première instance qu'en appel, en ont décidé autrement, écartant une clause qu'ils jugeaient attentatoire à leur compétence.

Cette espèce permet également d'apercevoir que si la pluralité des instances de contrôle pose problème pour l'autonomie des parties, cela est dû au fait que les instances concernées ne feront pas nécessairement référence aux mêmes règles pour examiner l'expression de cette autonomie. *In casu*, les juges américains s'appuyaient sur la profonde méfiance à l'encontre de clauses dont il était traditionnel de dire qu'elles portaient atteinte au pouvoir des tribunaux de se prononcer sur leur propre compétence. Les juges anglais au contraire cherchaient avant tout à faire respecter les engagements pris par les parties, une attitude qui les incite à accorder plein effet aux clauses d'élection de for.⁶⁷²

Comme le note très justement M. Rigaux, "[à] défaut de traité international liant les deux Etats intéressés, auxquels appartiennent respectivement le for élu et les tribunaux du pays dont la compétence est exclue en vertu de la clause contractuelle [...], il appartient au droit international privé de chacun des deux pays de se prononcer sur celui des deux effets de la clause qui à son égard est pertinent".⁶⁷³

L'efficacité d'une clause d'élection de for et, partant, sa capacité à neutraliser un éventuel conflit de procédures, est dès lors tributaire du parallélisme d'appréciation de cette clause dans le chef des fors appelés à se prononcer sur celle-ci. Pour mieux cerner les contours de cette seconde brèche, à l'origine des conflits de procédures, nous passerons successivement ces deux éléments en revue : d'une part la pluralité des instances de contrôle (A) et d'autre part la diversité des statuts (B).

A. Pluralité des instances de contrôle

133. **Le contrôle de la clause d'élection de for par le for dérogé, une évidence** - Lorsque les parties choisissent de confier la résolution de leurs litiges à une juridiction nationale, la validité et l'efficacité de leur accord peut faire l'objet de plusieurs examens. La clause d'élection de for sera d'abord et avant tout examinée par le for élu. Ce premier examen n'empêchera pas le ou les fors dérogés de se saisir également de la question.

⁶⁷² Du moins lorsqu'un tribunal anglais est élu... Ces mêmes tribunaux montrent moins d'empressement à sanctionner une clause conclue au profit d'un tribunal étranger, qui est soumise à une analyse plus proche de celle du *forum non conveniens*, v. p. ex. *The El Amria*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 286 (C.A.) et sur la différence de traitement, *infra*, note 856. Pour le rapprochement en droit anglais entre la doctrine du *forum non conveniens* et l'analyse des clauses d'élection de for étrangère, v. CH. CHALAS, 247-256.

⁶⁷³ F. RIGAUX, 122, n° 176.

Il est en effet logique qu'un Etat vérifie la validité d'une clause élisant un for étranger avant de lui donner effet. Il y va de la nature même du mécanisme : par hypothèse, le for dérogé est confronté à un accord des parties visant à soustraire à sa connaissance un litige pour lequel il pourrait revendiquer compétence à défaut de convention entre parties. A cette première justification de la nécessité d'un contrôle de la clause par le for dérogé s'en ajoute une autre, qui tient au souci de protéger les parties, en particulier celles dites 'faibles' contre un accord qui aurait été imposé sans égard pour la nécessité d'un consensus.

La possibilité pour le for dérogé de s'assurer de la validité de la clause qu'on lui oppose, est tellement évidente, qu'elle est rarement mentionnée. Il suffit toutefois de consulter les recueils de jurisprudence pour vérifier que les tribunaux se permettent bel et bien de s'assurer de la validité des conventions dérogeant à leur compétence. L'affaire *Zapata* déjà évoquée fournit encore une fois une illustration de cette évidence, puisqu'on a vu que les tribunaux américains se sont réservé la possibilité de soumettre la clause désignant leurs collègues anglais à un examen qui s'est révélé négatif (*supra*, n° 125).

134. Un contrôle qui s'impose même au sein de l'espace judiciaire européen – On peut encore se demander si cette solution d'évidence s'impose également sous l'empire des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qui accordent aux clauses de juridiction un effet dérogatoire quasi-automatique. La question de savoir si le for dérogé conserve, au sein de l'espace judiciaire européen, la possibilité d'examiner la validité de la clause avant de 'renvoyer' les parties devant le for élu, n'est pas dénuée de pertinence, lorsque l'on se rappelle que dans d'autres hypothèses, le système européen fait formellement interdiction aux juges nationaux d'examiner la compétence de leurs collègues.⁶⁷⁴ Elle a été évoquée, au moins indirectement, dans l'affaire *Castelletti* soumise à la Cour de Justice.⁶⁷⁵

La juridiction italienne à l'origine de la question préjudicielle se demandait notamment si la Convention autorisait le for dérogé, saisi d'une demande au fond, à contrôler le "bien-fondé" de la clause d'élection de for, ce par quoi il fallait entendre l'objectif que poursuivaient les parties en désignant un juge différent que celui qui aurait été compétent en vertu des chefs ordinaires de compétence.⁶⁷⁶ La Cour saisit l'occasion pour réaffirmer que la validité de la clause d'élection de for ne saurait être appréciée qu'au regard des seules conditions posées par la Convention, et en particulier que celle-ci ne contenait aucune exigence relative à un quelconque élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné par les parties.⁶⁷⁷

La Cour s'est ainsi prononcée sur l'étendue du contrôle de la validité de la clause, sans aborder expressément la question de la compétence du juge saisi pour procéder à un tel contrôle lorsque la clause donne compétence à une autre juridiction. Si la Cour n'a pas confirmé ce que d'aucuns tiendraient pour une évidence, à savoir la possibilité pour le for

⁶⁷⁴ On pense bien sûr à la question de la litispendance et à celle de la compétence indirecte. On voit ainsi se dessiner la trilogie des hypothèses de prise en compte du fait judiciaire étranger, tout en apercevant que ces hypothèses ne seront pas nécessairement soumises aux mêmes règles.

⁶⁷⁵ C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti SpA c. Hugo Tunney*, affaire C-159/97, *Rec.*, 1999, I-1597, et les observations de H. GAUDEMET-TALLON, *R.C.D.I.P.*, 1999, 573-577 et de A. HUET, *J.D.I.*, 1999, 528-534.

⁶⁷⁶ En l'espèce la clause d'élection de for donnait compétence à un juge dont on pouvait présumer qu'il allait appliquer un régime de responsabilité plus favorable à la partie qui avait pris l'initiative de la clause.

⁶⁷⁷ On a pu voir dans cette décision la consécration du principe d'*autosuffisance* de l'article 17 de la Convention : MM. Bom, Fallon et van Boxstael, 2001, 276-279, n° 147.

dérogré d'examiner la validité de la clause au regard des conditions posées par l'article 17, l'Avocat général s'est au contraire penché sur la question. Il faut dire qu'on aurait pu avoir des doutes sur ce point, notamment en raison du caractère 'exclusif' de la compétence reconnue par l'article 17 au juge désigné par les parties.⁶⁷⁸

Il nous semble cependant que telle n'est pas la portée de cette disposition. Comme le relève l'avocat général Léger, le système de la Convention vise à ce que le juge saisi puisse aisément et rapidement se prononcer sur sa propre compétence. Or s'il devait être privé de la possibilité d'examiner la validité de la clause d'élection de for, il faudrait admettre qu'il doit surseoir à statuer en attendant que le for élu se prononce. Une telle interprétation pourrait retarder la résolution des questions de compétence et être source de manoeuvres dilatoires par des parties peu scrupuleuses.⁶⁷⁹ En outre, elle remettrait en question l'utilité du régime communautaire des clauses d'élection de for. L'existence même de ce régime garantit en effet que les tribunaux nationaux arriveront à des conclusions identiques sur la validité d'une clause donnée.⁶⁸⁰

On peut conclure avec M. Léger qu'en l'état actuel du droit, "[...] le juge saisi, qu'il soit ou pas désigné dans la clause attributive de for, est compétent pour se prononcer sur la validité, au regard des conditions prévues au titre de l'article 17, de cette clause".⁶⁸¹ Ce n'est pas à dire qu'il faut exclure tout changement du système européen, et en particulier une meilleure définition des rapports entre for prorogé et for dérogré (*infra*, n° 165 e.s.). Il s'agit simplement de constater que la Convention n'interdit pas à ce dernier for de s'interroger sur la validité de la clause qu'invoque le défendeur. Partant, la même clause peut être soumise à une multiplicité d'examins.⁶⁸²

135. Pluralité de contrôles et divergence de statuts - Tant le régime conventionnel que les droits nationaux autorisent le juge saisi à examiner la validité d'une clause désignant un juge étranger. Il en sera d'autant plus ainsi dans les droits nationaux qui montrent plus d'hésitation à reconnaître un effet dérogoire à la volonté des parties.⁶⁸³

⁶⁷⁸ Cette question a donné lieu à une controverse suite à l'arrêt *Benincasa*, dans lequel la Cour a consacré 'l'autonomie matérielle' de la clause attributive de juridiction (selon l'expression de N. WATTÉ, A. NUYS et H. BOULARBAH, "Chronique : la Convention de Bruxelles (2ème partie)", *J.T. Dr. eur.*, 1998, 80). On a pu se demander à la suite de cet arrêt si la compétence du juge élu par les parties pour contrôler la validité de la clause attributive de juridiction était également exclusive : v. M. EKELMANS, note sous *Benincasa*, *J.T.*, 1997, (685), 686, qui observe justement que l'attendu n° 32 du jugement de la Cour est rédigé de façon malheureuse, puisqu'il évoque la compétence "exclusive" du for élu pour déterminer si l'action qui vise à faire constater la nullité du contrat est visée par la clause.

⁶⁷⁹ Cels. Léger, C.J.C.E., *Rac.*, 1999, I-1597, n° 47-51. M. Léger en appelle également à l'autorité du Rapport Schlosser, qui énonce que "[...] l'existence d'une convention attributive de juridiction s'opposant à la compétence du tribunal saisi est [...] un point que le juge doit relever d'office". Il en déduit à juste titre que ce même juge doit également être autorisé à vérifier la validité de la clause.

⁶⁸⁰ Cfr. cependant *infra* sur les limites de l'unification communautaire.

⁶⁸¹ N° 54. En ce sens également MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 275, n° 146 et N. WATTÉ, A. NUYS et H. BOULARBAH, *l.c.*, *J.T. Dr. eur.*, 1998, 81, n° 21 (qui concluent à l'existence d'une compétence partagée du juge désigné et de tout autre juge éventuellement saisi sans égard pour la clause attributive). On peut regretter que la Cour n'ait pas jugé nécessaire de faire expressément sienne cette conclusion. Peut être a-t-elle été rebutée par le nombre et le caractère parfois évident des questions qui lui étaient en l'espèce soumises.

⁶⁸² Si d'aventure l'envie prenait un justiciable de solliciter l'avis de plusieurs fors dérogrés sur la validité d'une clause en faveur d'un for donné, on peut se demander si la décision de l'un de ces fors constatant que la clause est parfaitement valable au regard des exigences posées par la Convention de Bruxelles, lierait les tribunaux d'autres Etats membres. On sait que traditionnellement les décisions se prononçant sur la compétence d'un tribunal ne sont pas susceptibles de reconnaissance à l'étranger. Peut être y-a-t-il lieu de faire exception à cette règle générale en raison de la nature particulière de l'espace judiciaire européen.

⁶⁸³ On pense par exemple au droit néerlandais, où il a fallu attendre 1985 pour que le Hoge Raad reconnaisse la validité de principe des conventions dérogoires, arrêt *Piscator*, précité *supra*, n°121.

On peut dès lors conclure que l'effet prorogatoire reconnu aux clauses d'élection de for n'empêchera pas d'autres tribunaux que celui désigné par les parties, de se prononcer sur la validité ou l'existence de la convention de juridiction.⁶⁸⁴

Cette pluralité d'examen serait sans conséquence si toutes les instances concernées disposaient de règles identiques pour déterminer la validité et les effets d'une clause d'élection de for. Or il faut bien constater qu'il n'existe pas de statut uniforme, accepté de façon universelle, précisant les conditions de validité de ces conventions. Chaque fois que deux instances se prononcent sur une même convention, le risque existe que leurs décisions se contredisent.⁶⁸⁵

Voilà résumées en deux lignes les limites de l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédures. Nous allons examiner plus en détails la multiplicité des règles appelées à régir les conventions de juridiction.

B. Absence de statut uniforme pour les clauses d'élection de for

136. Généralités - Le for élu par les parties ne possède pas le monopole du contentieux de la validité de la convention de juridiction. La question de la validité de cette convention peut également être soumise à d'autres fors. La pluralité des instances de contrôle fait naître le risque que les tribunaux adoptent des conclusions contradictoires quant à l'efficacité et à la validité d'une et même clause. Chaque tribunal va en effet procéder à l'évaluation de ces deux questions en s'appuyant sur ses propres règles. On va voir que si un accord se fait sur certains principes de base, au premier rang desquels figure l'efficacité de principe des clauses d'élection de for (a), de nombreuses divergences subsistent sur la mise en application pratique de ces principes (b). Ce sont ces différences, sur des 'points de détail', qui créent la possibilité d'appréciations contradictoires de la même clause.

(a) Unanimité sur les principes

137. Unanimité en droit comparé sur la validité de principe - Constaté qu'un accord se fait, en droit comparé, sur les principes de base qui régissent l'autonomie de la volonté dans le contentieux international privé, ne nécessite pas de longs développements. La grande majorité des ordres juridiques reconnaissent aujourd'hui le rôle de l'autonomie de la volonté dans la détermination du juge compétent. La méfiance traditionnelle des droits sud-américains par exemple à l'égard des clauses d'élection de

⁶⁸⁴ L'existence d'une clause compromissoire n'empêche pas non plus l'ouverture de deux fronts parallèles portant sur la validité et/ou l'efficacité de cette clause. Cette possibilité est plus évidente encore en raison de la nature même de ces conventions, qui ont pour effet de soustraire un litige à la compétence d'un ou plusieurs ordres juridiques pour le soumettre à une justice essentiellement privée. On comprend dès lors que les ordres juridiques concernés, s'ils acceptent de donner effet aux clauses compromissoires et même de déférer dans une certaine mesure à la décision de l'arbitre sur sa propre compétence, se réservent la possibilité de vérifier l'existence d'un consensus entre parties en faveur de l'arbitrage. Cf. *infra*, n° 193 pour plus de détails.

⁶⁸⁵ M. Mayer fait la même constatation pour l'arbitrage : "[...] la compétence d'un même arbitre est susceptible d'être appréciée par les tribunaux de plusieurs pays. [...] Chacun des ordres juridiques susceptibles de se prononcer sur la compétence le fera selon ses conceptions, de sorte que l'appréciation des uns et des autres pourra diverger" : P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Recueil des cours*, 1989, t. 217, (319), 357-358, n° 29-30.

for – et des clauses compromissoires⁶⁸⁶ – a fait progressivement place à une reconnaissance de principe. De même les tribunaux américains ont-ils depuis la décision de la Cour Suprême dans l'affaire *Zapata* déjà évoquée, également abandonné l'hostilité à l'égard des clauses d'élection de for qui caractérisait la jurisprudence ancienne.⁶⁸⁷ MM. *Scotes* et *Hay* notent par exemple "l'évolution considérable de la jurisprudence américaine qui a remplacé une hostilité universelle aux clause d'élection de for par un accueil enthousiaste".⁶⁸⁸ Et l'on a déjà vu que la jurisprudence néerlandaise avait en 1985 embrassé elle aussi le rôle de l'autonomie de la volonté dans la détermination du juge compétent.⁶⁸⁹

A ce bref panorama de droit comparé, on peut ajouter l'affirmation claire par la jurisprudence française de la licéité de principe des clauses attributives de juridiction dans l'ordre international. On aurait pu craindre le pire puisque l'article 48 du Nouveau Code de procédure civile s'oppose depuis 1975 à la conclusion, dans l'ordre interne, d'accords portant sur la compétence du juge. Or, on le sait, la jurisprudence française s'en tient encore à la transposition sur le plan international des règles de compétence territoriale interne (*supra*, n° 111). Fort heureusement la Cour de Cassation a écarté sans équivoque l'application à la sphère internationale de l'interdit posé par l'article 48.⁶⁹⁰

En règle générale, il ne faut dès lors plus craindre qu'un tribunal passe outre une clause d'élection de for pour des raisons de principe.⁶⁹¹ Il n'est pas inintéressant pour notre propos de constater que la bienveillance des ordres juridiques s'est d'abord manifestée à l'égard des clauses prorogant leur compétence. L'évolution de la jurisprudence néerlandaise est encore une fois significative : le Hoge Raad a d'abord reconnu la possibilité pour les parties de proroger contractuellement la compétence des tribunaux néerlandais,⁶⁹² avant d'autoriser les justiciables à déroger par convention à la compétence

⁶⁸⁶ Dans le passé, les tribunaux sud-américains étaient sans doute les plus réticents à reconnaître la validité du déclinatoire de compétence fondé sur une clause compromissoire (v. A. M. GARRO, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", *J. Int'l. Arbitration*, 1984, 293-321 et les nombreuses références citées). Les esprits ont cependant évolués et l'arbitrage est aujourd'hui reconnu dans ces pays comme une alternative valable et légitime à la justice étatique : H. A. GRIGERA-NAÓN, "Overcoming Traditional Hostility Towards Arbitration" in *International Commercial Arbitration. Recent Developments*, Commercial Law & Practice Course Handbook Series No. 477, II, New York, 1988, pp. 377-447 et les contributions rassemblées par B. M. CREMADES (éd.), *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America*, La Haye, Kluwer Law International/IBA, 1999, 250 p.

⁶⁸⁷ *Bremen v Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L.Ed. 2d. 513 (1972). V. également *Stewart Org., Inc. v Ricoh Corp.*, 487 U.S. 22 (1988) ; *Carnival Cruise Lines, Inc. v Shute*, 499 U.S. 585 (1991). En général, M. F. STURNLEY, "Strengthening the Presumptive Validity of Choice of Forum Clauses", *J. M. L. C.*, 1992, 131 e.s.; P. BORCHERS, "Forum Selection Clauses in the Federal Courts After Carnival Cruise : A Proposal for Congressional Reform", *Wash. L. Rev.*, 1992, 55 e.s.; W. M. RICHMAN, "Carnival Cruise Lines : Forum Selection Clauses in Adhesion Contracts", *Am J. Comp. L.*, 1992, 977-984; L. MULLENIX, "Another Easy Case, Some More Bad Law : Carnival Cruise Lines and Contractual Personal Jurisdiction", *Texas Int'l L. J.*, 1992, 323-370.

⁶⁸⁸ E. SCOTES, P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, 2000, 473 : "the dramatic shift that American jurisprudence has taken from almost universal hostility towards exclusive forum clauses to enthusiastic acceptance". Il est frappant de constater qu'à la même époque, la Cour Suprême a inauguré une jurisprudence dont on sait qu'elle se montre très favorable à l'arbitrage : *Scherk v Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *R.C.D.I.P.*, 1975, 643, note H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, pp. 651-656 et plus tard *Mitsubishi Motors Corp. v Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

⁶⁸⁹ Arrêt *Piscator*, *supra*, n° 121.

⁶⁹⁰ Cass. Civ. 1^{ère} Chbre, 17 décembre 1985, *R.C.D.I.P.*, 1986, 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.*, 1986, IR, 265, obs. B. AUDIT. Selon la Cour, "[...] les clauses prorogant la compétence internationales sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international [...]"

⁶⁹¹ Sans doute existe-t-il encore des résistances et hésitations de principe dans certaines juridictions. Le recours à l'arbitrage s'impose alors d'autant plus que la rédaction d'une clause d'élection de for manifestement inopérante est de nature à mettre en jeu la responsabilité professionnelle de l'avocat.

⁶⁹² H.R., 1 février 1985, *N.J.*, 1985, 698.

de ces tribunaux.⁶⁹³ Certaines différences subsistent encore aujourd'hui dans le traitement des deux clauses, en particulier en droit anglais. On reconnaîtra là une manifestation de la difficulté de s'ouvrir au fait judiciaire étranger, phénomène sur lequel nous reviendrons.

138. Effet dérogoire automatique ou discrétionnaire – Ces dernières décennies ont vu les juridictions nationales faire preuve d'une plus grande bienveillance envers l'autonomie de la volonté. Cette bienveillance ne s'est toutefois pas manifestée partout de la même façon. Ainsi est-il devenu classique d'opposer les juridictions de droit civil et celles de *common law* sur la question de l'effet qu'elles accordent à une clause d'élection de for : les premières s'effaceraient *automatiquement* devant l'effet dérogoire d'une telle clause, alors que les secondes veilleraient jalousement sur le pouvoir d'appréciation leur permettant de passer outre la volonté exprimée par les parties.⁶⁹⁴

Il est vrai que tout en apparence sépare les tribunaux de droit civil de ceux de *common law* lorsqu'il s'agit de donner effet à une clause d'élection de for. Les premiers ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation à l'égard de telles clauses : lorsque celles-ci remplissent les conditions de validité requises, le tribunal donnera suite à la clause sans s'interroger sur le caractère approprié du for élu.⁶⁹⁵ Les Conventions de Bruxelles et de Lugano imposent aux juges nationaux le même automatisme, l'effet dérogoire étant reconnu aux clauses d'élection de for sans que le juge puisse apprécier l'opportunité du choix des parties.⁶⁹⁶ Comme le note M. Fawcett, lorsque les parties ont valablement désigné un tribunal étranger, la tradition de droit civil veut que les tribunaux du for soient simplement privés de la compétence qui leur reviendrait à défaut d'accord des parties.⁶⁹⁷

Par contraste, les tribunaux de *common law* n'ont jamais renoncé à exercer un certain pouvoir d'appréciation avant de donner effet à une clause d'élection de for. Le juge conserve dans ces juridictions la possibilité de passer outre l'élection de for des parties, même lorsque celles-ci se sont clairement accordées sur le for élu. C'est ce qu'indiquent MM. North et Fawcett, qui expliquent que "[...] conformément à la règle *pacta sunt servanda*, le juge anglais refusera en règle générale d'entendre une demande lorsque les parties ont élu un for étranger. Le juge conserve cependant un pouvoir d'appréciation à cet égard et lorsqu'il peut fonder sa compétence sur une autre règle, il passera outre la clause

⁶⁹³ H.R., 28 octobre 1988, *N.J.*, 1989, n° 765, jurisprudence 'Harvest Trader'.

⁶⁹⁴ P. ex. J. J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 47-49 ; H. GAUDEMET-TALLON, "La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXIème siècle", in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, (123-148), 137, n° 156.

⁶⁹⁵ P. ex. en droit allemand, R. GEIMER, 1997, 454, n° 1759 (les tribunaux allemands doivent reconnaître l'effet dérogoire d'une clause d'élection de for sans considération du caractère approprié du for, "die deutschen Gerichte haben die Derogation auch dann zu beachten, wenn sie diese für unzumutbar oder unvernünftig haben"). *Comp.* avec l'article 6 § 2 du projet de Code belge de droit international privé.

⁶⁹⁶ La Cour de Justice a confirmé le caractère 'abstrait' des clauses d'élection de for dans sa décision *Castelletti*, précitée. La Cour rappelle qu'il n'y a pas lieu d'imposer pour la validité des clauses d'autres conditions que celles résultant de l'article 17 (attendu 36). Elle rappelle également que les juridictions nationales doivent se contenter de l'examen des conditions qu'énumère limitativement cette disposition, sans procéder à un examen au fond de l'affaire et sans exiger qu'existe un quelconque lien objectif entre le litige et le for élu. Dans le même sens Lord Steyn, *Continental Bank NA v Aekas Compania Naviera SA* [1994] 1 Lloyd's Rep. (505), 510, qui note que "there is no discretionary power in the Convention itself to override the conclusive effect of an exclusive jurisdiction agreement which conforms with the requirement of Article 17".

⁶⁹⁷ J.J. FAWCETT, "General Report", in *Dedining Jurisdiction*, 48. Ceci apparaît clairement lorsque l'on considère l'effet accordé aux clauses conclues par des parties domiciliées dans des Etats tiers. L'article 17 de la Convention de Bruxelles précise à cet égard que "les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal [désigné par les parties] n'a pas décliné [sa] compétence".

d'élection de for s'il considère qu'une procédure en Angleterre est plus conforme à l'esprit de justice".⁶⁹⁸

139. Le pouvoir d'appréciation des juges anglais face aux clauses d'élection de for, un vestige du passé - La survivance de ce pouvoir discrétionnaire, qui peut paraître paradoxal lorsque l'on connaît l'importance de la place de Londres dans le règlement des litiges internationaux, s'explique lorsque l'on examine l'évolution historique de l'attitude des tribunaux à l'égard des clauses d'élection de for.⁶⁹⁹ A l'origine, les tribunaux anglais, à l'instar de leurs collègues étrangers, n'acceptaient pas que les parties soustraient par une simple manifestation de volonté, un litige à leur compétence. Ce n'est que progressivement, et par le biais de divers stratagèmes, que fut donné effet à l'autonomie de la volonté en matière de détermination du juge compétent.⁷⁰⁰

Au fil de l'évolution, le principe du respect de l'effet dérogatoire des clauses de juridiction s'est affermi, sans toutefois que les tribunaux acceptent jamais que les parties puissent les dépouiller de cette manière d'une compétence qui leur était attribuée.⁷⁰¹ Quelle que soit la construction adoptée pour donner effet au choix des parties, les tribunaux ont à chaque fois décidé qu'ils étaient compétents malgré l'existence d'un tel choix, mais qu'il leur appartenait de ne pas exercer cette compétence afin de faire respecter les engagements des parties. On peut voir dans cette subsistance une manifestation de la 'jalousie' des tribunaux envers leur propre compétence. Les tribunaux veillent à conserver la "direction de leur propre procédure".⁷⁰² Voilà l'origine de cette manifestation pour le moins inattendue du pouvoir discrétionnaire des juges anglais à l'égard des clauses d'élection de for.⁷⁰³

⁶⁹⁸ CHESHIRE et NORTH, 1999, 350 : "[...] in accordance with the principle that a contractual undertaking should be honored, there is a prima facie rule that an action brought in England in defiance of an agreement to submit to a foreign jurisdiction will be stayed. However, the court does have a discretion in the matter, and where the parties are amenable to the jurisdiction [...] it will allow the English action to continue if it considers that the ends of justice will be better served by a trial in this country". V. surtout *The Eleftheria*, [1970] P. 94, 110 (dans cette affaire, le juge Brandon a décidé que "[w]here plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign court, and the defendants apply for a stay, the English court [...] is not bound to grant a stay but has a discretion whether or not to do so [...]") ainsi que *Anatru Potato Co. Ltd. v Egyptian Navigation Co., The El Amria* [1981] 2 Lloyd's Rep; 119 (CA) et l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *The Sennar (no 2)* [1985] 1 W.L.R. 490. V. plus récemment *Stenborg et al. v Warsaw*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 183 (CA) ("The English courts [...] do not regard themselves as bound in all circumstances to comply with a private contract which seeks to deprive them of jurisdiction [...]").

Le pouvoir d'appréciation du juge anglais à l'égard des clauses d'élection de for fait partie de la doctrine du 'stay', que l'on rencontrera plus loin (*infra*, n° 408).

⁶⁹⁹ Pour un excellent aperçu, v. CH. CHALAS, 164-178.

⁷⁰⁰ Notamment par le biais d'une assimilation des clauses attributives de compétence aux clauses compromissoires, dont la législation prescrivait le respect, v. *Law v Garret*, 8 Ch. D. 26 (1878).

⁷⁰¹ L'idée qu'une clause d'élection de for vise à 'dépouiller' un tribunal d'une compétence qui lui revient, se traduit de façon éclairante par le traitement accordé à la clause dans les manuels de droit international privé : le plus souvent, l'examen de la clause d'élection de for est rangé sous le titre de "limitations on jurisdiction", au même titre que le forum non conveniens ou les immunités ! V. E. SCOLES, P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, 2000, 465 e.s.

⁷⁰² Selon le mot de Lord Denning, *The Fehman*, [1958] 1 W.L.R. 159, 183 (C.A.) : "I do say that the English courts are in charge of their own proceedings ; and one of the rules they apply is that a stipulation that all disputes should be judged by the tribunal of a particular country is not absolutely binding. It is a matter to which the courts of this country will pay much regard and to which they will normally give effect, but it is subject to the overriding principle that no one by his private stipulation can oust these courts of their jurisdiction in matter that properly belong to them".

⁷⁰³ Attitude qui a également longtemps prévalu à l'égard des clauses compromissoires, v. l'*Arbitration Act* de 1950, s. 4(1) qui traduisait bien l'idée que le tribunal faisait une faveur aux parties en donnant effet à leur accord, qui ne privait pas le tribunal de son pouvoir de juridiction. Sur cette disposition, v. H. VAN HOUTTE, « Le juge et l'arbitre - Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale », *Reu Dr. Intl. Dr. Comp.*, 1993, (28), 30-31, n° 2. Les

L'attitude des tribunaux anglais a fait tâche d'huile. Même si elle a remis au placard la traditionnelle méfiance à l'égard des clauses d'élection de for, la jurisprudence américaine n'en a pas moins refusé d'abdiquer de façon automatique devant la volonté des parties.⁷⁰⁴ Dans les deux cas, le test appliqué par le juge pour déterminer s'il va donner effet à une clause d'élection de for n'est pas très éloigné du raisonnement qui sous-tend l'exception de for plus approprié, sans que ces deux se confondent entièrement.⁷⁰⁵

140. Une marge de respect similaire pour l'autonomie de la volonté - A première vue, un monde sépare l'appréciation *discrétionnaire* par les tribunaux anglais et américains de l'effet dérogatoire des clauses d'élection de for de l'*automatisme* qui caractérise la Convention de Bruxelles et les droits nationaux d'inspiration romano germanique.⁷⁰⁶ En réalité, la différence entre les deux approches n'est pas si grande.

Le pouvoir d'appréciation des juges anglais et américains - vestige de l'époque où l'on voyait dans la clause d'élection de for une tentative des parties de soustraire un litige à la compétence du tribunal⁷⁰⁷ - est en effet un pouvoir *résiduel* qui ne s'exerce que dans des circonstances exceptionnelles. En principe, la clause d'élection de for sera honorée. C'est ce qu'a rappelé récemment la Cour d'Appel anglaise dans l'affaire *Akai*, dans laquelle elle a noté que "lorsqu'une partie saisit un tribunal en violant manifestement une clause d'élection de for, le juge n'est pas tenu de donner effet à celle-ci, mais possède un pouvoir d'appréciation sur cette question ; son appréciation doit le conduire à honorer la

choses ont changé avec l'*Arbitration Act* de 1996, dont la section 9 indique que le tribunal est dans l'obligation de surseoir à statuer en présence d'une clause compromissoire.

⁷⁰⁴ *Cors.* surtout le § 80 Restatement 2nd, "[...] the parties' agreement as to the place of the action cannot oust a state of judicial jurisdiction, but such an agreement will be given effect unless it is unfair or unreasonable", le commentaire précise que la clause peut être écartée lorsque le for élu par les parties "would be a seriously inconvenient one for the trial of the particular action".

M. Park résume la situation de la manière suivante : "No American jurisdiction - with the exception of New York state in limited cases - will treat court selection clauses as dispositive. No federal statute enforces the choice-of-court clauses in the way that the federal Arbitration Act enforces arbitration agreements. In practice of course, courts do tend to recognize jurisdiction clauses. [...] However respect for the clause remains a matter of judicial discretion. Court selection agreements will constitute only one factor to be weighed among many others in the balance of convenience and fairness. Several Supreme Court decisions are often cited for the proposition that court selection clauses will be enforced. Yet what these cases actually say is that jurisdiction agreements will be respected if 'reasonable' by reference to a multiplicity of factors that vary from court to court", in W. W. PARK, "When and Why Arbitration Matters", in *The Commercial Way to Justice*, Kluwer Law International, 1997, 77. V. du même, "Bridging the Gap in Forum Selection : Harmonizing Arbitration and Court Selection", *Transnat'l Law and Contemporary Problems*, 1998, (19-56), 23.

Ce pouvoir d'appréciation est parfois exclu à l'égard de certaines clauses, *infra* note 704 pour le droit de l'Etat de New York.

Paradoxalement, les juridictions anglo-saxonnes sont plus enclines à accorder effet à une convention d'arbitrage et de façon plus générale aux clauses qui prorogent leur compétence. Cette différence est dénoncée par la doctrine, p. ex. E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M. C.L.Q.*, 1998, (182), 200-201.

⁷⁰⁵ L'existence d'une marge de manœuvre dans le chef des juges anglais à l'égard des clauses d'élection de for n'est pas sans soulever la question d'une application, dans l'utilisation de ce pouvoir discrétionnaire, des principes dégagés pour le *forum non conveniens*. MM. North et Fawcett (CHESHIRE et NORTH, 1999, 352) notent que « the law has not yet reached the stage where the two forms of discretion can be assimilated ». Dans le même sens, E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 189-190.

⁷⁰⁶ On remarquera que la séparation entre les deux familles juridiques sur base de l'existence ou non d'un pouvoir discrétionnaire n'est pas unique. On la retrouvera également à l'égard de cette autre manifestation de l'ouverture au fait judiciaire étranger que constitue la coordination des procédures concurrentes par l'abstention, où l'automatisme de la litispendance internationale s'oppose au caractère discrétionnaire du *forum non conveniens*.

⁷⁰⁷ L'origine de cette distinction est rappelée par M. Kirsch, dans son rapport pour le Committee on International Civil and Commercial Litigation de l'ILA, "Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens Considerations", inédit, cité par C. MCLACHLAN, "Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation", *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, 6.

volonté des parties, sauf si un motif légitime et impératif de refus est invoqué⁷⁰⁸ Les circonstances dans lesquelles un juge anglais refusera de donner suite à une clause sont en réalité extrêmement limitées.⁷⁰⁹

D'autre part, l'absence de pouvoir d'appréciation dans le chef des tribunaux de droit civil ne garantit pas qu'ils donneront nécessairement et aveuglément suite à tous les accords des parties. L'effet dérogoire ne leur sera reconnu que moyennant le respect de conditions touchant à la forme et au fond de l'accord.

Dans les deux systèmes, la marge de respect que l'ordre juridique accorde à la volonté des parties est sensiblement la même, même si elle est exprimée différemment.⁷¹⁰ Là où les tribunaux anglais et américains préfèrent se réserver un large pouvoir d'appréciation, qu'ils n'utiliseront qu'exceptionnellement, les tribunaux de droit civil se contentent de contrôler le respect des conditions de forme et de fond posées pour les clauses d'élection de for. Le pouvoir d'appréciation qui leur fait défaut est en quelque sorte compensé par les nombreuses exigences auxquelles est subordonnée la validité et l'efficacité de ces conventions. Quel que soit le système retenu, force est de constater que le for dérogoire se réserve un pouvoir de contrôle à l'égard de l'autonomie de la volonté; la différence entre les traductions positives de ce pouvoir est plus une question de sensibilité qu'une distinction de principe.⁷¹¹

La vraie différence réside sans doute dans le souci de sécurité juridique, qui conduit les pays de droit civil à une approche plus rigide, le système anglais faisant peser une plus grande incertitude sur les clauses d'élection de for.⁷¹²

(b) Différences substantielles sur l'application des principes : quelques exemples

141. Introduction - Malgré les différences de technique juridique, largement explicables par la sensibilité et l'histoire, plus personne ne conteste aujourd'hui la validité

⁷⁰⁸ *Akai v People's Insurance*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 90, 104-105 : "Where a plaintiff sues in England in clear breach of a foreign jurisdiction clause, the Court is not bound to grant a stay but has a discretion whether or not to do so; the discretion should be exercised by granting a stay unless a strong cause for not doing so is shown" (nous soulignons - cette affaire a également été soumise aux tribunaux australiens, v. *Akai Pty. Ltd. v People's Insurance Co Ltd.* (1997) 188 CLR 418). Mme. *North* et *Fawcett* confirment cet état des choses pour le droit anglais (CHESHIRE et NORTH, 1999, 352-353 : "The principle that parties should abide by their agreement is of great importance in cases involving an exclusive jurisdiction clause. The starting point is that the English proceedings should be stayed if there is such a clause providing for the exclusive jurisdiction of a foreign court [...]") et MME. *Scotes* et *Hay* font de même pour le droit américain (E. SCOTES, P. HAY, P. BORCHERS et S. SYMEONIDES, 2000, 471 : "Although courts often recite that a showing of fraud or duress renders a forum clause inoperative, in practice clauses are rarely denied enforcement on this ground").

⁷⁰⁹ V. également Mlle. *Chalas*, qui note que "le principe fondamental proposé comme ligne directrice est que les parties doivent respecter leur engagement" (167, n° 168). L'auteur montre qu'il en va ainsi aussi bien lorsque le défendeur a été assigné en Angleterre alors que les parties avaient élu un tribunal étranger, que lorsque le demandeur cherche à obtenir la 'leave to serve out of the jurisdiction' en présence d'une même clause (pp. 167-170).

⁷¹⁰ On remarquera que selon les Principes de Leuven-Londres, qui cherchent à réaliser la synthèse entre les traditions civile et de *common law*, le for élu est obligé de donner suite à la clause d'élection de for, et ne possède aucun pouvoir d'appréciation à cet égard sauf dans le cas où l'élection de for n'est pas exclusive (principe n° 3). Ceci représente une évolution dans la direction de la tradition continentale.

⁷¹¹ Comment pourrait-on expliquer l'importante popularité des tribunaux de Londres auprès des contractants, s'il s'avérait que ces tribunaux passent systématiquement outre les clauses d'élection de for qu'ils s'ingénient à conclure ?

⁷¹² C'est cette incertitude qui est dénoncée par W. PARK, étude précitée, *Transnat'l Law and Contemporary Problems*, 1998, 19-56.

de principe des conventions de juridiction.⁷¹³ Comme le note M. Born, « dans la plupart des juridictions, on accordera en principe effet aux clauses d'élection de for, sous réserve de certaines exceptions ».⁷¹⁴

On ne peut en dire autant des conditions et modalités particulières qui forment le statut des conventions de juridiction. Il subsiste à cet égard de nombreuses différences entre les droits nationaux. Certes une large partie du contentieux échappe au droit commun des Etats pour tomber sous l'emprise de conventions internationales. Et on ne peut nier l'œuvre unificatrice de ces différents instruments, notamment des Conventions de Bruxelles et de Lugano.⁷¹⁵ Ces conventions ont à leur manière contribué à renforcer l'autonomie des parties et à prévenir les conflits en uniformisant les règles relatives aux conventions de juridiction.⁷¹⁶ L'entreprise d'unification est cependant loin d'être achevée. En particulier, les différentes conventions n'excluent pas nécessairement l'application du droit national pour certaines questions – sans qu'elles précisent d'ailleurs toujours quel est le droit qui s'applique, ce qui soulève de difficiles questions (*infra*, n° 157). En outre, la multiplication des conventions n'est pas sans poser de délicats problèmes de coordination.

En somme, l'effort d'harmonisation et la tendance manifeste vers une plus grande convergence n'ont pas éliminé le risque que différentes instances se prononcent de façon

⁷¹³ Les réalités socio-économiques ne sont sans doute pas étrangères à la reconnaissance généralisée de l'autonomie de la volonté en matière de compétence internationale. Les tribunaux ont montré qu'ils sont pleinement conscients de la nécessité d'autoriser le recours à ces conventions pour favoriser le développement du commerce international. Dans un attendu devenu célèbre, la Cour Suprême des Etats-Unis a ainsi dans l'affaire *Zapata* (*supra*, n° 125) dénoncé le « provincialisme » de la Cour d'Appel du 5^{ème} Circuit, qui avait refusé d'honorer une clause en faveur des tribunaux anglais. Selon la Cour, "[t]he expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our law and in our courts", (407 U.S. 1, 8 (1972)). Au delà de la prévisibilité pour les parties et de la sécurité juridique, essentielles au développement du commerce juridique international, la question intéresse également le monde judiciaire en général, et les avocats en particulier, qui ont tout à perdre d'une 'migration' du contentieux vers des cieux plus cléments pour l'autonomie de la volonté. V. à ce propos les explications de M. WHINCOP, « Three Positive Theories of International Jurisdiction », *Melbourne Int'l L. Rev.*, 2000, (379), 390-392. Commentant la décision *Continental Bank* (*infra*, n° 141), M. Hartley notait par exemple que si la position de la Cour d'Appel – qui insistait sur le respect dû à la volonté des parties, au mépris des règles européennes de coordination des procédures concurrentes – devait s'avérer fautive, « the result would probably be that bankers and other businessmen would insert a New York jurisdiction clause into their contract in place of an English one » (Observations sous *Continental Bank*, *Eur. L. Rev.*, 1994, (549), 552). Ce n'est pas un hasard si le droit de l'Etat de New York, dont la renommée comme centre d'affaires n'est plus à faire, exclut tout pouvoir d'appréciation du juge à l'égard des clauses d'élection de for lorsque la valeur du litige dépasse un million de dollars, dès lors qu'elles sont accompagnées d'une clause de choix de droit pour le droit de New York (N.Y. Gen. Obl. Law, § 5-1402(1) (1989) at N.Y.C.P.L.R. 327 (b)).

⁷¹⁴ G. B. BORN, *ac*, *La Haye, Kluwer, Law International*, 1999, 91 : "in most developed jurisdictions, there is a presumptive willingness to enforce forum selection clauses, subject to various exceptions".

⁷¹⁵ Le siège de la matière est l'article 17 des Conventions, devenu l'article 23 du Règlement 44/2001. En général sur le régime européen des clauses d'élection de for, v. H. BORN, "Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles", *J.T.*, 1995, 353-363; CH. KOHLER, "Internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen. Liberalismus und Rigorismus im EuGVÜ", *IPRax*, 1983, 265-272 ; B. ANCEL, "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles", *R.D.I.P.P.*, 1991, 263-294 ; L. KILLIAS, *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*, Zürich, Schulthess, 1993, 283 p.; E. R. SACHPEKIDOU, "Substantive Requirements and Effects of Jurisdiction Agreements", in *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, 69-83; I. SAENGER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ und LugÜ", *Z.Z.P.*, 1997, 477-498. Il faut également mentionner l'article 4 du projet de Convention de La Haye, v. Rapport de MM. Nygh et Pocar, 41-46.

⁷¹⁶ On mentionnera également la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for le 25 novembre 1965. Cette convention n'est cependant jamais entrée en vigueur faute de ratification. V. P. LAGARDE, "La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for", *Travaux comité français D.I.P.*, 1964-66, 151 e.s. ; K. H. NADELMANN, "The Hague Conference on Private International Law and the Validity of Forum Selecting Clauses", *Am J. Comp. L.*, 1964, 157-160 ; C. W. DUBBINK, "Het Haagse Verdrag betreffende de overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter", *W.P.N.R.*, 1965, n° 4854 et 4855.

contradictoire sur une même convention de juridiction.⁷¹⁷ Comme le relève l'Association de Droit International, si le principe d'autonomie de la volonté a été reconnu dans la plupart des pays, "il a pris forme concrète de multiples manières".⁷¹⁸

Dans la suite de ce chapitre, nous nous proposons de donner quelques exemples des questions qui peuvent séparer deux tribunaux à propos d'une même convention de juridiction.⁷¹⁹

1. Convention de juridiction et comparution volontaire

142. Portée de la comparution volontaire - L'existence d'une clause d'élection de for n'empêche pas en tant que telle une partie de s'adresser à un autre tribunal que celui désigné dans la clause. On a vu que le tribunal ainsi saisi procédera en règle générale à un examen de la clause avant de statuer sur sa compétence (*supra*, n° 131). Encore faut-il qu'il ait connaissance de l'existence de cette convention. Pour s'en assurer, et le convaincre de la validité de l'accord, la partie adverse aura tout intérêt à comparaître devant le juge saisi en violation de la clause. En principe, la comparution volontaire du défendeur aura pour unique but de soulever un déclinatoire de compétence déduit de l'accord des parties.

Ce scénario, classique, n'est toutefois pas sans risque pour la partie qui entend se prévaloir de la clause d'élection de for. Il faudra en effet veiller à ce que la comparution ne soit pas interprétée comme une *soumission* tacite à la compétence du tribunal.

Le danger est connu ; l'ambiguïté entourant la comparution du défendeur est d'autant plus grande lorsque celui-ci présente, en sus du déclinatoire, ses moyens de défense au fond. Il faudra alors veiller à souligner le caractère *subsidaire* de cette défense, sous peine de perdre le bénéfice du déclinatoire de compétence. Or, dans de nombreux pays, le défendeur se voit contraint de présenter ses moyens de défense au fond avec le déclinatoire de compétence, sous peine de forclusion. C'est apparemment le cas en Grèce, ce qui a conduit les tribunaux anglais et grecs à adopter dans l'affaire *Continental Bank*⁷²⁰ des conclusions divergentes à propos d'une même clause d'élection de for.

⁷¹⁷ Risque que n'exclut pas l'existence d'une clause compromissoire, M. *van Houtte* constate ainsi que les pouvoirs concurrents des juges et des arbitres d'examiner la validité de la convention d'arbitrage peuvent conduire à la naissance de procédures parallèles, H. VAN HOUTTE, *l.c.*, *Reu Dr. IntL. Dr. Comp.*, 1993, (28), 31-32 et du même, "Parallel proceedings before State Courts and Arbitration Tribunals. Is there a transnational lis pendens-exception in arbitration or jurisdiction conventions ?" *ASA Special series N° 15*, Janvier 2001, ASA-IBA, Zürich, 35-54.

⁷¹⁸ C. MCLACHLAN, *l.c.*, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, 5 : "it has been given effect in a number of different ways"

⁷¹⁹ M. Bell propose une lecture similaire des conventions de juridiction dans un article dans lequel il examine 6 'angles d'attaque' qui peuvent être invoqués par une partie qui tente de se soustraire à une convention de juridiction. Son analyse est cependant quasi-entièrement centrée sur la *common law* (A. S. BELL, *l.c.*, *J. Contract L.*, 1996, 53-52 et 97-119, spéc. 97-119).

⁷²⁰ *Continental Bank NA v Aegean Cia Naviera SA* [1994] 2 All ER 540, [1994] WLR 588, [1994] 1 Lloyd's Rep. 505 (C.A.). V. les commentaires de A. BRIGGS, "Anti-European Teeth for Choice of Court Clauses", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1994, 158-163; T.C. HARTLEY, "Brussels Jurisdiction and Judgments Convention : Jurisdiction Agreement and Lis Alibi Pendens", *Eur. L. Rev.*, 1994, 549-552; P. ROGERSON, "English Interference in Greek Affairs", *Cambridge L.J.*, 1994, 241-244; J. COLLIER, *The All England Law Reports Annual Review*, 1994, 79 e.s.; A. BELL, "Anti-Suit Injunctions and the Brussels Convention", *L.Q.R.*, 1994, 204-209.

143. **Illustration, l'affaire *Continental Bank*** - Dans cette affaire, les parties avaient convenu de soumettre leurs différends éventuels aux tribunaux anglais. Lorsqu'un litige survint quant au remboursement des prêts consentis par la banque anglaise, l'emprunteur saisit les tribunaux grecs d'une demande alléguant la responsabilité extracontractuelle de l'autre partie.⁷²¹ En l'espèce la banque comparut devant le tribunal d'Athènes pour soulever un déclinatoire de compétence. Selon le Code de Procédure Civile grec, elle était obligée, à peine de forclusion, de présenter également sa défense au fond. Cette obligation a provoqué une certaine confusion dans le chef du tribunal anglais, que la banque avait entre temps saisi. Se fondant sur les opinions autorisées de plusieurs experts grecs, la Cour d'Appel a en effet déduit que la comparution du défendeur devant le tribunal grec valait prorogation tacite de compétence parce que le défendeur s'était dans un premier temps mis d'accord avec son adversaire pour solliciter un report d'audience.⁷²²

Bien que le tribunal grec ne se fût pas encore prononcé sur sa compétence, les juges de la Cour d'Appel présumèrent qu'il écarterait la clause attributive de juridiction. Or dans l'esprit des juges anglais, il ne faisait pas de doute que cette clause était valable et que la saisine du tribunal grec constituait une manœuvre destinée à retarder, sinon à paralyser la procédure anglaise au fond. Sans attendre que le conflit naisse réellement, avec la décision du tribunal concurrent sur sa compétence, la Cour d'Appel a tenté d'y mettre fin de façon anticipative en interdisant au défendeur de poursuivre la procédure grecque !⁷²³

144. **Application du droit national et risque de divergences** - Quels que soient les mérites de cette appréciation 'anticipée' du conflit par la Cour d'Appel anglaise (*infra*, n° 185), cette décision illustre les divergences pouvant résulter de la confrontation entre une clause attributive de juridiction et la comparution volontaire du défendeur. Le traitement procédural de cette dernière relève du droit national, même sous l'empire de la Convention de Bruxelles. La Cour de Justice s'est en effet contenté de préciser que la présentation d'une défense sur le fond n'avait pas pour effet de neutraliser l'exception d'incompétence, pour autant que la défense au fond soit présentée *à titre subsidiaire*.⁷²⁴ Les autres aspects de l'exception d'incompétence, et notamment la question du moment auquel doit être soulevée l'exception, relèvent en principe du droit national.⁷²⁵

⁷²¹ Demande fondée sur l'article 919 du Code civil grec, l'emprunteur alléguant la violation de l'obligation de bonne foi du prêteur.

⁷²² *Continental Bank NA v Aegean Sea Navigation SA.*, [1994] 1 W.L.R. 588, 598. On peut se demander si une décision en ce sens du tribunal grec aurait été conforme à l'interprétation qu'a donné la Cour de Justice de l'article 18. On sait en effet que dans l'affaire *Elefanten Schuh* (C.J.C.E., 24 juin 1981, aff. 150/81, *Rec.*, 1981, 1671) la Cour a décidé que « l'article 18 [...] doit être interprété en ce sens que la règle de compétence que cette disposition établit n'est pas applicable lorsque le défendeur conteste non seulement la compétence mais conclut en outre sur le fond du litige », point 17). Dans le même sens, C.J.C.E., 22 octobre 1981, *Rohr c. Osberger*, affaire 27/81, *Rec.*, 1981, 2431.

⁷²³ Sur cette interdiction, v. les développements *infra*.

⁷²⁴ Arrêts *Elefanten Schuh* et *Rohr* précités.

⁷²⁵ Dans l'arrêt *Elefanten Schuh*, la Cour devait se pencher sur la question de savoir si l'exception d'incompétence devait être soulevée 'in limine litis' pour déjouer l'effet d'une comparution volontaire. Elle a fait observer que la notion de *limen litis* est « d'une application difficile, étant donné les différences sensibles existant entre les législations des Etats contractants en ce qui concerne la saisine des juridictions, la comparution des défendeurs et la façon dont les parties au litige doivent formuler leurs conclusions » (point 16). La seule limite posée par la Cour est que l'exception d'incompétence « ne peut en tout état de cause, se situer après le moment de la prise de position considérée, par le droit procédural national, comme la première défense adressée au juge saisi » (point 16). A l'intérieur de cette limite, la *lex fori* recouvre son emprise pour régler les questions de procédure. L'article 18 laisse ouverte une autre question, celle de savoir s'il peut s'appliquer lorsqu'aucune des parties n'est domiciliée dans un Etat contractant, v. sur cette question H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 104, n° 144.

On ne peut dès lors exclure que des divergences voient le jour entre tribunaux, en ce compris au sein de l'espace judiciaire européen, à propos de l'effet de la comparution volontaire d'une partie sur la possibilité d'invoquer une clause d'élection de for.⁷²⁶ Voilà un premier exemple des difficultés qui peuvent conduire à l'apparition de procédures concurrentes malgré l'existence d'une telle clause.⁷²⁷ Cet exemple montre que les difficultés ne sont pas confinées au droit commun, mais peuvent également toucher le droit conventionnel.

2. Validité formelle des clauses d'élection de for

145. **Généralités** - Ces mêmes difficultés peuvent également surgir à l'occasion d'un conflit portant sur les *conditions de validité formelle* d'une clause d'élection de for. La matière est vaste. On sait que la plupart des droits nationaux subordonnent l'exercice par les parties de leur autonomie de volonté au respect de certaines conditions de forme. On ne saurait le leur reprocher, s'agissant de s'assurer par ce biais que les parties ont réellement souscrit à l'engagement qu'on leur oppose.

Traditionnellement l'exigence d'un *écrit* joue un rôle central dans l'appréciation de la validité formelle de la clause attributive de juridiction. Cette exigence est par exemple au centre des conditions posées à la validité de telles clauses au sein de l'espace judiciaire européen.⁷²⁸ Comme le remarquent MM. *Redfern* et *Hunter* à propos de la clause compromissaire, la tendance générale en la matière est de privilégier la substance sur la forme.⁷²⁹

On observe ainsi que la Convention de Bruxelles, qui posait à l'origine des exigences formelles assez strictes, n'a eu cesse d'être assouplie au fil des révisions successives, avec l'appui d'ailleurs de la jurisprudence de la Cour de Justice.⁷³⁰ Dans le régime actuel, il n'est plus nécessaire que la clause fasse l'objet d'un accord spécifique de la part des deux

⁷²⁶ La difficulté n'a pas échappé à l'attention des rédacteurs de la future Convention de La Haye, v. les observations de P. Nygh et F. Pocar, rapport précité, 47-48, d'où il ressort que les droits nationaux peuvent conférer une portée différente au même comportement du défendeur. La portée conférée à la comparution peut d'autant plus varier lorsqu'il a accepté la signification de la citation ou a demandé à ce que d'autres documents lui soient signifiés.

⁷²⁷ Un arrêt récent du tribunal fédéral suisse illustre l'importance de la question du moment auquel le défendeur se prévaut de la clause attributive de juridiction pour appuyer une exception d'incompétence : TF, 14 mai 2001, ATF, 127 III 279 ; *Bull. ASA*, 2001, 544 et les notes de M. LIATOWITSCH, « Die Anwendung der Litispendenzregeln von art. 9 IPRG durch Schweizerische Schiedsgerichte : ein Paradox ? Überlegungen zu einer Bundesgerichtsentscheid von 14. mei 2001 im lichte von BGE 124 III 82 », *Bull. ASA*, 2001, 422-438 et de J.-M. VULLIEMIN, « Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger », *Bull. ASA*, 2001, 439-450. En l'espèce, une partie avait tardé à sa prévaloir d'une exception d'arbitrage dans une procédure panaméenne, avec comme résultat que cette procédure se vut doublée d'une procédure en Suisse.

⁷²⁸ Art. 17, devenu l'article 23(2) du Règlement 44/2001, *J.O.C.E.*, 16 janvier 2001, L-12/1.

⁷²⁹ Selon ces auteurs, « [a]s long as there is some written evidence of an agreement to arbitrate, the form in which that agreement is recorded is immaterial », A. REDFERN et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 142-143. Cette tendance 'lourde' est si manifeste qu'on a pu se demander si l'exigence d'un écrit telle que formulée dans la Convention de New York (article II(2) de la Convention de New York) n'était pas inadaptée aux besoins de la pratique. En général, N. KAPLAN, "Is the need for writing as expressed in the New York Convention and Model Law out of step with commercial practice?", *Arb. Int'l.*, 1996, 27-45 et M. M. COHEN, "Agreements in Writing : Notes in the Margin of the Sixth Goff Lecture", *Arb. Int'l.*, 1997, 273-274.

⁷³⁰ *Comp.* par exemple la décision de la Cour dans l'affaire *Estasi* (C.J.C.E., *Estasi Salotti*, 14 déc. 1976, *Rec.*, 1976, 1831 ; *J.D.I.*, 1977, 34, note BISSCHOFF ; *R.C.D.I.P.*, 1977, 585, note E. MEZGER) avec celle dans l'affaire *Powell Duffryn* (C.J.C.E., 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, *Rec.*, I-145 ; *R.C.D.I.P.*, 1992, 528, obs. H. GAUDEMET-TALLON et *J.D.I.*, 1993, 44, obs. BISSCHOFF).

parties, ou soit signé de leurs mains. Il suffit qu'il résulte des circonstances de la cause que les parties se sont effectivement accordées ou peuvent être considérées comme s'étant accordées.⁷³¹ Le rôle accordé aux usages du commerce international a contribué de façon significative à la libéralisation du régime européen.⁷³²

Le droit commun français semble également évoluer vers une certaine flexibilité en matière de forme des clauses attributives de juridiction. L'article 48 NCPC exige pour l'ordre interne que la clause attributive ait « été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Sensible aux exigences du commerce international, la jurisprudence s'est toutefois éloignée du formalisme en vigueur pour les espèces internes. Les exigences de l'article 48 ont ainsi été assouplies, de telle sorte que l'on admet par exemple aujourd'hui qu'une clause puisse valablement figurer dans un document extérieur au contrat principal, pour autant qu'il y soit fait référence directement ou indirectement dans ce dernier document.⁷³³

146. La clause d'élection de for par référence, source de conflits - Des différences subsistent cependant quant aux modalités concrètes qui doivent traduire l'exigence d'un accord des parties. Le contentieux de la validité formelle des clauses attributives de juridiction révèle en effet que les pierres d'achoppement demeurent nombreuses. Parmi les multiples exemples on évoquera celui de la validité d'une clause d'élection de for par référence. Bien qu'elle portait sur une clause compromissoire, l'affaire *Tracorin* illustre parfaitement les difficultés sur lesquelles peuvent buter les parties à une clause d'élection de for.⁷³⁴

En l'espèce, le contrat conclu entre un vendeur soudanais et un acheteur suisse faisait référence à une clause particulière des conditions générales établies par une association professionnelle. Cette clause imposait aux parties d'avoir recours en cas de litige à un tribunal arbitral siégeant à Londres. Les marchandises vendues s'avérant de mauvaise qualité, l'acheteur saisit les tribunaux suisses. Le vendeur s'opposa naturellement à cette saisine en invoquant la clause compromissoire. Les tribunaux suisses refusèrent toutefois de décliner leur compétence, la clause compromissoire ne trouvant pas grâce aux yeux du concordat inter cantonal sur l'arbitrage en vigueur à l'époque, qui exigeait apparemment qu'une convention d'arbitrage soit reproduite *in extenso* dans le contrat.⁷³⁵ Les tribunaux anglais de leur côté ne doutèrent pas un instant de la validité de la clause d'arbitrage et

⁷³¹ Le projet de Convention de La Haye adopte une attitude tout aussi libérale, cfr. Le Rapport de MM. Nygh et Pocar, 45-46.

⁷³² V. les arrêts C.J.C.E., 20 janvier 1997, *MSG*, *Rec.*, 1997, I, 911 ; *R.C.D.I.P.*, 1997, 463 et du 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali*, précité, *Rec.*, 1999, I-1036. En général, S. KRÖLL, "Gerichtsstandsvereinbarungen aufgrund Handelsbrauch im Rahmen des GVÜ", *Z.Z.P.*, 2000, 135-159.

⁷³³ P. ex. Cass., fr. 30 janvier 1990, *Bull. Civ.*, IV, n° 26 ; Cass. Civ., 30 juin 1992, *.C.P.*, 1992, IV, 2510 ; *D.*, 1994, 169, note PH. HUEZ. Sur cette jurisprudence, v. C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, Paris, L.G.D.J., 1995, 54-55 ainsi que A. HUET, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 581-41, 12-17, 1995. M. Mayer suggère même que « les solutions de la Convention de Bruxelles [...] pourraient ainsi être considérées comme faisant partie du droit commun français » (1998, 198, n° 303).

⁷³⁴ Sur cette affaire, v. C. REYMOND, "La clause arbitrale par référence", *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, C. REYMOND et E. BUCHER (éds.), Schulthess, Zürich, 1984, 85 es. ; J.-F. POUDRET, "La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage", *Mélanges Guy Flattet. Recueil de travaux offert à Guy Flattet*, Lausanne, Payot, 1985, 523-538 et plus récemment A. SAMUEL, "Arbitration Clauses incorporated by general references and formal validity under Article II(2) of the New York Convention", *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, J. HALDY et al. (éds.), Lausanne, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, 505-518. En général sur la clause arbitrale par référence, B. OPPETIT, "La clause arbitrale par référence", *Reu arb.*, 1990, 551-569 ; X. BOUCOUBZA, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", *Reu arb.*, 1998, 495-516.

⁷³⁵ Décision inédite prise sur base de l'article 6(1) du Concordat intercantonal sur l'arbitrage en vigueur à l'époque.

allèrent même jusqu'à ordonner à l'acheteur de mettre fin à la procédure suisse.⁷³⁶ Voilà donc les parties contraintes non seulement de débattre devant une instance autre que celle qu'ils avaient élue, de la validité de leur stipulation, mais en outre de conduire parallèlement deux procédures portant sur le même litige. On mesure l'ampleur du gaspillage lorsque l'on sait que la clause compromissoire visait précisément à éviter, entre autre, tout incident sur la compétence !

Finalement le conflit fut résolu lorsque le vendeur, voulant obtenir en Suisse l'exécution de la sentence arbitrale, parvint à démontrer que les parties s'étaient mises d'accord après la naissance du litige pour confier la résolution de celui-ci à un tribunal arbitral.⁷³⁷ Toujours est-il que cette affaire illustre parfaitement la possibilité que deux tribunaux se prononcent différemment sur la question de l'incorporation par référence d'une même clause attributive de juridiction et ouvre ainsi la porte au scénario 'catastrophe' des procédures concurrentes.⁷³⁸

L'affaire *Tracomim* est également intéressante parce qu'elle illustre les difficultés relatives à la question du droit applicable à la validité de la clause compromissoire. En l'espèce, les tribunaux suisses et anglais ont chacun appliqué leur propre droit pour décider si la clause par référence faisait partie du contrat conclu par les parties. On reviendra ultérieurement sur cette question pour le moins vexante (*infra*, n° 162).

3. Domaine de l'autonomie de la volonté

147. Limites à la liberté des parties - L'étendue de l'autonomie de volonté des parties constitue également un terrain propice à l'apparition d'interprétations divergentes d'une même clause entre for dérogé et for prorogé et dès lors de procédures concurrentes. Tous les ordres juridiques limitent d'une manière ou d'une autre la liberté dont disposent les parties pour déterminer la façon dont leurs litiges doivent être réglés. Ces limites se traduisent par l'interdiction généralement faite aux parties de désigner le juge compétent dans les litiges relatifs à l'état des personnes.⁷³⁹ Les règles de compétence impératives empêchent également les parties de désigner librement le tribunal

⁷³⁶ *Tracomim SA v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. et al. (No 2)*, [1983] 3 All ER 140, [1983] 1 WLR 1026, [1983] 2 Lloyd's Rep. 624 (CA).

En première instance, le juge avait refusé d'accorder une interdiction de procéder ([1983] 2 All ER 129). On peut noter que le juge avait reconnu que sa décision laissait intact le conflit de procédures, mais que l'existence d'une pluralité de procédures ne justifiait pas à elle seul le recours à l'injonction : "True it is that this [le refus d'accorder l'injonction] may result in duplicity of proceedings, but that is not a sufficient reason in my judgment for the court to attempt to restrain the plaintiffs from proceeding in their own courts" ([1983] 2 All ER (129), 137). Sur cette question, *infra*, n° 220.

⁷³⁷ TF, 5 novembre 1985, ATF 111 II 253 ; Y.C.A., 1987, vol. 12, 511 (on ne peut s'empêcher de voir dans la décision du tribunal fédéral décelant un accord sur l'arbitrage dans l'échange de telex entre parties après la naissance du litige, une manœuvre astucieuse visant à mettre fin au conflit opposant les tribunaux suisses et anglais).

⁷³⁸ V. également l'affaire *Mark Edmund Denby et al. v The Hellenic Mediterranean Lines Co. Ltd.* [1994] 1 Lloyd's Rep. 320 (QB) (contrat d'assurance faisant référence à certaines conditions générales établies par la Lloyd's of London, contenant une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais. Les assurés saisissent les tribunaux grecs. Bien que ces tribunaux ne se soient pas encore prononcés en l'espèce, il semble que selon le droit grec, l'incorporation par référence n'était valable qu'à la condition qu'elle soit claire et expresse et que le document auquel il était fait référence soit attaché au contrat, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (p. 323). Le tribunal anglais note cependant que cette condition n'a pas lieu d'être puisque la Convention de Bruxelles, applicable en l'espèce, "is a self-contained code").

⁷³⁹ *Supra*, n° 121.

compétent.⁷⁴⁰ D'autres restrictions visent à protéger les parties dites 'faibles', par exemple en matière de contrat de consommation, de travail ou d'assurance.⁷⁴¹

148. Convergences des pratiques nationales - L'étendue du domaine 'réservé' aux tribunaux nationaux et soustrait à l'autonomie de la volonté dépendra de la confiance qu'un ordre juridique accorde à la justice étrangère.⁷⁴² Elle est également fonction des considérations de politique législative qu'un ordre juridique entend faire respecter pour les litiges qui entrent dans sa sphère d'influence. La sanction de l'indisponibilité d'un litige sera assurée *directement* par le refus des tribunaux de donner suite à la clause attributive de juridiction dérogeant à leur compétence et *indirectement* par le refus éventuel de collaborer à l'exécution d'une décision étrangère.

Chaque ordre juridique détermine librement le domaine qu'il entend réserver à ses juridictions et que les parties ne peuvent soustraire à leur emprise. On comprendra que les limites qui sont imposées aux parties peuvent varier d'un pays à l'autre. Comme le notent MM. Redfern et Hunter à propos de l'arbitrage, "chaque Etat détermine selon ses propres impératifs politiques, sociaux et économiques quels litiges peuvent ou ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage".⁷⁴³ Il ne faut certes pas surestimer les risques de contradiction en la matière.⁷⁴⁴ D'importantes convergences se font en effet jour entre les pratiques nationales pour tracer les frontières de l'autonomie de la volonté, qui semblent reculer avec le temps.

149. Différences d'appréciation entre les approches nationales - Des différences subsistent cependant, qui peuvent conduire à des appréciations contradictoires d'une seule et même clause. On connaît les difficultés qu'ont rencontrés les plaideurs désireux d'opposer à un citoyen allemand une clause d'élection de for (ou une clause compromissoire) contenue dans un contrat portant sur l'achat de certains produits financiers comme les options (le '*Börseterminingschäft*' dans la terminologie allemande).⁷⁴⁵

⁷⁴⁰ P. ex. art. 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Pour le droit suisse, A. BUCHER, 1998, 57, n° 147-148; en droit allemand, R. GEIMER, 1997, 427, n° 1642 et 457, n° 1769. En droit commun belge, RIGAUX et FALLON, II, 1993, 549-551, n° 1321-1323.

⁷⁴¹ Jusqu'à récemment une différence subsistait même entre les Conventions de Bruxelles et de Lugano quant à la possibilité de conclure une clause d'élection de for en matière de contrat de travail, v. H. VAN HOUTTE, "Forumbedingen in arbeidsovereenkomsten. Een onsamenhangende regeling", in *Liber amicorum Roger Blanpain. II. Arbeidsrecht*, Bruges, Die Keure, 1998, 455-469. Le droit américain contient peu de dispositions expresses visant à protéger une catégorie particulière de contractants contre d'éventuelles clauses les soustrayant à leur juge 'naturel'. Ce droit prévoit cependant une clause d'exception générale qui peut être invoquée dans des circonstances similaires à celles prévues par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, v. *Carnival Cruise Lines Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991) (la Cour autorise les juges du fond à passer outre une clause d'élection de for qui ne témoigne pas d'une 'fundamental fairness'. En l'espèce cependant, le consommateur, un voyageur amateur de croisières, fut présumé avoir accepté la clause).

Pour le droit suisse, v. l'article 114(2) de la LFDIP sur les contrats de consommation et l'article 7 du projet de Convention de La Haye.

⁷⁴² En matière d'arbitrage les limites à l'autonomie des parties sont généralement exprimées par le biais de l'exigence d'*arbitrabilité* du litige, sur cette exigence en général, v. par exemple en droit belge, B. DEMEULENAERE, "Arbitrabiliteit in het Belgische arbitragerecht anno 1998", *T.P.R.*, 1998, 645 e.s.

⁷⁴³ A. REDFERN et M. HUNTER, *ac*, 1999, 148, n° 3-21 : [e]ach State decides which matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social and economic policy". V. aussi A. SAMUEL, *Jurisdictional Problems in international commercial arbitration*, Zürich, Schulthess, 1989, 127 ("[...] arbitrability is essentially a national problem reflecting the individual concerns of different state").

⁷⁴⁴ A. REDFERN et M. HUNTER indiquent par exemple que, "[...] in broad terms, most commercial disputes are arbitrable under the laws of most countries" : *ac*, 1999, 154, n° 3-30.

⁷⁴⁵ Le même problème se posait jusqu'à l'adoption de la nouvelle législation sur l'arbitrage à l'égard des litiges relatifs aux pratiques anti-concurrentielles. Le § 91 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ne reconnaissait les clauses d'arbitrage que si elles donnaient à chaque partie le droit de s'adresser également aux tribunaux judiciaires, ce qui

Dans une décision de 1984, la Cour fédérale allemande a ainsi refusé d'honorer une clause d'élection de for parce que l'analyse faisait apparaître que le juge étranger choisi par les parties n'était pas tenu de faire application de la loi allemande protégeant les particuliers contre le risque de spéculation.⁷⁴⁶

Cette restriction à l'autonomie des parties aurait pu sonner le glas d'une clause d'élection de for qu'un courtier en bourse luxembourgeois opposait à un architecte allemand qui l'avait assigné devant le tribunal de première instance de *Darmstadt* pour entendre constater que les contrats liant les deux parties étaient nuls.⁷⁴⁷ Le courtier avait déjà saisi les tribunaux luxembourgeois pour réclamer le remboursement des sommes que l'architecte avait perdu lors de spéculations suite au crash boursier de 1987. Le tribunal luxembourgeois s'était déclaré compétent en s'appuyant sur la clause d'élection de for prévue dans le contrat de mandat. Tout indiquait que l'on se dirigeait vers des appréciations contradictoires de cette clause, puisque de son côté, l'architecte invoquait devant le tribunal allemand la nullité de la clause d'élection de for sur base du § 52 de la *Börsengesetz*, qui interdit les clauses de ce genre dans les contrats conclus avec les 'non professionnels'. La collision fut évitée de justesse ; le tribunal allemand refusa en effet de plier devant l'interdit de la législation allemande, en notant que la Convention de Bruxelles, applicable en l'espèce, ne permettait pas au demandeur d'invoquer une disposition nationale invalidant la clause.⁷⁴⁸ Sans le jeu de la Convention de Bruxelles, le tribunal allemand se serait sans doute déclaré compétent, ouvrant la voie à un véritable conflit de procédures.⁷⁴⁹

avait pour effet de rendre purement facultatif le recours à l'arbitrage, v. M. KÜHN, "Arbitrability of antitrust disputes in the FRG", *Arbitration Int'l*, 1987, 226 e.s. Cette limitation a été abolie par le § 19 de la Loi du 22 décembre 1997, v. P. SCHLOSSER, "La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage", *Reu arb.*, 1998, (291), 294. Le même problème se posait à l'égard des clauses d'élection de for avec l'article 98(2) de cette même loi, v. p. ex. OLG Stuttgart, 9 nov. 1990, *R.I.W.*, 1991, 333 ; [1992] *ILPr* 188 ; *IPRax*, 1992, 86 et la note de H. ROTH, "Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 17 EuGVÜ und Kartellrechtliche Derogationsverbot" (la Cour accepte de donner suite à la clause en raison de l'application de la Convention de Bruxelles).

⁷⁴⁶ BGH, 12 mars 1984, *N.J.W.*, 1984, 2037 ; *R.I.W.*, 1985, 78 ; *IPRax*, 1985, 216, note ROTH pp. 198-200. Sur cette jurisprudence, R. GEIMER, 1997457-458, n° 1770 (très critique à l'égard de la position du BGH).

Le BGH a également refusé de reconnaître une convention d'arbitrage parce que celle-ci, combinée à une clause d'élection de droit, avait pour effet de priver l'investisseur allemand malheureux de la protection offerte par la *Börsengesetz*, en particulier les §§ 53, 60 et 61 : BGH, 15 juin 1987, *IPRax*, 1989, 163, et les commentaires de J. SAMILEBEN, "Warentermingeschäfte im Ausland - eine Glückspiel?", *IPRax*, 1989, 148-155 et en général, R. BORK et E. STÖVE, *Schiedsgerichtsbarkeit bei Börsentermingeschäfte*, Köln, Heymann, 1992, 168 p.

⁷⁴⁷ LG Darmstadt, 2 décembre 1993, *IPRax*, 1995, 318.

⁷⁴⁸ Entre temps le problème semble résolu suite à une modification par de la loi, v. K. THORN, "Grenzüberschreitende Gerichtsstandsvereinbarungen in Kreditverträgen zur Finanzierung von Börsenspekulationen", note sous LG Darmstadt, 2 décembre 1993, *IPRax*, 1995, (294-299), 298-299.

⁷⁴⁹ En l'espèce il se serait agi d'un conflit entre une procédure et une décision, puisque le tribunal luxembourgeois s'était déjà prononcé. Dans le même registre, voir également les récentes décisions des tribunaux américains dans l'affaire de la *Lloyd's of London*. Plusieurs Cours d'Appel ont reconnu et donné effet à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Londres, alors que les demandeurs, des investisseurs américains qui avaient perdu de grosses sommes d'argent en investissant pour obtenir la qualité de 'Names' auprès de la *Lloyd's*, invoquaient la nullité de la clause parce qu'elle les privait de la protection de la législation RICO et surtout du droit boursier américain. Selon la Cour d'appel, l'interdiction des clauses d'élection de for prévues par ces dispositions ne s'appliquait pas en l'espèce, *Richards et al. v Lloyd's of London*, 135 F.3d 1289 (9th Cir. 1998). A la suite du dessaisissement des tribunaux américains, les tribunaux anglais donnèrent raison sur le fond à la *Lloyd's*. Cette dernière obtint ensuite l'exécution de cette décision aux Etats-Unis, v. p. ex. *The Society of Lloyd's v Ashender*, 233 F.3d 473 (7th Cir. 2000° et sur la saga des investisseurs déçus de la *Lloyd's*, H. BUXBAUM, « The Role of Public Policy in International Contracts : Reflecons on the U.S. Litigation Concerning Lloyd's of London », *IPRax*, 2002, 232-236.

4. Effet d'une convention de juridiction à l'égard des tiers

150. **Clause d'élection de for et connaissance maritime** - L'effet d'une convention de juridiction à l'égard d'un tiers constitue un dernier exemple des difficultés qui peuvent voir for élu et for dérogé se contredire. La matière est vaste, et a déjà fait couler beaucoup d'encre. Comme on l'a fait observer, la question de l'effet à l'égard des tiers peut se poser dans de nombreuses hypothèses.⁷⁵⁰ On pense aux difficultés soulevées par la possibilité d'invoquer une clause attributive de juridiction ou une clause compromissaire dans le cadre de groupe de sociétés, aux chaînes de contrats ou encore à la subrogation.⁷⁵¹

L'hypothèse qui va retenir ici notre attention est celle de l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction prévue dans un connaissance au tiers porteur de celui-ci. On sait que dans de nombreux pays, une forte suspicion entoure les clauses d'élection de for contenues dans les connaissances maritimes. Cette suspicion s'explique notamment par le souci d'éviter qu'un acquéreur soit contraint de procéder dans un for choisi unilatéralement par le transporteur maritime et qui serait plus favorable à ce dernier, par exemple parce qu'il montre une plus grande tolérance à l'égard des clauses d'exonération de responsabilité.⁷⁵²

⁷⁵⁰ N. COIPEL CORDONNIER, note sous Cass. fr. 1^{ère} Chambre, 8 février 2000, *R.C.D.I.P.*, 2000, (763), 764.

⁷⁵¹ V. p. ex. *Schiffahrtsgesellschaft Delev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 279 (CA) : suite à une avarie en haute mer, la cargaison transportée à bord d'un navire avait été endommagée. Après avoir dédommagé les propriétaires thaïlandais de la cargaison, l'assureur viennois saisit les tribunaux du Brésil, d'où était parti le navire, d'une demande visant à récupérer de l'affrètement à temps du navire les sommes versées. Celui-ci s'opposa à la demande en invoquant la clause compromissaire contenue dans le contrat le liant à l'affrètement au voyage, dans les droits duquel l'assureur était subrogé. Le tribunal brésilien se déclara compétent en décidant que la subrogation avait eu lieu non pas avec l'affrètement au voyage mais bien avec les propriétaires. Le tribunal anglais, qui avait entretemps été saisi par l'affrètement à temps, adopta la position inverse et conclut que l'assureur était lié par la clause compromissaire, ce qui justifiait l'injonction lui interdisant de poursuivre la procédure commencée au Brésil. V. également Cass. fr., 9 oct. 1984, *J.C.P.*, 1984, IV, 344 (la clause du connaissance prévoyant la compétence des tribunaux allemands est opposable aux assureurs français subrogés aux droits du destinataire).

⁷⁵² V. pour des manifestations de la réticence à l'égard des clauses prévues dans les connaissances, p. ex. en Angleterre, *The Hollandia*, [1983] 1 A.C. 565 (H.L.) (la Cour refuse, avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, de donner suite à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux des Pays-Bas parce que le transporteur pourrait profiter d'un régime plus avantageux pour sa responsabilité que celui prévu par le *Carriage of Goods by Sea Act* de 1977); *Pirelli Cables Ltd. and others v United Thai Shipping Corp., Ltd and others* [2000] 1 Lloyd's Rep. 663, 669 (le tribunal anglais n'accepte de donner suite à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux thaïlandais, qu'à la condition que le défendeur, transporteur maritime, accepte de ne pas se prévaloir des limitations de responsabilité que prévoit le droit thaïlandais, parce que celles-ci sont plus basses que celles du droit anglais : "the jurisdiction clause formed an effective part of the contract [...]; however by choosing Thailand as the forum for claims, the first defendant in fact limited its liability to a sum lower than that to which it was entitled to limit if the Hague-Visby rules applied; the consequence was that unless and until the first defendant undertook not to take advantage of the lower limit, the claimants were entitled to disregard the jurisdiction clause and bring proceedings in this country [...]"). Pour plus de détails, A. S. BELL, *l.c.*, *J. Contract L.*, 1996, (97), 104-108; E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, (182), 186-187 et CHESHIRE et NORTH, 1999, 355. V. également *The Bernaty*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 244.

Pour l'Allemagne, R. GEIMER, 1997, 457, n° 1770; H. SCHACK, 1996, 179, n° 452.

Comp. en droit américain *Vimar Seguros Y Reaseguros S.A. v M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995), qui a accepté de donner suite à une clause compromissaire contenue dans un connaissance, malgré l'incertitude pesant sur le droit que l'arbitre appliquerait et donc sur la possibilité pour le transporteur de limiter sa responsabilité à un niveau inférieur à celui prévu par le *Carriage of Goods by Sea Act*, qui constitue la transposition en droit américain de la Convention de Bruxelles. Dans le passé, les tribunaux américains n'avaient pas hésité à invalider des clauses d'élection de for lorsque le for élu montrait plus de bienveillance à l'égard de clauses limitant la responsabilité du transporteur, p. ex. *Indussa Corp. v S.S. Ranborg*, 377 F.2d 200 (2d Cir. 1967).

On ne s'étonnera dès lors pas que la question de la validité de telles clauses ait été posée à la Cour de Justice. Or il se fait que la solution adoptée par la Cour n'exclut pas les interprétations divergentes d'une même clause.

151. Validité au sein de l'espace judiciaire européen de la clause d'élection de for contenue dans un connaissance - La Cour de Justice a en effet décidé qu'une clause contenue dans un connaissance et reconnue valable dans les rapports entre le chargeur et le transporteur, n'était opposable au tiers porteur du connaissance que si en vertu du *droit national* applicable, le porteur du connaissance succède aux droits et obligations du chargeur.⁷⁵³ Si cette solution s'accorde parfaitement avec l'ambition limitée de la Convention de Bruxelles, il reste qu'il faudra, pour trancher la question de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction, d'abord déterminer quel droit national est appelé à régir cette question. L'arrêt *Tilly Russ* ne permet pas de répondre à cette question. Dans une décision plus récente, la Cour a d'ailleurs refusé de se prononcer, comme l'y invitait pourtant le Hoge Raad, sur la question du droit national applicable.⁷⁵⁴ Selon la Cour, une telle question est étrangère à l'interprétation de la Convention et relève exclusivement de la compétence des tribunaux nationaux.

Il appartiendra dès lors au juge saisi de déterminer, en fonction de ses propres règles de conflit, quelle législation est appelée à régir les droits et obligations du tiers porteur de connaissance. Là n'est pas l'unique difficulté de cette jurisprudence. Il n'est pas en effet exclu qu'une seule et même clause fasse l'objet d'une appréciation à l'aune de plusieurs droits différents, selon le juge saisi de la question. L'hypothèse n'est pas simplement théorique. Le droit comparé révèle que certains droits seront plus favorables à la cession des obligations du chargeur au tiers porteur du connaissance, tandis que d'autres adopteront une attitude plus restrictive.

152. Validité au sein de l'espace judiciaire européen de la clause d'élection de for contenue dans un connaissance (suite) - La liberté laissée aux juges nationaux peut précisément faire craindre que la méfiance, déjà évoquée, à l'égard des clauses prévues dans les connaissances ne nuise à l'autonomie de la volonté. Certaines jurisprudences éprouvent en effet des difficultés à accepter le libéralisme, tout relatif, de la Convention de Bruxelles. C'est le cas par exemple des tribunaux belges, qui semblent privilégier systématiquement le porteur du connaissance en appliquant la *lex fori* à la question de savoir s'il a succédé aux droits et obligations du chargeur.⁷⁵⁵ Les tribunaux

⁷⁵³ C.J.C.E., *Paardenveederei mrs. Tilly Russ et Ernest Russ c N.V. Haven & Verwerbedrijf Nouw*, 19 juin 1984, affaire 71/83, *Rec.*, 1984, 2417. V. surtout M. EKELMANS, "Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissance maritime", *Cahiers Dr. Eur.*, 1985, 426-446. Cette jurisprudence a été récemment confirmée dans l'affaire *Coreck*, C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Coreck Maritime GmbH c Handelsveem BV e.a.*, affaire C-387/98, *Rec.*, 2000, I-9337, spécialement points 23-26.

Mme. COIPEL-CORDONNIER livre une interprétation originale de cette jurisprudence : selon cet auteur, en décidant que la clause d'élection de for doit connaître le même sort que le connaissance qui la contient, la Cour de Justice a adopté une *règle matérielle uniforme* (N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, 1999, 322-322, n° 323).

⁷⁵⁴ Affaire *Coreck* précitée, points 30-31.

⁷⁵⁵ P. ex. Cass. 18 sept. 1987, *R.D.C.B.*, 1988, 376, note J.L.; Cass. 15 juin 1988, *R.W.*, 1988-89, 302; Anvers, 21 novembre 1978, *R.W.*, 1980-81, 1674; Anvers, 14 mars 1990, *J.P.A.*, 1991, 120; Anvers, 26 sept. 1995, *J.P.A.*, 1996, 3. Sur cette jurisprudence, v. G. ZORBAS, "L'effacement difficile de l'article 91 de la loi maritime belge face à l'article 17 de la Convention CEE du 27 septembre 1968", *J.T.* 1982, 521-523; M. WESER, "L'article 91 de la loi maritime belge et la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *J.C.B.*, 1976, 666-672; I. DE WEERDT, "Bevoegdheidsbeding in cognossemensbedingen voor de Belgische rechter. Artikel 91 van de Belgische zeewet en artikelen 17 en 18 EEG-Executieverdrag", *Dr. Eur. Transport*, 1987, 317-330. V. également la très fine analyse de N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, 1998, 128-133, n° 124-126.

invoquent pour ce faire l'article 91 de la loi maritime, disposition qui reçoit ainsi implicitement le statut de loi d'application immédiate.⁷⁵⁶ Cette disposition vise à protéger le porteur du connaissement en lui conférant des droits autonomes. Il ne succède donc pas aux droits et obligations du chargeur, mais puise ses droits directement dans le connaissement. Partant, le tiers porteur n'est pas lié par la clause d'élection de for. Cette jurisprudence 'nationaliste' n'empêche pas que le tribunal désigné dans le connaissement prenne lui aussi connaissance de l'affaire, ce qui conduirait à un conflit de procédures.⁷⁵⁷

153. Conclusion – Ces exemples tirés de la pratique du contentieux international privé montrent les dangers qui guettent les conventions de juridiction. Certes, dans la plupart des cas, l'autonomie de la volonté des parties sera respectée, et le juge qu'elles ont désigné connaîtra seul de l'affaire. En ce sens, on peut dire que l'autonomie de la volonté constitue une réponse appropriée aux inconvénients des procédures concurrentes. Il reste que cette méthode n'a rien d'infaillible. Nous pensons avoir suffisamment montré que l'existence d'une convention de juridiction n'exclut pas la naissance d'un conflit de procédures. Il faut maintenant se pencher non plus sur les *causes* mais bien sur les *remèdes éventuels* à cette situation.

* *

*

Comp. avec le raisonnement similaire de la Cour de Cassation française, Cass. fr, 10 janvier 1995, *R.C.D.I.P.*, 1995, 610, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁷⁵⁶ *Comp.* R. ROLAND, "Le connaissement et le droit européen", *R.D.C.B.*, 1985, (85-92), 92 et du même, "La clause de juridiction du connaissement en droit belge", in *Liber amicorum L. Tricot*, Anvers, Kluwer, 1988, 439-455 (cet auteur observe que l'application du droit belge se justifie parce que l'article 91 de la loi maritime est "d'ordre public international" (page 453). Si ceci était le cas, encore faudrait-il d'abord vérifier le contenu du droit étranger normalement applicable, ce que les tribunaux belges ne font pas. Notons que ces tribunaux ne précisent pas non plus quelle est la règle de conflit pertinente. Pour plus de détails, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *o.c.*, 1998, 323-324, n° 324. V. une application en dehors de la Convention de Bruxelles, *Comm.* Anvers, 23 février 1998, *J.P.A.*, 2000, (431), 444-44 (le tribunal refuse de faire droit à une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Seoul, arguant du fait que le tiers porteur du connaissement ne succède pas au chargeur, mais dispose, en vertu de l'article 91 de la loi maritime, de droits qui lui sont propres).

⁷⁵⁷ Mme. COIPEL-CORDONNIER se demande si l'application de la loi belge n'a pas été retenue uniquement pour contourner indirectement la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la transmission de la clause d'élection de for (*o.c.*, 1998, 324, n° 324).

CHAPITRE 2 : VERS UN RENFORCEMENT DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

154. **Un exercice de prospective juridique** - Le chapitre précédent a permis d'expliquer comment des procédures concurrentes pouvaient voir le jour malgré le fait que les parties aient pris soin de désigner *ab initio*, au moyen d'une clause attributive de juridiction, le juge compétent pour trancher d'éventuels litiges. Dans le même temps, on a pu mieux cerner les limites de l'autonomie de la volonté dans la prévention des conflits de procédure : en règle générale, le recours à une clause d'élection de for permettra d'éviter toute contestation sur l'instance appelée à résoudre d'éventuels litiges, et a fortiori une contestation qui prendrait la forme d'une concurrence de procédures. Encore faut-il pour cela que chacune des instances appelées à se prononcer sur la validité d'une clause d'élection de for apprécie celle-ci à l'aune de règles plus ou moins identiques.

Le but assigné à cette première partie étant d'examiner les limites de la prévention des conflits de procédures, on pourrait se contenter de s'arrêter sur ce constat. Ce serait toutefois négliger un aspect important de l'étude, qui ne saurait faire l'économie d'une réflexion sur les possibilités de remédier aux difficultés auxquelles sont confrontés les praticiens du contentieux international privé. C'est à cet exercice de *prospective juridique* que seront consacrées les pages suivantes.

On pourrait pour ce faire s'engager dans une réflexion sur la possibilité d'*étendre le domaine de l'autonomie de la volonté*, puisque la liberté ainsi reconnue aux parties est en règle générale bénéfique pour la prévention des conflits de procédures. Une telle étude pourrait par exemple porter sur les conditions et la légitimité d'une extension de l'autonomie de la volonté au contentieux familial, dont on a brièvement constaté qu'il reste, en règle générale, réticent au libre-arbitre des parties (*supra*, n° 121). Ceci obligerait toutefois à des développements forts longs sur une question qui, somme toute, n'a que peu de rapport avec l'étude des conflits de procédure. C'est pourquoi il nous semble préférable de limiter cet exercice à une question précise, à savoir comment faire en sorte qu'une fois les parties tombées d'accord sur le juge compétent pour trancher leurs litiges, il ne soit plus possible d'assister au spectacle navrant d'une bataille de procédures concurrentes.

155. **Plan de l'exposé** - Cette question peut être examinée sous deux angles. Dans un premier temps, on peut envisager d'*unifier plus avant* les règles régissant les clauses attributives de juridiction. Ce faisant on préviendrait d'autant la possibilité qu'une même clause de juridiction puisse faire l'objet d'appréciations divergentes. L'examen nous apprendra toutefois que l'effort d'unification est par essence limité (section 1). C'est pourquoi on s'interrogera dans un deuxième temps sur les *mécanismes de coordination* propres aux conflits de procédures impliquant une convention de juridiction. On verra que si l'idée de coordination entre procédures concurrentes peut être féconde, sa traduction concrète sera nécessairement différente lorsqu'une partie invoque une clause d'élection de for (section 2).

Section 1: Vers une plus grande uniformité du traitement de la convention de juridiction ?

156. **Les avancées et les limites du droit uniforme** - Les exemples évoqués au chapitre précédent ont montré que l'incertitude qui affecte le sort des clauses d'élection de for trouve tout d'abord sa source dans les différences, nombreuses, qui séparent les droits nationaux à propos des conditions de validité et d'efficacité de ces clauses. Logiquement, le risque de voir apparaître des décisions divergentes diminuerait sensiblement s'il existait un code de règles uniformes acceptées universellement, permettant de vérifier la validité et l'efficacité d'une clause d'élection de for.⁷⁵⁸

Cette solution d'évidence n'est toutefois pas une solution miracle. Certes, de nombreux efforts ont été entrepris pour rapprocher les législations nationales,⁷⁵⁹ parmi lesquels on a déjà évoqué l'œuvre européenne.⁷⁶⁰ Le processus d'unification connaît toutefois des limites. S'il est une constante dans l'application du droit uniforme international, qu'il porte sur les clauses d'élection de for ou les conventions d'arbitrage, c'est qu'il ne permet pas de faire l'économie d'une application concurrente, même si subordonnée, du droit national.⁷⁶¹ L'unification d'un domaine du droit n'est en effet jamais complète. Le régime mis en place par les instruments internationaux est loin d'exclure toute application du droit national. Celle-ci est non seulement source d'une irritante difficulté relative à la détermination du droit applicable ; elle est également synonyme d'une diversité qui n'exclut pas qu'une même clause d'élection de for soit appréciée différemment selon l'instance qui se penche sur la question.⁷⁶²

⁷⁵⁸ N. COIPEL-CORDONNIER, *ac*, 1999, 371, n° 376 observe à juste titre que "le souci d'améliorer le statut de la convention d'élection de for doit se traduire [...] par des tentatives pour uniformiser son traitement sur le plan inter-étatique".

⁷⁵⁹ Au-delà du simple rapprochement des législations nationales, de nombreuses voix s'élèvent aujourd'hui pour suggérer un rapprochement entre les statuts de la clause d'élection de for et de la clause compromissoire. V. surtout les travaux de W. W. PARK, *lc*, *Transnat'l. Law & Contemporary Problems*, 1998, 19-56, avec en annexe pp. 95-96 une proposition de loi fédérale intitulée "Model International Court Selection Act", (l'auteur s'étonne de la grande différence d'approche des tribunaux américains à l'égard des clauses d'élection de for et des conventions d'arbitrage, les premières étant moins souvent respectées que les secondes, et propose d'aligner le statut des premières sur celui des secondes). V. déjà W. W. PARK, *International Forum Selection*, Boston, Kluwer Law International, 1995, 177-182. Une première étape dans cette voie pourrait consister à reconnaître aux clauses d'élection de for la même autonomie que celle dont jouissent les conventions d'arbitrage. Sur cette question, C. BLANCHIN, *ac*, Paris, L.G.D.J., 1995, 123 p., spéc. pp. 63-99. Les tribunaux français semblent hésiter à reconnaître à la clause d'élection de for l'autonomie qui l'immuniserait contre la nullité du contrat dont elle fait partie, p.ex. Trib. Gr. Instance Paris, 10 juillet 1991, *R.C.D.I.P.*, 1993, 54, note H. GAUDEMET-TALLON. Sous l'empire de la Convention de Bruxelles, la Cour a reconnu l'autonomie de la clause d'élection de for dans l'affaire *Benincasa*, C.J.C.E., 3 juillet 1997, affaire C-269/95, *Rec.*, 1997, I-3767, n° 29 et les commentaires de M. EKELMANS, "Affirmation du caractère autonome de la clause attributive de juridiction", note sous C.J.C.E., 3 juillet 1997, *J.T.*, 1997, 685-686. Pour le droit suisse, v. A. BUCHER, 1998, 65-66, n° 174 ("Il convient d'admettre en effet que la convention attributive de juridiction est autonome par rapport au contrat principal [...]").

Mme. *CoipeL-Cordonnier* met cependant à juste titre en garde contre l'illusion entretenue par certains de vouloir copier le statut des clauses d'élection de for sur celui des conventions d'arbitrage.

⁷⁶⁰ On a déjà évoqué la Convention de La Haye de 1965, qui n'a pas remporté le succès qu'elle méritait. Les travaux en cours à la Conférence de La Haye pourraient bien déboucher sur une nouvelle version de cette convention, puisqu'une des hypothèses évoquées pour sortir de l'impasse consiste à concentrer les négociations sur les questions d'autonomie de la volonté. La future Convention n'aborderait dans ce scénario que les litiges contractuels, v. les commentaires de D. GODDARD, "Rethinking the Hague Judgments Convention. A Pacific Perspective", *Yearbook PIL*, 2001, vol. 3, (27), 38-45.

⁷⁶¹ Sur ce problème en général au regard du droit uniforme, v. H. VAN HOUTTE et P. WAUTELET, "International Lawyers and Uniform Law", in *The Future of the Practice of International Law from a Global Perspective*, J. DROLSHAMMER et P. PFEIFER (éds.), La Haye, Kluwer Law International, 2001, 89-108.

⁷⁶² M. Mayer observait, à propos de la clause compromissoire, que si un important effort d'harmonisation et d'unification avait été fait, « il subsiste une large place pour la diversité, (*ac*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 361, n° 33).

Il n'est pas besoin d'insister sur les sources de cette diversité pour l'arbitrage international. On connaît les nombreuses difficultés que soulève par exemple l'absence de précisions, à l'article II(3) de la Convention de New York, quant à la loi applicable à la question de savoir si une clause compromissoire est « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ». Le même problème se pose à l'égard de la question de l'*arbitrabilité* du litige – cette dernière question a d'ailleurs connu en Belgique un retentissement certain, et fait éclore une abondante littérature, à l'occasion du contentieux de la rupture des contrats de concession exclusive de vente. Ces difficultés peuvent être sources de conflits entre un tribunal arbitral et un tribunal national, et soulever la question d'une éventuelle coordination.⁷⁶³

157. La clause d'élection de for européenne – entre droit national et droit communautaire - Le régime uniforme de la clause attributive de juridiction mis en place au sein de l'espace judiciaire européen n'est pas non plus à l'abri de ces difficultés. Les termes de l'article 17 (aujourd'hui article 23 du Règlement) sont bien connus. Ils font une large place à l'autonomie de la volonté, qui n'est par exemple pas limitée par une exigence tenant au lien entre le for élu par les parties et le litige.⁷⁶⁴ L'entreprise européenne d'harmonisation a eu un effet considérable sur l'autonomie de la volonté.⁷⁶⁵ On mesure l'importance de cette disposition lorsque l'on se souvient qu'il a fallu attendre 1985 pour que les tribunaux néerlandais s'effacent devant l'effet dérogoire des clauses d'élection de for.⁷⁶⁶ Cette *favor electionis* de principe n'a pas souffert, au contraire, de

⁷⁶³ M. van Houtte a procédé au recensement des difficultés et des possibilités en la matière, v. H. VAN HOUTTE, *l.c.*, in *ASA Special Series – Arbitral Tribunal or State Courts : Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), 2001, 35-54.

⁷⁶⁴ V. l'arrêt *Zelger*, 17 janvier 1980, *Rec.*, 1980, 89 - selon la Cour, l'article 17 "fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné" - et plus récemment C.J.C.E., *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA*, affaire C-159/97, 16 mars 1999, points 48-50 ("l'article 17 de la Convention fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné", point 50) et C.J.C.E., *Benincasa*, précité, point 28 et C.J.C.E., *MSG*, précité, point 344. V. déjà G. A. L. DROZ, 1972, 128, n° 205-206. Le droit comparé apprend que l'exigence du lien de connexité fait de moins en moins recette. Elle a ainsi disparu du droit commun français (P. MAYER, *DIP*, 5^{ème} éd., 1994, 204, n° 304. V. Cass. fr., 19 décembre 1978, *R.C.D.I.P.*, 1979, 617, note H. GAUDEMET-TALLON; *J.D.I.*, 1979, 366, note A. HUET (la Cour déclare valable une clause conclue entre une société française et une société allemande en faveur des tribunaux suisses); Paris, 10 octobre 1990, *R.C.D.I.P.*, 1991, 605 (la Cour admet la validité d'une clause désignant les tribunaux français, contenue dans un contrat entre une société de l'île Maurice et une société établie au Liechtenstein). *Comp.* avec les décisions plus anciennes citées par H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation de compétence de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965, 197-198, n° 313 et en général l'aperçu de droit comparé donné par cet auteur, pp. 197-200, n° 313-316). De même l'article 4 du projet de Convention de La Haye reconnaît aux parties la liberté de désigner un for en faisant abstraction de toute considération relative à l'existence d'un lien quelconque entre le for élu et les parties ou la question soulevée par le litige (Rapport Pocar-Nygh, 43). Cette exigence subsiste par contre en droit suisse (art. 5-3 de la LFDIP, sur cette disposition v. A. BUCHER, 1998, 71, n° 191-192 et sur le droit suisse avant la codification, G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1980, 130-134. Au terme de son analyse comparative, Mme. Kaufmann-Kohler conclut qu'on "ne saurait nier une évolution vers l'abandon du lien") et néerlandais (V. surtout HR, 1 février 1985, *N.J.*, 1985, 698 (arrêt *Piscator*), dans lequel la Cour Suprême reconnaît que "[...] partijen [...] ter kennisneming van geschillen over zaken die te hunner vrije bepaling staan, de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in beginsel vrijelijk vermogen te vestigen *tenzij daarvoor geen redelijke belang aanmeezig is*" (nous soulignons). Dans le même sens à l'égard d'une clause dérogeant à la compétence des tribunaux néerlandais, HR, 28 octobre 1988, *N.J.*, 1989, 765. Pour l'interprétation de cette jurisprudence, v. L. STRIKWERDA, *ac.*, 242-243, n° 222).

⁷⁶⁵ M. Droz exprimait par une formule lapidaire la portée de l'article 17, en disant que son effet était « brutal » et en expliquant qu'« aucune limite ne peut être apportée à l'autonomie de la volonté, qui aura pour effet de créer une compétence exclusive » (1972, 117, n° 183).

⁷⁶⁶ *Supra*, n° 119. On se souviendra également que l'ancien article 2 du Code de procédure civile italien, en vigueur dans les relations intra-européennes jusqu'à l'avènement de la Convention de Bruxelles, prescrivait qu'une personne de nationalité italienne ou domiciliée en Italie ne pouvait déroger au for italien. Sur le droit des Etats membres avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, v. A. BÜLOW, « Effets de la prorogation

l'assouplissement progressif des conditions de forme qui enserrant l'autonomie de la volonté (*supra*, n° 143). Au total, l'édifice européen a belle allure, et permet aux parties d'éviter, en règle générale, les controverses liées à la compétence du juge.

Cette présentation appelle toutefois quelques nuances. On aurait envie d'écrire '*in cauda venenum*'. Car c'est bien dans les détails que l'on repère les défauts du régime européen des clauses d'élection de for. Ces défauts sont déjà apparus occasionnellement au cours de l'exposé : on pense par exemple à la nécessité de faire appel au droit national pour déterminer l'opposabilité d'une clause d'élection de for à l'égard d'un tiers au contrat dans lequel elle figure (*supra*, n° 148) ou encore au rôle du droit national pour mesurer la portée de la comparution volontaire d'une partie qui entend se prévaloir d'une clause d'élection de for pour décliner la compétence du juge saisi (*supra*, n° 138). A chaque fois, la question est la même : où s'arrête l'emprise du régime conventionnel et où commence celle du droit national ? La réponse à cette question fera apparaître l'étendue abandonnée par la Convention de Bruxelles au droit national et donc celle de la contradiction potentielle entre les droits nationaux.

158. La clause d'élection de for européenne - domaines respectifs du droit national et du droit communautaire - Force est de constater que si le droit national possède un quelconque titre à s'appliquer, celui-ci est réduit à la portion congrue. La majorité des questions que fait naître l'autonomie de la volonté dans la détermination du juge compétent trouve en effet réponse, sinon dans la lettre, du moins dans l'esprit de la disposition européenne. Il en est tout d'abord ainsi du principe même de l'*admissibilité* des clauses d'élection de for, un point qui ne souffre aucune discussion. Point n'est non plus besoin de faire appel au droit national pour déterminer les limites *matérielles* de l'autonomie de la volonté. Il apparaît clairement du prescrit européen qu'elle peut se manifester pour toutes les contestations portant sur la matière 'civile et commerciale', sous réserve des limitations en faveur de certaines catégories de justiciables, qui figurent elles aussi expressément dans le texte de la Convention.⁷⁶⁷

Enfin nul ne conteste qu'échappent au droit commun des Etats membres les *effets juridictionnels* des clauses d'élection de for. Reste la question essentielle de la *formation* de ces clauses, et en particulier des conditions de forme et de validité. C'est à ce sujet que le débat se fait le plus vif sur ce que l'on a appelé le « principe de l'auto-suffisance » de l'article 17. Comme le font remarquer MM. *Born et Fallon*, la matière est sensible, l'examen de la jurisprudence faisant apparaître des « inclinations récurrentes » des tribunaux nationaux à « reprendre plus ou moins insidieusement, plus ou moins largement, le terrain que les dispositions nationales impératives restreignant le champ et/ou les effets de l'autonomie de la volonté ont dû [...] abandonner [à l'article 17] pour assurer [...] le plein respect du principe de l'autonomie de la volonté constituant le fondement de l'article 17 ». ⁷⁶⁸ Il faut dire que la Cour de Justice n'a pas encore, malgré les nombreuses affaires qui lui ont été soumises à propos de cette disposition, eu l'occasion de faire toute la lumière sur les relations entre le droit uniforme et le droit national.

internationale de juridiction en matière patrimoniale », in *De conflictu Legum Burel opstellen aangeboden aan R.D. Kolléijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, 89-102.

⁷⁶⁷ L'article 17 prévoit certaines conditions d'*admissibilité*, comme par exemple celle qui répute "sans effet" les conventions qui dérogent aux règles de compétence exclusives ou de protection. Dans le domaine de l'*admissibilité* de la prorogation de for, la Convention de Bruxelles ne laisse donc aucune place au droit national, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *ac.*, 1999, 123-124, n° 119 et les nombreuses références. P. ex. Aix-en-Provence, 10 mai 1974, *D.*, 1974, 760 et *D.*, 1975, 339, note G. DROZ (la Cour admet le principe d'une clause d'élection de for dans un contrat de travail alors que le droit français à l'époque s'y opposait).

⁷⁶⁸ MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 260, n° 142.

159. La formation de la clause d'élection de for, une question européenne ou nationale ? - La difficulté provient de la pluralité des questions qui peuvent être rangées sous l'expression de 'formation' de la clause attributive de juridiction. Ces questions vont des conditions de forme proprement dites à l'existence et la licéité du consentement en passant par la théorie des vices du consentement. On sait depuis l'arrêt *Elefanten Schuh*⁷⁶⁹ qu'en ce qui concerne les questions de forme proprement dites, les droits nationaux des Etats membres ont perdu tout titre à s'appliquer avec l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles.⁷⁷⁰ En sus des exigences de forme, la conclusion d'une clause attributive de juridiction nécessite également le respect d'une condition liée au *consentement* des parties, condition qui suscite de délicates questions de qualification.

Alors que les premières décisions de la Cour laissaient encore planer une certaine ambiguïté sur la question,⁷⁷¹ on doit accepter, au moins depuis l'arrêt *Gravières Rhénanes*, qu'une fois ces conditions de forme rencontrées, le consentement des parties est établi de façon satisfaisante.⁷⁷² La question se posait dans cette affaire en raison de l'assouplissement apporté aux conditions de forme par la Convention d'adhésion du Royaume-Uni.⁷⁷³ Cette Convention avait, à la demande du nouvel Etat membre,⁷⁷⁴ introduit la possibilité de valider une clause d'élection de for sur base des usages du commerce international. Dans sa décision, la Cour a expressément conclu qu'une fois les conditions de forme posées par ces usages remplies, le juge pouvait présumer établi l'accord de volonté des parties sur la clause attributive de juridiction.⁷⁷⁵ En d'autres termes, le respect des conditions de forme posées par la Convention *épuiserait* la question du consentement des parties, dont on pourrait présumer, d'une manière irréfragable, l'existence. Ainsi l'article 17 établirait une règle *matérielle* de validité des clauses d'élection de for, rendant inutile l'application d'une quelconque loi nationale.

160. La question du consentement à la clause d'élection de for, source de difficultés - Un autre attendu de l'arrêt *Gravières Rhénanes* pouvait toutefois entretenir le doute, la Cour ayant pris soin de préciser que l'assouplissement introduit en 1978 ne signifiait pas « qu'un accord de volonté entre les parties sur une clause de prorogation de compétence ne devrait pas nécessairement exister, la réalité du consentement des

⁷⁶⁹ C.J.C.E., 24 juin 1981, *Elefanten Schuh c. Pierre Jacqmain*, aff. 158/80, *Rec.*, 1981, 1671.

⁷⁷⁰ Dans cet arrêt, la Cour a précisé que « l'article 17 a [...] pour objet de prévoir *lui-même* les conditions de formes que doivent réunir les clauses attributives de compétence » (point 25, nous soulignons). En l'espèce, la question concernait les prescriptions nationales impératives relatives à la langue du contrat contenant les clauses impératives. V. déjà G. A. L. DROZ, 1972, 125, n° 199, qui expliquait que « L'unification substantielle réalisée par l'article 17 exclut en matière de forme l'application des lois nationales et par là même élimine les conflits de lois ».

⁷⁷¹ Dans l'arrêt *Bergboeffe GmbH c. ASA SA*, (C.J.C.E., 11 juillet 1985, aff. 221/84, *Rec.*, 1985, 204), la Cour s'est contentée de relever que « les conditions auxquelles l'article 17 subordonne la validité des clauses attributives de juridiction [...] ont pour fonction d'assurer que le consentement des parties à une telle clause est effectivement établi et qu'il se manifeste d'une manière claire et précise » (point 13) et dans le même sens, C.J.C.E., 11 novembre 1986, *Iuxo c. van Hool*, aff. 313/85, *Rec.*, 1986, 3353, point 5.

⁷⁷² C.J.C.E., 20 février 1997, *MSG c. Les Gravières Rhénanes*, aff. C-106/95, *Rec.*, 1997-I, 911, n° 15 ; *R.C.D.I.P.*, 1997, 563 ; *J.D.I.*, 1997, 625.

⁷⁷³ *J.O.C.E.* du 30 septembre 1979, L-304.

⁷⁷⁴ Rapport Schlosser, *J.O.C.E.*, 1979, C-59/71, 125, para. 179. V. également le rapport du comité ad hoc de la Chambre des Lords anglaise, 45ème rapport, session 1976-77, pp. 8-9, paragraphe 20.

⁷⁷⁵ Attendu n° 19. Avec MM. Born et Fallon, on peut accepter que cette décision ne se limite pas aux clauses dont on prétend qu'elles sont valables au regard des usages du commerce international, mais est également d'application quel que soit le mode de conclusion de l'accord d'élection de for : H. Born, M. Fallon et J.-L. van Boxstael, 2001, 266, n° 143.

intéressés étant toujours l'un des objectifs de cette disposition ». ⁷⁷⁶ Le caractère quelque peu sibyllin de cette décision n'a pas manqué de diviser les commentateurs. C'est que la question du consentement est elle aussi plurielle : si l'interprétation donnée par la Cour laisse entendre qu'il ne faudrait plus se préoccuper de l'*existence* du consentement une fois les conditions de forme remplies, on peut se demander si le droit national conserve son emprise sur la *licéité* du consentement.

Sur cette question, deux thèses s'affrontent, que l'on pourrait qualifier de 'minimaliste' et de 'maximaliste'. La première retient que restent soumises au droit national les conditions de fond de validité d'un contrat, à savoir essentiellement la nécessité d'une cause et d'un objet licite ainsi que d'un consentement non vicié. ⁷⁷⁷ La seconde, dont M. *Born* s'est fait le plus ardent défenseur, ⁷⁷⁸ entend réserver au seul régime conventionnel toutes les conditions de validité *intrinsèque*, qu'elles touchent à la forme ou au fond de la clause. Ne resterait plus dans cette hypothèse au droit national que la validité de la clause au regard des règles de capacité des parties ainsi que la théorie des vices de consentement. ⁷⁷⁹

La Cour de Justice ne pourra sans doute jamais départager les deux camps ; on voit mal en effet comment une juridiction nationale pourrait adresser à la Cour, dans le cadre d'un litige donné, un ensemble exhaustif de questions portant sur le consentement, si tant est qu'il soit jamais possible d'épuiser le sujet. ⁷⁸⁰ Une hypothétique décision de la Cour serait d'ailleurs bien vite soumise à un examen minutieux qui ne manquerait pas de révéler l'une ou l'autre hésitation. ⁷⁸¹

161. Importance pratique réduite de la confrontation entre droit national et droit communautaire - Au fond, la différence entre les thèses en présence n'est pas bien grande. ⁷⁸² Chacun s'accorde en effet sur la nécessité de préserver au maximum l'autonomie du régime conventionnel, afin d'assurer « l'égalité et [...] l'uniformité des droits et obligations qui découlent de la Convention pour [...] les personnes intéressées » ⁷⁸³ ainsi que la nécessité pour le juge national de pouvoir « aisément se prononcer sur sa

⁷⁷⁶ Attendu n° 17.

⁷⁷⁷ V. p. ex. H. GAUDEMET-TALLON, « Clauses attributives de juridiction », in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, 1993, 142 et de la même, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 1996, 93, n° 131 (qui réserve les « conditions générales de validité » de l'accord, comme le caractère non-vicié du consentement et la licéité de la cause, pour lesquels elle plaide pour l'application cumulée de la loi du tribunal désigné et de celle du tribunal exclu). V. aussi F. SCHOCKWEILER, « Clauses attributives de juridiction », in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Butterworths, 1993, 128 (qui réserve « les conditions de fond requises pour qu'il y ait consentement valable »).

⁷⁷⁸ V. déjà H. BORN, « Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles », *J.T.*, 1995, (353), n° 29.

⁷⁷⁹ V. également CH. KOHLER, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus in EuGVÜ », *IPRax*, 1983, (265-272), 268.

⁷⁸⁰ La Cour aurait d'ailleurs vite fait de procéder, selon son habitude, à une synthèse des diverses questions qu'on lui pose, v. p. ex. C.J.C.E., arrêt *Castelletti* précité, points 13 à 16.

⁷⁸¹ Ainsi on peut penser que la décision de la Cour en date du 9 novembre 2000 dans l'affaire *Coreck Maritime GmbH c Handelsveem BV*, (aff. C-387/98, *Rec.*, 2000, I-9337), ne mettra pas fin à la controverse. En l'espèce se posait la question de savoir si une clause attributive de juridiction contenue dans un connaissance maritime était opposable au tiers porteur du connaissance (*supra*, n° 148) La Cour a décidé que lorsque le tiers ne succède pas au chargeur selon le droit national applicable, il incombe au juge de vérifier la réalité de son consentement « au regard des exigences énoncées par l'article 17 [...] ». La Cour semble ainsi confirmer qu'en matière de consentement, seules les exigences de l'article 17 font foi. On pourrait cependant faire remarquer que la Cour n'a pas précisé ce qu'elle entendait par 'consentement'.

⁷⁸² Dans le même sens, MM. Fallon, Born et van Boxstael, 266, n° 143, qui constatent que « en toute hypothèse, les deux thèse [...] se rejoignent sur l'essentiel, qui est de réserver à l'article 17 la détermination de toutes les conditions de validité intrinsèques ».

⁷⁸³ C.J.C.E., 14 octobre 1976, *LTU KG c Eurocontrol*, aff. 29/76, *Rec.*, 1976, 1541, point 3.

propre compétence sur la base des règles de la Convention sans être contraint de procéder à un examen de l'affaire au fond». ⁷⁸⁴ D'autre part, on ne peut pas non plus échapper à la constatation que les auteurs de la Convention n'ont pas entendu se prononcer sur la question de la capacité des parties. ⁷⁸⁵

Reste alors la question du *consentement*, à propos de laquelle même les plus ardents défenseurs de l'autonomie conventionnelle concèdent que le droit national pourrait jouer un rôle à côté des règles européennes pour les rares questions auxquelles la Convention ne permet pas de répondre, comme celle des vices de consentement. ⁷⁸⁶ Or force est de constater, avec M. *Budber*, ⁷⁸⁷ que de telles questions se poseront rarement en raison de l'effet préventif des conditions uniformes de forme posées par le prescrit européen. ⁷⁸⁸

Le principe d'autosuffisance de l'article 17 est nécessaire pour combattre les dérives de certaines jurisprudences nationales qui prétendent, malgré l'existence du régime conventionnel, faire appel à des dispositions particulières du droit national, le plus souvent d'ailleurs pour conserver la maîtrise d'un litige que les parties entendaient confier à un juge étranger. ⁷⁸⁹ Vouloir en faire un principe 'supérieur' excluant toute application du droit national ne nous semble toutefois ni légitime, ni d'ailleurs nécessaire.

162. La difficile détermination du droit applicable à la convention de juridiction
- Le rôle assigné au droit national dans la validation des clauses de juridiction au sein de l'espace judiciaire européen est, en définitive, pour le moins réduit. ⁷⁹⁰ C'est d'autant plus heureux que la détermination du droit applicable à ces conventions constitue une véritable gageure. Bien que cette question ait fait l'objet d'importants débats dans la

⁷⁸⁴ C.J.C.E, 3 juillet 1997, *Benincasa c. Dentalkit*, aff. G-269/95, point 27. On peut dès lors s'étonner d'une décision de la Cour de cassation française qui, pour une raison inconnue, a jugé bon d'apprécier la question de la formation d'une clause attributive de juridiction au regard de certaines dispositions de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : Cass., 16 juillet 1998, *J.D.I.*, 1999, 196, note A. HUET.

⁷⁸⁵ N. COIPEL-CORDONNIER relève très justement cette question au domaine du droit national (ac, 1999, 124, n° 119).

⁷⁸⁶ MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 261, n° 142, note 692. V. aussi P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 2 septembre 1968 : compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, Jupiter, 1985, 106, n° 177-178 ; BRIGGS et REES, 1997, 75-76, n° 2.95 ; A. BUCHER, 1998, 64, n° 168 (qui réserve aussi l'hypothèse dans laquelle une partie n'était pas en mesure de comprendre la langue ou la rédaction utilisée) ; N. COIPEL-CORDONNIER, ac, 1998, 122, n° 117, et 359, n° 364 ; E. R. SACHPEKIDOU, *lc*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 75. Déjà en ce sens pour les vices de consentement et la capacité des parties, G. DROZ, 1972, 133-134, n° 214.

⁷⁸⁷ 1998, 64, n° 168. L'autonomie reconnue à la clause d'élection de for signifie qu'une éventuel vice de consentement affectant le contrat dans son ensemble n'emportera pas nécessairement la nullité de la clause. Seul un motif visant particulièrement celle-ci pourrait conduire à sa nullité. Or on n'aperçoit pas dans quelle situation une partie pourrait en appeler à la lésion ou à la violence pour refuser de se soumettre à une clause d'élection de for. Quant à l'erreur ou au dol, il faudrait pour qu'ils soient pertinents qu'ils portent spécifiquement sur la clause d'élection de for, une situation bien exceptionnelle quand on connaît le peu d'attention dont cette clause fait généralement l'objet au cours des négociations.

⁷⁸⁸ Les exclusions 'matérielles' au profit des consommateurs, travailleurs, etc. contribuent également à évacuer de difficiles questions de délimitation entre droit national et droit communautaire.

⁷⁸⁹ On pense en particulier à la jurisprudence de certaines juridictions anversoises relatives aux clauses insérées dans les connaissements maritimes, *supra*, n° 149. V. les autres exemples évoqués par MM. Born, Fallon et van Boxstael, 266-271, n° 144. *Adde* Cass. Fr., 11 mars 1997, *R.C.D.I.P.*, 1997, 53, note H. GAUDEMET-TALLON ; *J.D.I.*, 1998, 139, obs. A. HUET (qui vérifie le respect de certaines règles françaises relatives à la langue et à des formes prescrites pour certains contrats d'assurance) ; Cass., 10 juin 1997, *J.D.I.*, 1998, 968, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO. V. toutefois la position plus orthodoxe adoptée dans l'arrêt de la même Cour en date du 11 février 1997, *J.D.I.*, 1998, 138, obs. A. HUET.

⁷⁹⁰ S'il est un point précis sur lequel subsiste une controverse, c'est celui de savoir si une partie peut invoquer un droit national donné pour contester l'existence de son consentement à défaut pour elle de comprendre la langue du contrat : *comp.* sur ce point H. GAUDEMET-TALLON, 1996, 89-90, n° 124 et MM. Born, Fallon et van Boxstael, 2001, 264, n° 143.

doctrine,⁷⁹¹ sans toutefois capter l'intérêt des plaideurs ou des tribunaux,⁷⁹² elle ne laisse pas de conserver une certaine aura de mystère.⁷⁹³

Un consensus semble se dégager sur la nécessité de distinguer plusieurs types de questions, qui appelleraient chacune l'application d'une loi distincte. Se fondant sur la 'double nature' des conventions de juridiction, à la fois contrat et question relevant des conflits de juridiction, Mme. *Coipel-Cordonnier* propose ainsi de distinguer les questions qui touchent à l'*admissibilité* des conventions, qui seraient en principe soumises à la *lex fori*, des questions liées à la *formation* des conventions, questions proprement contractuelles et donc soumises au jeu normal du conflit des lois.⁷⁹⁴ L'auteur doit cependant avouer qu'il est difficile de préciser la portée exacte de ces deux catégories. De plus, un souci de pragmatisme l'oblige à reconnaître qu'il est nécessaire de tolérer certaines exceptions à cette *summa divisio*.⁷⁹⁵

On voit que dans ce domaine, l'incertitude le dispute à la confusion.⁷⁹⁶ Le moins que l'on puisse dire en effet, c'est que l'application d'un droit national pour valider une clause d'élection de for aurait pour conséquence de faire dépendre le résultat de l'évaluation du

⁷⁹¹ V. en général, l'étude de G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1980, 227 p. spéc. pp. 12-72 et plus récemment l'étude de N. COIPEL-CORDONNIER, *ac*, 1999, qui tente de mettre à jour les liens entre conventions d'arbitrage et clauses d'élection de for. *Adde* B. LINDENMAYR, *Vereinbarungen über die internationale Zuständigkeit und das darauf anwendbare Recht*, Schriften zum internationalen Recht n° 126, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 473 p. V. déjà H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965, 292 p., spéc. pp. 5-126 ainsi que S. DENNEMARK, "Quelle est la loi selon laquelle on tranche la validité d'un accord sur la compétence internationale ? », *N.T.I.R.*, 1962, 118-124.

⁷⁹² Comme le fait remarquer M. Born, "[m]ost national courts have devoted little attention to the question of which [national law] governs forum selection agreements" (G. B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, *ac*, 1999, 95). L'auteur ajoute qu'il serait peu utile de préciser de façon expresse dans le contrat la loi applicable à la convention de juridiction, puisque bien souvent les causes d'invalidité affectant la convention sont d'ordre public. V. en droit belge cependant Cass., 15 juin 1988 et la note de H. VAN HOUTTE, "Het recht van toepassing op het bevoegdheidsbeding - bedingen bij Cass.", 15 juni 1988", *R.D.C.B.*, 1989, 565 e.s.

⁷⁹³ MM. Born, Fallon et van Boxstael évoquent à cet égard une entreprise « divinatoire » (2001, 264, n° 143).

⁷⁹⁴ *ac* V. le compte-rendu de cet ouvrage par H. SPAMANN, *Z.E.u.P.*, 2000, 980-982.

⁷⁹⁵ V. également G. KAUFMANN-KOHLER, *ac*, 1980, 72 (l'auteur distingue les questions de l'admissibilité et des effets de la clause d'élection de for, qu'elle rattache au droit du for saisi, des questions relatives à la formation, qu'elle soumet à la *lex contractus*) ; H. GAUDEMET-TALLON, *ac*, 1965, 77-84, n° 128-135 (se prononce pour l'application cumulative de la loi du for et de celle du for dérogé) ; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1995, 243-244 (l'auteur fait la distinction entre les aspects purement contractuels de la clause d'élection de for, soumis au jeu normal des règles de conflit, et les aspects processuels, c'est-à-dire l'admissibilité et les conséquences, qu'il soumet à la *lex fori*). *Comp.* en droit anglais, CHESHIRE et NORTH, 1999, 354-355.

⁷⁹⁶ La même incertitude affecte la détermination de la loi applicable à la clause compromissoire. Comme le notent MM. Fouchard et Gaillard, « [if] the choice of law method is to be applied to the arbitration agreement, no one obvious connecting factor emerges, from which the applicable law can be determined" (E. GAILLARD et J. SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, La Haye, Kluwer law international, 1999, 224, n° 426). Ceci explique sans doute pourquoi une tendance se fait jour en matière d'arbitrage pour dégager des règles proprement *matérielles* afin de déterminer la validité de la clause compromissoire, v. surtout Cass. fr., 20 déc. 1993, *en cause Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergib c. Société Dalico*, *J.D.I.*, 1994, 432, note E. GAILLARD ; *Y.C.A.*, 1995, 660 ; *Reu arb.*, 1994, 116, note H. GAUDEMET-TALLON ; *R.C.D.I.P.*, 1994, note P. MAYER et les observations de E. LOQUIN, *J.D.I.*, 1994, 692-701, spéc. 699-701. Dans cette affaire, la Cour de Cassation a décidé qu'"en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient [...] et que son existence ou sa capacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, sans qu'il soit nécessaire de se référer à un loi établie" (nous soulignons). Dans cette affaire également Paris, 26 mars 1991, *Reu arb.*, 1991, 456, note H. GAUDEMET-TALLON. V. la défense de cette approche matérielle par E. GAILLARD et J. SAVAGE, *ac*, 1999, 228-236 et la position plus nuancée de N. COIPEL-CORDONNIER, *ac*, 1999, 336-337, n° 337. La Cour de Cassation française a confirmé par la suite sa jurisprudence *Dalico*, v. Cass. fr., 21 mai 1997, *en cause Renault c. Société 2000 Jaguar France*, *Reu arb.*, 1997, 37, note E. GAILLARD et plus récemment Cass. fr., 5 janvier 1999, *en cause Zanzi*, *Reu arb.*, 1999, 260, note PH. FOUCHARD.

tribunal appelé à statuer.⁷⁹⁷ Les quelques tentatives pour élaborer ou déduire une règle uniforme de conflit portant sur les clauses d'élection de for n'ont pas donné les résultats escomptés ; on s'accorde d'ailleurs pour dire que la Convention de Bruxelles ne fournit aucune indication à ce sujet.⁷⁹⁸

163. Conclusion : uniformité des solutions, mais dualité d'instances - Au sein de l'espace judiciaire européen, l'uniformité est la règle. L'existence de règles proprement matérielles empêchera le plus souvent les tribunaux des Etats membres, saisis concurremment, de se livrer à des appréciations divergentes de la même clause. L'espace abandonné au droit national est au mieux extrêmement réduit. Il est d'ailleurs symptomatique que la jurisprudence ne révèle que quelques exemples de situations dans lesquelles les parties ont dû, malgré l'existence d'une convention de juridiction, s'affronter simultanément sur plusieurs fronts.⁷⁹⁹

La dualité ou la pluralité des instances de contrôle d'une même clause ne pose dès lors au sein de cet espace pas de difficultés insurmontables.⁸⁰⁰ Il n'en va pas de même lorsque le litige dépasse les frontières strictement européennes.⁸⁰¹ Le droit commun reprend alors le rôle principal. La future Convention de La Haye viendra certes apporter une dose bienvenue d'uniformité dans le contentieux international - en particulier si les négociateurs concentrent leurs efforts sur le contentieux contractuel et l'autonomie de la volonté comme cela a été suggéré. Elle ne pourra toutefois réduire totalement au silence les droits nationaux. On évoque en effet dans le cadre des négociations de La Haye la possibilité d'abandonner au droit national les « conditions de fond applicables à la validité d'une clause attributive de juridiction, comme par exemple les conditions relatives à la validité du consentement ». ⁸⁰² Il faut donc se résigner à la possibilité que l'autonomie de

⁷⁹⁷ Doit-on rappeler que la Convention de Rome exclut de son champ d'application les conventions d'élection de for ? (art. 1, § 2 (d)). Selon Mme. COIPEL-CORDONNIER, on doit voir dans l'inexistence de règles de conflit uniformes un des motifs qui ont incité les pères de la Convention de Bruxelles à prévoir directement dans cette convention un certain nombre de règles matérielles donnant une couleur véritablement européenne au statut des clauses d'élection de for (123, n° 118). Sur les insuffisances du droit conventionnel qui a précédé la Convention de Bruxelles, v. G. DROZ, 1972, 113-115.

⁷⁹⁸ V. par. ex. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *ac*, 106, n° 178. V. cependant la suggestion de l'avocat général Slynn, émise à l'occasion de l'affaire *Elefanten Schuh*, 24 juin 1980, affaire 150/80, *Rec.*, 1981, (1671), 1698 (selon l'avocat général, l'impératif de sécurité juridique interdirait d'avoir recours aux règles de conflit du juge saisi pour désigner la loi nationale applicable. Il suggère au contraire que l'article 17 contient une règle de conflit implicite selon laquelle "lorsqu'un tribunal particulier est désigné par écrit dans ce qui est prétendu être une convention valide [...], la question de savoir si la convention est valide relève de la loi de ce tribunal"). M. Droz regrette que les auteurs de la Convention de Bruxelles n'aient pas eu « l'audace d'éliminer toute difficulté par une disposition relative à la loi applicable » en posant par exemple que « l'accord d'élection de for est régi par la loi interne du tribunal élu » (G. DROZ, 1972, 134, n° 215).

⁷⁹⁹ On pense en particulier à l'affaire *Continental Bank*, précitée, encore qu'en l'espèce la décision prématurée des juges anglais soit intervenue avant même que le tribunal grec ne se soit prononcé sur sa compétence.

⁸⁰⁰ On n'évoquera pas les difficultés qui peuvent surgir du fait d'interprétations divergentes d'une même règle uniforme, auxquelles M. Droz faisait déjà allusion dès 1972 (133, n° 214). Il évoquait la possibilité que les tribunaux de deux Etats contractants n'adoptent pas la même conception de l'écrit requis par l'article 17. Le problème est bien connu des spécialistes du droit uniforme international (p. ex. R. DAVID, "The International Unification of Private Law", *Int'l. Enycl. Comp. L.*, vol. 2/5, Tübingen, Mohr, 1971, 96-99). Dans les faits, cette crainte s'est avérée infondée. Il faut y voir non seulement l'œuvre proprement unificatrice de la jurisprudence de la Cour de Justice, mais également le résultat de la pluralité des modes de conclusion tolérés par la Convention, qui permet de 'repêcher' une clause non-conforme selon un mode donné.

⁸⁰¹ La solution à la diversité des régimes passe peut être par l'application des règles de conflit de la Convention de Rome à cette problématique de la validité, comme le suggère Mme. COIPEL-CORDONNIER (*ac*, 1999, 371-371, no. 376). L'exclusion des conventions de juridiction du champ de cette convention ne s'explique en effet que pour les aspects purement juridictionnels. Cette intéressante suggestion se heurte toutefois en l'état des textes au caractère général de l'exclusion formulée par l'article 1(2) de la Convention de Rome.

⁸⁰² Rapport Pocar/Nygh, 42.

volonté des parties ne les mette pas à l'abri d'éventuelles procédures concurrentes au fond.

De plus, la relative uniformité des statuts applicables aux clauses d'élection de for n'enlève rien à la possibilité dont disposent les parties de soumettre la question de la validité d'une seule et même clause à deux, voire à plusieurs instances. Que les tribunaux saisis de cette question s'accordent sur la solution à y apporter, est sans doute une maigre consolation pour le justiciable qui aura dû supporter les frais d'une instance devant une juridiction autre que celle qu'il avait élue. La pluralité d'instances de contrôle – for prorogé et les fors dérochés – peut être en soi ressentie comme une défaite pour l'autonomie de la volonté, ou du moins pour le justiciable qui avait confiance dans les vertus préventives du contrat. Il n'est dès lors pas inutile de s'interroger sur la possibilité de remédier autrement aux déficiences de l'autonomie de la volonté. On va voir que certains mécanismes de coordination peuvent offrir aux parties l'espoir d'un contentieux plus ordonné.

Section 2 : Quels mécanismes de coordination ?

164. **Introduction et plan** - L'unification progressive des règles régissant les conventions de juridiction a permis de réduire considérablement le risque de voir deux tribunaux apprécier différemment une même clause d'élection de for. Le processus d'unification a toutefois ses limites. Il convient dès lors de s'interroger sur la possibilité d'avoir recours à d'autres solutions pour renforcer les vertus préventives de l'autonomie de la volonté.

Dans un premier temps on s'interrogera sur la possibilité d'appliquer à la concurrence de procédures née en dépit de l'existence d'une convention de juridiction, les solutions dégagées pour la problématique générale des conflits de procédures (§ 1). Force sera de constater que ces solutions sont soit insuffisantes, soit carrément déplacées. On examinera dès lors ensuite quels mécanismes spéciaux de coordination peuvent être envisagés qui tiennent compte de la spécificité du conflit étudié (§ 2). Puisque les difficultés proviennent essentiellement de l'exercice simultané par plusieurs instances d'un pouvoir de contrôle à l'égard de la même clause d'élection de for, la solution passe par une redéfinition des relations entre ces instances. On verra ainsi que cette entreprise de redéfinition peut prendre plusieurs formes, selon l'ambition qui l'anime.

§ 1. L'insuffisance des mécanismes généraux de coordination

165. **Généralités** - Lorsqu'il s'agit non plus de *prévenir* un conflit de procédures, mais bien de *résoudre* une concurrence déjà existante, plusieurs solutions peuvent être envisagées. Ces solutions peuvent être regroupées autour de deux idées fortes, qui seront examinées en détails dans la suite de cette étude. Pour les besoins du présent chapitre, on se contentera d'examiner comment ces solutions pourraient être appliquées en présence d'une convention de juridiction.

I. L'INTERDICTION DE PROCÉDER COMME OUTIL AU SERVICE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

166. **Où le for élu se fait justice à lui-même** – Lorsqu'une partie saisit un tribunal au mépris de l'accord conclu avec son adversaire, celui-ci ira bien souvent s'en plaindre auprès du for élu. Pour sanctionner la violation, apparente ou réelle, de la clause d'élection de for, certains tribunaux disposent d'une arme spécifique, qui leur permet d'interdire à la partie fautive de poursuivre la procédure qu'elle a engagée. Il s'agit de la fameuse interdiction de procéder, qui prend la forme d'une injonction dite 'anti-suit', sur laquelle nous reviendrons (*infra*, n° 205 e.s.). Caractéristique de la *common law*, cette injonction a été mise à profit notamment par les tribunaux anglais pour faire respecter la volonté des parties et sanctionner la partie qui a pris l'initiative de saisir un autre for que le for élu.

L'affaire *Continental Bank* déjà évoquée (*supra*, n° 139) illustre bien cette volonté de privilégier l'accord des parties, fut-ce au prix d'une intervention musclée dans la conduite d'une procédure étrangère. En l'espèce, une banque se plaignait devant les tribunaux anglais que son cocontractant, un armateur grec à qui elle réclamait le remboursement d'un prêt, avait, sans attendre d'être assigné en Angleterre comme le voulait le contrat liant les deux parties, saisi les tribunaux de son pays en invoquant la responsabilité délictuelle du banquier qui lui aurait causé un dommage en résiliant le prêt consenti. La Cour d'Appel vit dans la saisine du tribunal grec une manoeuvre destinée à échapper à la juridiction des tribunaux anglais, et à retarder ainsi l'issue du litige. Elle interdit en conséquence au défendeur de poursuivre cette procédure.⁸⁰³ Cette décision, qui a connu un grand retentissement en raison du cadre particulier de l'espace judiciaire européen dans lequel elle s'inscrit, est le reflet d'une pratique ancienne des tribunaux anglais, qui viennent par la contrainte à la rescousse d'accords d'élection de for bafoués par les parties.

167. **L'injonction dans la pratique anglaise** - L'injonction *anti-suit* a en effet très tôt rejoint l'arsenal dont disposent les tribunaux anglais pour assurer le respect des clauses d'élection de for – ainsi que des conventions d'arbitrage.⁸⁰⁴ Aux yeux des tribunaux anglais, cette injonction constitue un remède idéal pour éviter qu'une partie puisse échapper à un accord auquel elle a librement souscrit, ou même retarder par des manoeuvres dilatoires la saisine du for élu.⁸⁰⁵

⁸⁰³ *Continental Bank NA v Aelos Cia Naviera SA* [1994] 2 All ER 540 ; [1994] W.L.R. 588, [1994] 1 Lloyd's Rep. 505 (C.A.). *Infra*, n° 180 sur la question de savoir si cette décision ne fait pas à tort une entorse à la litispendance européenne pour sauvegarder l'autonomie des parties.

⁸⁰⁴ V. déjà *Pena Copper Mines Ca v Rio Tinto* (1912) 105 L.T. 846 (C.A.) (injonction accordée contre une procédure engagée en Espagne en violation d'une clause compromissoire); *Ellerman Lines Ltd v Read* [1928] 2 KB 144 (convention d'arbitrage); *Tracorran v Sudan Oil Seeds Ca Ltd (No 2)* [1983] 1 WLR 1026 (convention d'arbitrage); *The Tropaioforos (No 2)* [1962] 1 Lloyd's Rep. 410 (clause d'élection de for). En général, L. COLLINS, « Anti-Suit Injunctions Process and Arbitration », in *Arbitral Tribunal or State Courts. Who Must Defer to Whom?*, P. KARRER (éd.), ASA Spécial Series n° 15, Zürich, 2001, 85-96 et S. CLAVEL, « Anti-Suit Injunctions et arbitrage », *Reu arbitrage*, 2001, 669-706.

⁸⁰⁵ On parle alors de 'convention-based injunction', par opposition à l'interdiction de procéder que justifient des considérations équitables, et non plus contractuelles. Lord Diplock expliquait ainsi que « A right not to be sued upon a particular cause of action in a particular foreign court by the person against whom the injunction is sought, may be contractual in origin. A common example of this is an exclusive jurisdiction clause in a contract » : *British Airways Board v Laker Airways Ltd*, [1985] AC 51, 81 (H.L.). *Infra* sur la distinction entre les deux fondements de l'injonction.

Jusque dans les années 1990, le recours à l'injonction était toutefois assez peu fréquent. Le demandeur ne pouvait se contenter d'alléguer que la procédure étrangère violait une convention de juridiction. Encore fallait-il montrer que cette procédure était réellement "vexatoire", au sens que cette expression recevait dans la jurisprudence traditionnelle (*infra*, n° 217). Dans l'affaire du *Lisboa* par exemple,⁸⁰⁶ le juge Dunn avait ainsi posé comme règle générale que "[...] l'injonction ne sera normalement pas accordée sauf si la procédure étrangère est vexatoire ou oppressive [...]. Il en va ainsi même si les parties ont convenu qu'elles ne soumettront pas leur litige à un juge étranger ou que tous les litiges seraient soumis à l'arbitrage en Angleterre".⁸⁰⁷ La même réserve se faisait sentir lorsque le demandeur invoquait la violation d'une clause compromissoire. Au minimum fallait-il, pour que l'injonction soit décernée, que le for étranger se soit déjà prononcé sur sa compétence.⁸⁰⁸

A partir des années 1990, la position des tribunaux anglais s'est toutefois considérablement assouplie. Le recours à l'injonction pour faire triompher l'accord des parties a été de plus en plus fréquent, les juridictions anglaises abandonnant peu à peu la réserve qu'elles mettaient un point d'honneur à respecter avant d'interdire à une partie de procéder devant un for étranger (*infra* n° 259 *es.*) pour accorder l'injonction de façon quasi-automatique.⁸⁰⁹ Déjà en 1989, le juge Staughton avait laissé entendre que la conduite d'une procédure étrangère en violation d'une clause d'élection de for pouvait en soi être considérée comme vexatoire et oppressive.⁸¹⁰ Cette volonté plus pressante de faire respecter, au besoin par la contrainte, les clauses d'élection de for, se fit ressentir même à l'égard de procédures engagées devant un tribunal d'un autre Etat membre, comme ce fut le cas dans l'affaire *Continental Bank* déjà évoquée.

168. L'affaire *Angelic Grace* et la généralisation du recours à l'interdiction de procéder - Avec la décision *The Angelic Grace* en 1995, c'est à un véritable "bond en avant" du pouvoir injonction *anti-suit*⁸¹¹ que l'on a assisté, la Cour d'Appel décidant que sauf circonstances exceptionnelles, le juge anglais accordera l'injonction dès lors que la procédure engagée devant le tribunal étranger l'a été en violation d'une clause d'élection de for ou d'une convention d'arbitrage.⁸¹² En l'espèce, les propriétaires d'un navire avaient engagé une procédure d'arbitrage contre leurs co-contractants italiens, demandant réparation pour les dommages causés au navire pendant la charte-partie. Ceux-ci s'en remirent aux tribunaux italiens, en invoquant le caractère délictuel de la demande, qui

⁸⁰⁶ *The Lisboa, Mike Trading and Transport, Ltd. v R. Pagnan & Fratelli* [1980] 2 Lloyd's Rep. 546 (C.A.).

⁸⁰⁷ [1980] 2 Lloyd's Rep. 546, 551 : "[...] the injunction should not normally be granted unless the foreign proceedings are vexatious or oppressive. [...] This is even so if the parties have agreed not to proceed in a foreign court [...] or if they have agreed that all disputes shall be submitted to arbitration in England". En l'espèce, une procédure avait été engagée devant les tribunaux italiens, alors que les clauses du connaissance maritime prévoyait la compétence des tribunaux anglais. L'injonction fut refusée.

⁸⁰⁸ *V. p. ex. World Pride Shipping, Ltd. v Daiichi Kisen Kaisha (The Golden Anne)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 489 ainsi que *Tracorin SA v Sudan Oil Seeds Co, Ltd. (No 1)*, [1983] 1 W.L.R. 1027 (C.A.) (*supra*, n° 142 sur cette affaire).

⁸⁰⁹ Sur l'évolution de la jurisprudence, v. CHESHIRE et NORTH, 1999, 370-372; E. PEEL, *loc. cit.*, *Lloyd's L.C.M.Q.*, 1998, (182), 203-205; S. MALES, "Comity and Anti-Suit Injunctions", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (543), 547-552 et R. ASARIOTIS, "Antisuit Injunctions for Breach of a Choice of Forum Agreement : A Critical Review of the English Approach", *Yearb. Eur. L.*, 1999-2000, 447-467, spéc. 451-461.

⁸¹⁰ *Sohio Supply Co v Gatoil (USA) Inc.*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 588, 592.

⁸¹¹ Selon l'expression de H. MUIR WATT, compte-rendu de la 13^{ème} édition de l'ouvrage de Dicey et Morris, par L. COLLINS et al., *R.C.D.I.P.*, 2000, (307), 310.

⁸¹² *Aggeliki Charis Cia. Maritima SA v Pagnan SpA, The Angelic Grace*, [1995] 1 Lloyd's Rep. (87), 96. V. également Lord Goff dans *Airbus Industrie GIE v Patel*, [1999] 1 A.C. 119 (HL) (Lord Goff réserve expressément la situation dans laquelle une clause d'élection de for est invoquée, comme sortant du cadre de son appel à une plus grande réserve dans l'utilisation de l'injonction).

échappait selon eux à la convention d'arbitrage. Avant même que le tribunal italien ne se prononce sur sa compétence, le juge anglais accorda une injonction interdisant la poursuite de la procédure italienne.⁸¹³ En appel, la Cour confirma cette décision.⁸¹⁴ Le juge Millett expliqua dans un attendu de principe que

“le temps est venu de mettre de côté l’incantation rituelle selon laquelle la compétence d’injonction ne peut être exercée qu’avec la plus grande réserve. De nombreuses décisions des tribunaux les plus respectés mettent en garde contre le danger de créer une apparence d’interférence indue dans la conduite d’une procédure étrangère. Une telle attention à l’égard de la sensibilité du tribunal étranger est justifiée lorsque l’injonction vise à empêcher une procédure dans un for *non conveniens* ou encore lorsque la procédure étrangère est vexatoire ou oppressive, mais pas lorsqu’un contrat a été violé. [...] Selon moi il n’y a pas de bonne raison d’hésiter à accorder une injonction interdisant une procédure étrangère lorsque le défendeur s’est engagé à ne pas prendre l’initiative d’une telle procédure”⁸¹⁵

Ce durcissement à l’égard des parties qui saisissent un autre tribunal que le for élu, s’explique peut être par le nombre croissant d’affaires dans lesquelles les tribunaux anglais ont vu un litige, dont les parties leur avaient de commun accord attribué la charge, soumis à un juge étranger, notamment au sein de l’espace judiciaire européen.⁸¹⁶ A la suite de cette décision, on a pu écrire que l’injonction était devenu le remède “naturel” pour sanctionner une tentative de se soustraire à une clause d’élection de for.⁸¹⁷

Cette jurisprudence a ensuite reçu l’approbation de la Chambre des Lords dans l’affaire *Donohue*.⁸¹⁸ En l’espèce, un citoyen anglais cherchait à convaincre les tribunaux de son pays de faire interdiction à ses adversaires de poursuivre une procédure que ces derniers avaient engagée aux Etats-Unis, en violation d’une clause d’élection de for en faveur des tribunaux anglais. Si la Haute Cour réforma en définitive l’injonction qui avait été accordée en appel,⁸¹⁹ Lord Bingham n’en confirma pas moins, au nom de la Chambre des Lords, la direction prise par la jurisprudence dans l’affaire *Angelic Grace*. Le Lord expliqua que lorsque « des parties contractantes se sont mises d’accord pour conférer à un tribunal

⁸¹³ *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan* [1994] 1 Lloyd’s Rep. 168. Le juge semble surtout avoir voulu éviter que le tribunal italien ne se prononce, craignant que cette décision ne soit invoquée en Angleterre, où elle aurait dû être reconnue par l’effet de la Convention de Bruxelles. La question est cependant controversée, la portée de l’exclusion de l’arbitrage par l’article 1(4) soulevant d’importantes difficultés, v. note 923.

⁸¹⁴ *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan* [1995] 1 Lloyd’s Rep. 87.

⁸¹⁵ “[I]n my judgment, the time has come to lay aside the ritual incantation that this is a jurisdiction which should only be exercised with great caution. There have been many statements of great authority warning of the danger of giving an appearance of undue interference with the proceedings of a foreign court. Such sensitivity to the feelings of a foreign court has much to commend it where the injunction is sought on the ground of forum non conveniens or on the general ground that the foreign proceedings are vexatious or oppressive, but where no breach of contract is involved. [...] But in my judgment there is no good reason for diffidence in granting the injunction to restrain foreign proceedings on the clear and simple ground that the defendant has promised not to bring them” : [1995] 1 Lloyd’s Rep. 87, 96 (par Millett LJ)

⁸¹⁶ Cette tendance, impossible à chiffrer, n’est pas étonnante lorsque l’on connaît l’importance croissante de la stratégie procédurale des justiciables, les juges regrettant sans doute le temps, révolu, et sans doute quelque peu imaginaire, des ‘gentlemen’ où il était naturel de s’incliner devant les accords conclus.

⁸¹⁷ A. BRIGGS et P. REES, 1997, 269, n° 5.28 : “an injunction was the only effective remedy for such a breach, and that an injunction would be the *natural* remedy” (nous soulignons).

⁸¹⁸ *Donohue v Amco Inc et al.*, [2001] UKHL 64 (H.L., 13 décembre 2001).

⁸¹⁹ [2000] 1 Lloyd’s Rep. 579. En première instance, le juge Aikens avait refusé l’injonction : [1999] 2 Lloyd’s Rep. 649.

particulier une compétence exclusive pour se prononcer sur une demande formulée entre parties, et une demande tombant sous le coup de cet accord est instituée dans un autre for que celui choisi par les parties, le tribunal anglais exercera en règle générale son pouvoir discrétionnaire [...] de façon à garantir que les parties s'en tiennent à ce qu'elles ont convenu, à moins que la partie qui a introduit la demande devant le for non élu, (la charge de la preuve reposant sur elle), apporte la preuve d'éléments qui justifient impérieusement la conduite de la procédure dans ce for». ⁸²⁰ Et le juge de préciser sa pensée en expliquant que s'agissant d'une question laissée à l'appréciation discrétionnaire des juges, «il ne peut être question de faire régir cette appréciation par des règles absolues ou inflexibles». ⁸²¹ Ainsi un plaideur pourra-t-il hypothéquer ses chances d'obtenir l'aide du for anglais de l'injonction s'il tarde à le saisir. Lord Bingham ne laissa toutefois subsister aucun doute sur la direction dans laquelle doit être exercée cette appréciation : «la règle générale est claire», expliqua-t-il, «lorsque les parties sont liées par une clause d'élection de for exclusive, les tribunaux doivent donner suite à cette clause, sauf lorsque des raisons suffisamment impérieuses justifient que l'on s'en écarte». ⁸²²

L'avertissement de la Chambre des Lords est sans équivoque : les justiciables qui ne respectent pas les clauses d'élection de for qu'ils ont conclues, s'exposent à la sanction de l'interdiction de procéder. ⁸²³

169. Un respect scrupuleux de la volonté des parties - Le *leitmotiv* de cette jurisprudence est la volonté d'obliger les parties à honorer leurs stipulations contractuelles. La popularité des tribunaux anglais auprès des parties contractantes explique sans doute le souci de ces tribunaux de garantir l'intégrité des accords conclus par les parties, fut-ce au prix d'une interférence, même indirecte, dans la conduite d'une procédure étrangère. Ce souci se rencontre tant à l'égard des clauses compromissaires ⁸²⁴

⁸²⁰ § 24 du jugement : « If contracting parties agree to give a particular court exclusive jurisdiction to rule on claims between those parties, and a claim falling within the scope of the agreement is made in proceedings in a forum other than that which the parties have agreed, the English court will ordinarily exercise its discretion [...] to secure compliance with the contractual bargain, unless the party suing in the non-contractual forum (the burden being on him) can show strong reasons for suing in that forum ».

⁸²¹ Idem : « I use the word 'ordinarily' to recognize that where an exercise of discretion is called for, there can be no absolute or inflexible rule governing that exercise ».

⁸²² Idem : « the general rule is clear : where parties have bound themselves by an exclusive jurisdiction clause, effect should ordinarily be given to that obligation in the absence of strong reasons for departing from it ».

⁸²³ La jurisprudence des cours et tribunaux avait déjà fait sienne la sévérité de la jurisprudence *Angelic Grace*, v. *Akai Property Ltd. v People's Insurance Co, Ltd*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 90, 105 ; [1999] I.L.Pr 24, 52 : « Where a plaintiff seeks an injunction to restrain foreign proceedings where there is a clear breach of a jurisdiction clause, an injunction should not be granted as a matter of course, but usually should be granted unless good reason was shown why it should not ». V. également *Ultisol Transport Contractors Ltd v Bouygues Offshore SA et al.*, [1996] 2 Lloyd's Rep., 140, 148-149 (« the Court should not be reluctant to grant an anti-suit injunction on the ground that to do so might be thought to be an interference with the exercise of a jurisdiction by a Court of a competent jurisdiction elsewhere. It would not be such an interference but merely the enforcement of a contractual promise »). La volonté de faire triompher l'accord des parties incite les tribunaux anglais à intervenir avant même que le défendeur ait engagé une procédure devant un juge étranger, v. p. ex. *Shell Int'l. Petroleum Co Ltd v Coral Oil Ltd*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 72, 78 (le tribunal accorde une injonction interdisant à un concessionnaire libanais de la marque 'Shell', de procéder devant les tribunaux libanais, comme il avait menacé de le faire, et ce parce que le contrat de concession, révoqué par Shell, prévoyait une clause d'arbitrage LCIA. Le tribunal cite avec approbation la jurisprudence *Angelic Grace* et explique que « Prima facie [...] an injunction is the proper and necessary remedy for a threatened breach of the agreement and prima facie, therefore an injunction should be granted unless the defendants can show a strong reason why it should not ».

⁸²⁴ P. ex., *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87 ; *Toepfer Int'l GmbH v Molino Boschi Srl* [1996] 1 Lloyd's Rep. 510 ; *Toepfer Int'l GmbH v Cargill France SA*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 98 ; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Vost Alpine Intertrading GmbH*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 279 ; *Navigations Maritime Bulgare v Rustal Trading Ltd, The Ivan Zagubanski*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 106 (QB) ; *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2001]

qu'à l'égard des clauses d'élection de for,⁸²⁵ et ce aussi bien en droit commun⁸²⁶ que lorsque la Convention de Bruxelles s'applique.⁸²⁷

Dorénavant il suffira dès lors à une partie de montrer que la procédure étrangère constitue une violation de la convention de juridiction pour obtenir une injonction, sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'une quelconque vexation.⁸²⁸ Il appartient alors au défendeur de convaincre la Cour qu'il avait une raison légitime de ne pas se conformer à la stipulation contractuelle.⁸²⁹ La jurisprudence *Donohue* va plus loin qu'un simple renversement de la charge de la preuve, qui verrait le demandeur à l'étranger somme d'expliquer pourquoi il a préféré porter sa demande devant un autre for que celui choisi par les parties. En réalité, c'est le critère même de la procédure vexatoire et oppressive comme exigence fondatrice du pouvoir injonctif qui s'en trouve modifiée : le simple fait que la procédure étrangère ait été engagée en violation de l'accord des parties suffira à justifier l'injonction, cette circonstance démontrant à elle seule le caractère abusif de la saisine du juge étranger. La seule véritable limite au pouvoir d'injonction réside dans une exigence de célérité : l'injonction sera en effet refusée s'il apparaît que le demandeur tente d'obtenir une interdiction alors que la procédure étrangère suit son cours depuis déjà quelques mois, voire quelques années.⁸³⁰

170. Une jurisprudence américaine moins agressive - La jurisprudence américaine ne semble pas encore avoir pris conscience des vertus de l'interdiction de procéder comme garante du respect de l'autonomie de la volonté. On ne trouve que quelques décisions qui ont eu recours à l'injonction *anti-suit* pour sanctionner l'introduction d'une procédure devant un juge autre que celui désigné par les parties. Ainsi dans une affaire mettant en jeu une clause d'élection de for contenue dans un connaissance maritime, le tribunal du district méridional de New York a-t-il interdit à plusieurs compagnies d'assurance de poursuivre une procédure qu'elles avaient engagée en Italie contre le transporteur de marchandises.⁸³¹ Le tribunal prit toutefois la peine de souligner que la *corinitas* internationale réservait l'exercice de l'injonction aux situations les plus exceptionnelles.⁸³² En outre, en l'espèce ce n'était pas tant la violation de la clause

1 All ER 530 ; Y.C.A., 2001, 689 (QB) (clause compromissoire prévoyant un arbitrage à Londres ; le tribunal accorde une injonction pour mettre fin à une procédure engagée au Delaware).

⁸²⁵ P. ex. *Ultisol Transport Contractors Ltd. v Bouygues Offshore SA et al.* [1996] 2 Lloyd's Rep. 140 ; *A/S D/S Sverdrborg v Warsa* [1996] 2 Lloyd's Rep. 559 ; *Sobio v Gatoil*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 588 ; *Donohue v Arco Inc. and Others*, [2000] 1 Lloyd's Rep. 579 (C.A.).

⁸²⁶ *Akai Property Ltd. v People's Insurance Co, Ltd.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 90 ; [1999] I.L.Pr. 24 ; *National Westminster Bank Plc v Utrecht-America Finance Co*, inédit, 10 mai 2001 (C.A.) ; *Society of Lloyd's v White* (2000) Times, 14 avril 2000 (QB) (injonction interdisant à une partie de poursuivre une procédure engagée en Australie en violation d'une clause attribuant compétence aux tribunaux anglais).

⁸²⁷ P. ex. *Continental Bank NA v Aelos Cia Naviera SA* [1994] 2 All ER 540 ; [1994] W.L.R. 588 ; *Standard Bank London Ltd. v Dimitrios. Apostolakis et al.*, 2000 WL 191161 (QB 19 janvier 2000) (injonction sollicitée à l'encontre d'une procédure pendante en Grèce).

⁸²⁸ Analyse que partage R. ASARIOTIS, *Lc., Yearb. Eur.L.*, 1999-2000, (447), 458 (qui note que les critères pour obtenir une injonction sont devenus "very relaxed").

⁸²⁹ Le souci des tribunaux anglais de faire respecter les conventions de juridiction ne se traduit pas seulement par l'interdiction faite aux parties d'engager une procédure à l'étranger en violation de la convention. Si d'aventure une partie obtient du juge étranger qu'il se prononce au fond malgré l'existence de la convention, les tribunaux anglais pourront également lui interdire de tenter d'obtenir l'exécution de ce jugement, v. *Yowell v Kara Mara Shipping Co, Ltd.*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 102 (Q.B.).

⁸³⁰ P. ex. *Toepfer Int'l GmbH v Molino Boschi SRL*, [1996] 1 Lloyd's Rep. 510 (injonction refusée, la procédure étrangère étant vieille de plusieurs années) ; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 179 (injonction accordée malgré un délai de 6 mois)

⁸³¹ *Farrell Lines, Inc. v Columbus Cello-Polly Corp et al.*, 32 F. Supp. 2d 118, (S.D.N.Y. 1997).

⁸³² 32 F. Supp. 2d 118, 129-130.

d'élection de for que le tribunal cherchait à sanctionner, mais bien la tentative des assureurs d'échapper aux limites que le droit américain pose à la responsabilité du transporteur de marchandises.⁸³³

Rares sont les autres exemples où la procédure étrangère a été sanctionnée de la sorte.⁸³⁴ Le contraste entre l'attitude des tribunaux anglais et américains s'explique sans doute par la méfiance avec laquelle ces derniers abordent toujours les clauses d'élection de for dans le contentieux international.⁸³⁵ Cette méfiance est elle-même à l'origine de conflits, notamment avec les tribunaux anglais. Dans plusieurs affaires retentissantes, ces derniers se sont vus contraints d'interdire la poursuite d'une procédure américaine parce que leurs collègues américains avaient pris quelque liberté avec la clause d'élection de for.⁸³⁶

C'est ainsi que dans l'affaire *Donohue* déjà citée, qui portait sur la vente d'un groupe d'entreprises anglaises d'assurance par un conglomérat américain à des employés des sociétés vendues, le vendeur assigna les acheteurs devant les tribunaux New-yorkais en alléguant un comportement frauduleux dans leur chef. Le tribunal américain refusa de donner suite à la clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais, parce qu'elle était à ses yeux teintée de fraude. De plus elle ne pouvait selon le tribunal s'appliquer au litige dont il était saisi, puisque celui-ci reposait sur des allégations de fraude alors que la clause visait uniquement les difficultés résultant de l'exécution du contrat.⁸³⁷ On a vu que

⁸³³ Le fameux *Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. § 1300 et suivant. V. 32 F. Supp. 2d 118, 130-131 : "[...] COGSA's protections reflect the important goal of limiting a carrier's liability when it is not appraised of the true value of the goods, so that the carrier does not, in effect, function as the insurer of the goods. Plaintiff relied on the applicability of COGSA in entering this transaction, and its shipping charges reflected this reliance on limited liability. [...] it is clear that defendants are attempting to evade the liability limitations that were the basis of their bargain, in violation of public policy".

⁸³⁴ P. ex. *International Fashion Products, Bv v Calvin Klein, Inc.*, 1995 WL 92321 (S.D.N.Y. March 7, 1995) (une injonction est accordée pour interdire la poursuite d'une procédure aux Pays-Bas en violation d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux américains).

⁸³⁵ Ainsi, Mme. Teitz fait-elle observer que "many U.S. courts are unwilling to defer to the chosen forum under a forum selection clause in commercial transactions, even another common-law jurisdiction, sometimes construing the forum selection clause narrowly and sometimes treating the issue as one of venue": L. E. TEITZ, "Parallel Proceedings : Moving Into Cyberspace", *Int'l Lawyer*, 2001, (491), 497.

⁸³⁶ P. ex. *Shell Offshore, Inc. v Heeremac*, 33 F. Supp. 2d 1111 (S.D. Tex. 1999) (procédure anti-trust engagée aux États-Unis, alors que les parties étaient liées par une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais. Les défendeurs s'empressent de demander à ces derniers tribunaux d'interdire la poursuite de la procédure américaine, sur quoi les demandeurs sollicitent l'interdiction de la procédure anglaise...). V. les observations de L. E. TEITZ, "International Litigation. Parallel Proceedings and the Guiding Hand of Comity", *Int'l. Lawyer*, 2000, (545), 550-551 et *XL Insurance Ltd. v Owens Corning*, [2001] 1 All ER (Comm) 530; Y.C.A., 2001, 869 (QB) (injonction anti-suit accordée pour mettre fin à une procédure engagée aux États-Unis en violation d'une clause compromissoire prévue dans le contrat d'assurance liant les parties).

⁸³⁷ *Armo Inc. v North Atlantic Ins. Co Ltd.*, 68 F. Supp. 2d 330, 338-40 (S.D.N.Y. 1999). On aura reconnu une tactique fréquemment utilisée par les plaideurs désireux de se soustraire à l'obligation à laquelle ils ont souscrit avec la convention de juridiction. Les tribunaux ont toutefois paré la manœuvre, la plupart des jurisprudences nationales semblent en effet interpréter les conventions de juridiction sans restriction particulière, avec pour seul impératif de donner plein effet à l'autonomie de la volonté. En ce sens pour les clauses compromissoires p.ex. A. REDFERN et M. HUNTER, *ac.*, 1999, 160, n° 3-40 ("[...] most national courts now regard arbitration as an appropriate way of resolving international commercial disputes and accordingly seek to give effect to arbitration agreements wherever possible, rather than seeking to narrow the scope of the agreement so as to preserve the court's jurisdiction"). V. également G. B. BORN, *ac.*, La Haye, Kluwer Law Int'l, 1999, 24 ("Most developed legal systems allow forum clauses to encompass at least some non-contractual disputes (such as tort or statutory claims)". Cet auteur recommande d'utiliser le vocabulaire et la rédaction la plus large possible pour éviter d'éventuels litiges sur la portée de la clause, pp. 24-25). En particulier, l'extension d'une clause d'élection de for à la responsabilité extra-contractuelle ne semble pas poser de problème, *cor.* R. GEIMER, 1997, 442, n° 1719 ("Im Zweifel werden auch (mit den vertraglichen konkurrierende) deliktische Ansprüche mitumfasst"); CHESHIRE et NORTH, 1999, 353-354. La Cour de Justice a décidé dans l'affaire *Powell Duffryn* qu'il appartient au tribunal saisi de déterminer si la demande dont il est saisi est couverte par la clause d'élection de for, C.J.C.E., 10 mars 1992, *Powell Duffryn c. Petereit, Rec.*, 1992, I-1745. La Cour ne semble cependant pas avoir donné de directives particulières pour l'interprétation de la clause d'élection de for. M.M. Briggs et Rees en concluent que le juge anglais

la Chambre des Lords, si elle a cassé l'injonction accordée par la Cour d'Appel en l'espèce, n'en a pas moins fortement insisté sur le respect dû à la volonté des parties, qui justifiait à ses yeux en principe l'octroi d'une interdiction de procéder.⁸³⁸

En somme, le recours à l'injonction *anti-suit* dans des litiges mettant en jeu une clause d'élection de for est fréquent, que ce soit pour interdire la poursuite d'une procédure engagée dans un autre for que le for élu, ou encore pour répondre à une injonction de cette nature.⁸³⁹

171. Rejet de l'interdiction de procéder - renvoi – On a constaté que les tribunaux anglais et, dans une moindre mesure, les tribunaux américains, avaient recours à l'interdiction de procéder pour sanctionner un accord des parties sur le juge compétent. Pour des raisons qui seront développées ultérieurement, l'injonction *anti-suit* ne semble pas à même de réaliser l'objectif de coordination des procédures (*infra* n° 244 e.s.). Il en va de même lorsqu'elle vise à faire respecter un accord contractuel sur la résolution des litiges.

L'interdiction de procéder est sans doute la solution la moins respectueuse de la relativité intrinsèque des conventions de juridiction : en s'arrogeant le droit d'interdire la poursuite de la procédure étrangère, le for désigné par les parties néglige complètement la possibilité que le tribunal étranger puisse, de bonne foi, arriver à une appréciation différente de la même clause d'élection de for.⁸⁴⁰ Circonstance aggravante, les tribunaux anglais n'ont pas hésité à faire utilisation de l'injonction au sein de l'espace judiciaire européen. On peut avoir des sérieux doutes sur la compatibilité de ce mécanisme avec les Conventions de Bruxelles et de Lugano (*infra*, n° 314 e.s.). Il faut dès lors se réjouir que la jurisprudence récente ait quelque peu nuancé l'automatisme avec lequel les injonctions paraissaient pouvoir être accordée.⁸⁴¹

aura pour ce faire recours à la *lex contractus* (Briggs et Rees, 1997, 65, n° 2.82; note 318). Pour la Belgique, p. ex. CT Liège, 8 novembre 1996, *J.T.*, 1997, 150 (clause relative à la « résiliation » d'un contrat vaut également pour les litiges relatifs à la rupture immédiate pour faute grave).

⁸³⁸ En première instance cependant ([1999] 2 Lloyd's Rep. 649), le juge Aikens avait refusé l'injonction, non seulement parce que les allégations de fraude n'étaient pas à ses yeux couvertes par la clause, mais également parce que l'Angleterre n'était pas le 'for naturel' de la cause (649, 663). V. les commentaires de L. E. TEITZ, *Lc., Int'l Lawyer*, 2001, (491), 497-500.

⁸³⁹ Comme par exemple dans l'affaire *Shell Offshore, Inc v Heerema*, 33 F. Supp. 2d 1111 (S.D. Tex. 1999), où l'on demandait aux tribunaux américains de réagir 'en nature' contre une interdiction de procéder émise par un tribunal anglais. S'il n'a pas caché sa surprise et son incompréhension à l'égard de l'injonction anglaise visant à bloquer sa procédure, le juge américain a jugé qu'il était trop tôt pour intervenir en paralysant la procédure anglaise. Sur la nature proprement 'abrasive' de l'injonction, *infra*, n° 280 e.s.

⁸⁴⁰ V. également H. MUIR WATT, compte-rendu de l'ouvrage de M. Requejo Isidro, *Proces en el extranjero y medidas antiproces*, *R.C.D.I.P.*, 2001, (595), 596 : Mme. Muir Watt se demande si l'injonction se justifie lorsque le 'for harceleur' a été élu par les parties. Elle répond par la négative, en notant que lorsque "le conflit de compétences naît ici d'une divergence d'appréciation des effets de la clause attributive par les deux fors [...] il n'y a aucune raison que celle du juge anglais prévale...".

⁸⁴¹ Les Principes de Leuven-Londres permettent au for élu de faire respecter une clause d'élection de for au moyen d'une injonction, mais seulement si cette clause est valable selon la loi des deux Etats concernés (Principe). Autant dire que dans une telle situation, les deux tribunaux donneront effet à la clause, et que dès lors le besoin de l'injonction ne se fera pas sentir.

Comp. la position de A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Soled Colloquium*, J. GOLDSMITH (ed.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1996, (237), 256-257 (cet auteur suggère d'interdire carrément la possibilité de recourir à l'injonction pour faire respecter une convention de juridiction). V. également les nombreuses réserves émises par A. Briggs et P. Rees, *o.c.*, 269-270, n° 5.28.

172. Evolution récente de la jurisprudence anglaise – Force est en effet de constater que la jurisprudence anglaise a mis un peu d'eau dans son vin. Certaines décisions récentes refusent de conférer à l'interdiction de procéder le caractère d'une sanction automatique et nécessaire de la violation d'une clause d'élection de for.⁸⁴²

Certes la Chambre des Lords a-t-elle en décembre 2001 accordé sa caution à la jurisprudence *Angelic Grace* et consacré dans l'affaire *Donohue* déjà évoquée une véritable présomption en faveur de l'interdiction de procéder comme sanction de la violation d'une clause d'élection de for. Dans cette même espèce toutefois, la Cour a réformé l'injonction accordée parla Cour d'Appel en s'appuyant pour ce faire sur le risque que l'arrêt de la procédure américaine engagée en contravention avec la clause d'élection de for, ne laisse subsister des procédures concurrentes. On se rappellera en effet que dans cette affaire, seules certaines parties étaient liées par la clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais ; en outre, certaines des demandes soumises aux tribunaux américains échappaient à la clause d'élection de for en raison de leur caractère non contractuel. Tout en reconnaissant que le demandeur devant les tribunaux anglais avait en principe le droit d'exiger que la clause d'élection de for soit respectée,⁸⁴³ la Chambre des Lords expliqua que, même si l'injonction était accordée, cela n'empêcherait pas la poursuite d'autres procédures devant les tribunaux américains, procédures qui ne

⁸⁴² V. les considérants de la Cour d'Appel dans l'affaire *Philip Alexander Securities and Futures Ltd. v Bamberger*, [1997] I.L.Pr. 73; *Credit Suisse First Boston (Europe) Ltd. v Segate Trading Co. Ltd.*, [1999] 1 All ER (Comm) 261 (Rix J. refuse une injonction alors qu'une partie avait commencé une procédure en Californie en violation apparente d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais, parce que des doutes sérieux existaient sur la validité de la clause); *Credit Suisse First Boston (Europe) Ltd. v MLC (Bermuda) Ltd.* [1999] 1 All ER (Comm) 237, [1999] 1 Lloyd's Rep. 767 (injonction anti-suit accordée contre une partie qui initie une procédure à New York en violation d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais. La Cour limite l'injonction aux demandes qui sont manifestement couvertes par la clause d'élection de for. V. également le pendant américain du conflit, *MLC (Bermuda) Ltd. v Credit Suisse First Boston Corp.*, 46 F. Supp. 2d 249 (SDNY 1999) et les commentaires de L. E. TEITZ, *l.c.*, *Int'l Lawyer*, 2000, 548-549); *Mediterranean Shipping Co SA v Atlantic Container Line AB et al.*, LEXIS, (CA, 3 décembre 1998) (la Cour d'Appel refuse d'enjoindre une partie qui avait commencé une procédure à New York en violation d'une clause compromissoire LCIA. La Cour accepte les principes dégagés dans *Angelic Grace* et *Akai*, précités, mais refuse de les ériger en règles inflexibles qui commanderaient une décision d'enjoindre à chaque fois qu'il y a une convention de juridiction. La Cour insiste pour conserver une certaine flexibilité. En l'espèce, le tribunal de New York était saisi d'une demande de dessaisissement sur base de la Convention de New York, qui devait être entendue très rapidement. De plus le comportement du demandeur aux Etats-Unis pouvait être interprété comme une renonciation à invoquer la clause compromissoire, et le juge américain était mieux placé pour statuer sur cette question). V. également les attendus plus discrets d'autres juges, comme Creswell J., dans *Banque Cantonale Vaudoise v Waterbury Maritime, Inc.*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 347, 357 (le juge souligne la nécessité "to avoid the risk of conflicting judgments and thus to facilitate the proper administration of justice in the Community") et de la Cour d'Appel dans *Toepfer Int'l GmbH v Société Cargill France*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 379, 386 (in casu, un acheteur cherchait protection auprès des tribunaux français, réclamant des dommages et intérêts en alléguant que la cargaison qui lui avait été livrée était défectueuse. Le vendeur invoqua la convention d'arbitrage GAFTA pour persuader les tribunaux anglais d'interdire à l'acheteur de poursuivre la procédure française, ce qui lui fut accordé en première instance : *Toepfer Int'l GmbH v Société Cargill France* [1997] 2 Lloyd's Rep. 98 (QB). Cette décision fut confirmée en appel, la Cour se référant cependant à la Cour de Justice pour obtenir des éclaircissements quant à la portée de certaines dispositions de la Convention de Bruxelles. La demande préjudicielle fut ensuite abandonnée. La Cour a toutefois noté que "If the point had arisen, we would have been bound to hold that article 17 overrides art. 21 and 22 of the Convention. This is because it has been so held by this court in *Continental Bank v Aekas* [...] That decision has provoked widespread controversy and it is, perhaps, a pity that these proceedings are unlikely to provide an occasion for its review" et dans la même décision, à propos du dictum du juge Millett dans l'affaire *Angelic Grace* précité, les juges écrivent que "we would not wish it to be thought that we have independently endorsed these sentiments").

En général, v. les commentaires de P. ROGERSON, *l.c.*, *The All England Law Reports Annual Law Review 1999*, Londres, Butterworths, 2000, (81), 82-84, de E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 206-207 ainsi que R. ASARIOTIS, *l.c.*, *Yearb. Eur.L.*, 1999-2000, (447), 459-460 (qui constate que "a number of recent decisions indicate that a more careful and restrained judicial attitude may be appropriate, at any rate in the context of proceedings in other Contracting States to the Bruxelles Convention").

⁸⁴³ § 29 du jugement, par Lord Bingham.

pouvaient faire l'objet d'une interdiction à défaut de violation de la clause d'élection de for.⁸⁴⁴

La Haute Cour poursuit en expliquant que la perspective de voir se poursuivre plusieurs procédures, qui pourraient conduire à des résultats contradictoires, constituait une circonstance suffisamment grave pour renverser la présomption en faveur de l'injonction.⁸⁴⁵ Ce faisant, la Chambre a admis que le souci de l'économie de procédure devait triompher du nécessaire respect de l'autonomie de volonté.⁸⁴⁶ On est donc loin de la quasi-automaticité de la jurisprudence *Argelic Grace*.

173. Interdiction de procéder, conclusion – La décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *Donohue* laisse entrevoir les limites de l'injonction comme sanction de la clause d'élection de for : en cas de violation pure et simple de cette clause, le demandeur à l'étranger aura bien du mal à éviter la sanction du tribunal anglais.⁸⁴⁷ Le for de l'injonction se laissera au contraire convaincre de la légitimité de la procédure étrangère lorsque celle-ci apparaît comme l'unique possibilité d'éviter une dispersion nuisible du contentieux et le risque attendant de décisions contradictoires. On voit que le souci de l'autonomie de la volonté et celui de prévenir les procédures concurrentes ne font pas toujours bon ménage. La sanction du premier au moyen de l'interdiction de procéder a en tout cas perdu quelque peu de son mordant.

III. LA DIFFICILE COEXISTENCE DE LA LITISPENDANCE ET DE LA CLAUSE D'ÉLECTION DE FOR

174. La coordination des procédures concurrentes – Si l'injonction *anti-suit* ne convainc pas comme méthode de résolution des conflits de procédures, ce n'est pas le cas d'une autre voie que l'on peut résumer par l'idée de *coordination*.

On étudiera plus loin les différentes formes que peut prendre la coordination des procédures concurrentes. Dans la tradition romano germanique, cette coordination se traduit généralement par une exception de litispendance, qui peut être invoquée par une partie pour mettre fin à une procédure engagée alors qu'un tribunal a déjà été saisi du litige (*infra*, n° 370). On se demandera dès lors si la litispendance pourrait servir de méthode de coordination aux procédures concurrentes s'appuyant sur une clause d'élection de for. Cette question appelle une réponse différente selon le contexte. On va voir en effet que s'il ne serait en principe pas judicieux d'imposer au juge élu par les parties de céder la priorité à un tribunal antérieurement saisi, comme le voudrait le mécanisme de la litispendance (A), il en va autrement au sein de l'espace judiciaire européen (B).

⁸⁴⁴ §§ 30-33 du jugement, par Lord Bingham.

⁸⁴⁵ Selon Lord Bingham, « the ends of justice would be best served by a single composite trial in the only forum in which a single composite trial can be proceeded, which is New York, and accordingly, I find strong reasons for not giving effect to the exclusive jurisdiction clause » (§ 36 du jugement). V. également § 75, par Lord Scott.

⁸⁴⁶ V. déjà en ce sens, *Bouygues Offshore SA v Caspian Shipping Co et al. (Nos. 1, 3, 4 & 5)*, [1998] 2 Lloyd's Rep. 461 (C.A.) et dans cette même espèce, *Bouygues Offshore SA v Caspian Shipping Co et al. (No2)*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 485 ainsi que *Ultisol Transport Contractors Ltd v Bouygues Offshore SA et al.*, [1996] 2 Lloyd's Rep., 140.

⁸⁴⁷ Comme le montre une affaire récente mettant en jeu une clause compromissoire dont les demandeurs alléguaient la violation par leurs adversaires, qui avaient saisi le tribunal de Marseille. Le juge Aikens a refusé de se laisser convaincre par les appels des défendeurs, qui évoquaient la sensibilité différente des pays de l'espace judiciaire européen pour exclure la possibilité d'une interdiction de procéder : *Navigation Maritime Bulgare v Rustal Trading Ltd, The Ivan Zagubanski*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 106, 122-124 (QB).

A. La règle générale : pas d'application analogique de la litispendance

175. Une question de compétence - A première vue, il n'y a pas place pour l'exception de litispendance lorsque l'un des tribunaux saisis fonde sa compétence sur un accord des parties. L'exception de litispendance repose en effet sur le postulat que les deux instances concurrentes sont également compétentes pour prendre connaissance du litige. Or, l'existence d'une convention de juridiction suppose que l'une des instances concernées est, du moins aux yeux de l'autre, incompétente. En dehors du contexte particulier de l'espace judiciaire européen, la doctrine ne semble pas s'être beaucoup souciée des relations entre clause d'élection de for et litispendance. On peut toutefois noter que lorsque le litige met en jeu une clause compromissoire, la doctrine classique ne laisse aucune place à l'exception de litispendance. MM. *Huys* et *Keutgen* notent par exemple à propos de la concurrence entre une procédure arbitrale et une procédure devant un juge national que :

« [I]es mécanismes de la litispendance et de la connexité [...] ne sont pas applicables lorsque l'une des demandes est introduite devant des arbitres, car la signature par les parties d'une clause arbitrale exclut que la même action puisse être portée devant d'autres tribunaux également compétents. En effet cette clause confère aux arbitres une juridiction exclusive à laquelle aucune autre ne peut être substituée ».⁸⁴⁸

Ce rejet de la litispendance est d'ailleurs entériné par une jurisprudence arbitrale constante. C'est ainsi que dans une procédure conduite sous les auspices de la CCI, une partie avait soulevé l'exception de litispendance en raison de la saisine antérieure d'un tribunal espagnol. Le tribunal arbitral écarta l'exception en notant que « il ne saurait y avoir de litispendance dès lors qu'une clause compromissoire est déclarée valable puisqu'elle a précisément pour objet d'écartier la compétence des juridictions ordinaires ».⁸⁴⁹

⁸⁴⁸ M. HUYS et M. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, 255, n° 374. V. aussi D. H., note sous Sentence CCI n° 6709/1991, *J.D.I.*, 1992, (1001), 1005 (“[...] la litispendance entre juge et arbitre n'existe pas”); PH. DE BOURNONVILLE, « L'arbitrage », in *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2000, 137, § 143 (« La litispendance suppose l'introduction de deux demandes devant des tribunaux différents de l'ordre judiciaire ; son mécanisme n'est pas applicable lorsque l'une d'entre elles est portée devant des arbitres. Il n'y a donc pas litispendance entre les juridictions étatiques et un tribunal arbitral »); M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, 1990, 244, n° 284 ; G.A. ALVAREZ, note sous la sentence CCI N° 5103 (1988), *J.D.I.*, 1988, 1206 (explique que « En présence d'une clause compromissoire valide, les parties ne sauraient donc s'opposer en instance arbitrale les exceptions de litispendance et de connexité au profit d'une juridiction étatique »); H. GAUDEMET-TALLON, v° Compétence civile et commerciale, *Répertoire dr. int.*, Paris, Dalloz, 1998, 32, n° 19 ; Y. DERAIS, note sous sentence CCI n° 6840 (1991), *J.D.I.*, 1992, 1030 (« une exception de connexité ne saurait être reçue, faute de compétence de la juridiction étatique ») et D. HASCHER, note sous sentence CCI n° 6709, *J.D.I.*, 1992, 998 (« En vérité les tribunaux d'Etat sont dessaisis de par la volonté des parties, et celle-ci doit l'emporter, au moins tant qu'elle est valable. Dans ces conditions, la litispendance entre juge et arbitre n'existe pas et ce dernier doit seulement se préoccuper de la volonté qui l'a désigné [...] Ce qui vient d'être exposé vaut également pour la connexité »). M. Schlosser explique à propos de la clause compromissoire que “[...] parallel arbitration proceedings commenced by either party should not be of any concern for an official court. It does not matter whether arbitration proceedings were commenced prior or subsequently to the institution of court proceedings. The only thing a state court has to do is verify whether or not, due to the arbitration agreement, it is deprived of jurisdiction” (I.c., in *Arbitral Tribunals and State Courts. Who Must Defer to Whom?*, ac., (15), 17). V. également les nombreuses références citées par W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtsängigkeit im Schiedsverfahren*, Tübingen, J.C.B. Mohr Siebeck, 1991, 182, note 3.

⁸⁴⁹ Sentence CCI n° 6142 (1990), *J.D.I.*, 1990, 1039, *Collection of ICC Awards 1986-1990*, 420 (le tribunal arbitral a également constaté qu'il n'y avait pas identité entre les parties en cause et que si les deux causes étaient

Cette décision reflète un courant majoritaire dans la jurisprudence arbitrale.⁸⁵⁰ Quelques sentences arbitrales semblent certes laisser la porte ouverte à une éventuelle prise en considération de l'exception de litispendance invoquée en raison de la saisine antérieure d'un tribunal national : s'ils la rejettent, ce n'est pas en effet pour des raisons de principe tenant à l'inapplicabilité de cette exception dans les relations entre justice arbitrale et justice étatique, mais bien parce les conditions d'application de l'exception n'étaient pas remplies. Que le tribunal se soit dans ces espèces contenté de constater le défaut d'identité des parties,⁸⁵¹ ou l'impossibilité de reconnaître la future décision étrangère,⁸⁵²

« manifestement connexes », il n'en demeurerait pas moins que « cette connexité n'autorise pas le renvoi » en raison de l'existence de la clause compromissoire qui prive le tribunal espagnol de tout pouvoir de juridiction).

⁸⁵⁰ Sentence CCI n° 3879 du 5 mars 1984, *Y.C.A.*, 1986, vol. XI, 127; *I.L.M.*, 1984, 1071 (litige qui mettait aux prises une entreprise et cinq pays dont l'Égypte. La procédure arbitrale engagée, l'Égypte entama une procédure devant les tribunaux du Caire et ceux de Genève pour qu'ils déclarent nulle la procédure arbitrale fautive de convention d'arbitrage. Dans le même temps, l'Égypte invoquait l'exception de litispendance devant le tribunal arbitral pour l'inviter à surseoir à statuer. Le tribunal arbitral examina d'abord la convention d'arbitrage pour en confirmer la validité. Il rejeta dès lors le 'plea of stay' en notant que "[n]ow that it has recognized its own jurisdiction, [...] the Tribunal is unable to uphold the request for a stay"); Sentence CCI n° 6708/1991, *J.D.I.*, 1992, 998, note D.H. (exception de litispendance soulevée en raison de la saisine antérieure du tribunal de Grande Instance de Paris, le tribunal arbitral rejette l'exception en notant que « le caractère de juridiction d'exception de la juridiction arbitrale fait obstacle à la possibilité d'une situation de litispendance entre une juridiction étatique et la juridiction arbitrale »); Sentence CCI n° 5103, *J.D.I.*, 1988, 1207, note G.A.A.; *Collection of ICC Awards 1986-1990*, 361 (exception de litispendance avec une procédure en Tunisie rejetée pour des raisons de principe parce que les deux instances concurrentes ne sont pas également compétentes; les deux procédures avaient été initiées par la même partie; le tribunal arbitral note que « les deux demandes [...] n'ont pas été portées devant des juridictions également compétentes. La litispendance à proprement parler ne peut surgir qu'entre deux juridictions d'un même Etat ou de deux Etats différents, lorsque les règles de compétence de leur for les autorisent l'une et l'autre à connaître d'un même litige [...] Cette situation de compétence concurrente ne peut surgir entre une juridiction arbitrale et une juridiction étatique, pour la raison que leur compétence respective ne dépend que d'un seul facteur, l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »); Sentence CCI n° 3572 (1982), *Collection of ICC Awards 1986-1990*, 154 (arbitre refuse de donner suite à une demande de sursis à statuer pour permettre à un tribunal judiciaire de se prononcer); Sentence CCI n° 5294 (1988), *Collection of ICC Awards 1986-1990*, 180 (arbitre refuse de donner suite à une demande de sursis à statuer formulée pour qu'un tribunal égyptien puisse se prononcer sur la validité de la clause compromissoire); Sentence CCI n° 6709 (1991), *Collection of ICC Awards 1991-1995*, 435; *J.D.I.*, 1992, 998 (arbitre rejette une exception de litispendance invoquée en raison de l'existence d'une procédure pendante devant un tribunal français; le litige opposait une société allemande et une société française, cette dernière ayant reçu une licence de la première pour commercialiser en France un produit dont la première détenait le brevet. L'entreprise française ne respectant pas ses engagements, l'entreprise allemande commença une procédure arbitrale. L'entreprise française répondit en engageant devant le TGI de Paris une action en nullité du brevet pour défaut de nouveauté, et souleva devant le tribunal arbitral une exception de litispendance. Le tribunal arbitral écarta l'exception de litispendance en notant que « le caractère de juridiction d'exception de la juridiction arbitrale fait obstacle à la possibilité d'une situation de litispendance entre une juridiction étatique et la juridiction arbitrale »; de plus il n'y avait pas identité entre les demandes).

⁸⁵¹ Sentence CCI n° 2272 de 1975, *Y.C.A.*, vol. 2, 1977, 151, *Collection of ICC Awards 1974-1985*, 11 (litispendance évoquée avec une instance pendante devant le tribunal de commerce de Bruxelles. Au lieu de rejeter d'emblée l'exception, le tribunal arbitral note que les parties ni les causes ne sont identiques, la procédure arbitrale est engagée entre A et B, la procédure belge entre B et C; le tribunal décide que « Whereas the parties in each of these proceedings are not the same, and their mutual and reciprocal requests do not have the same purpose, the subsidiary plea of pendency introduced by B cannot be sustained »); sentence CCI n° 1512 du 14 janvier 1970, *YCA* 1980, 174; *Collection of ICC Awards 1974-1985*, 33 (arbitrage CCI à Genève et procédure au Pakistan, le tribunal arbitral se contente, pour rejeter l'exception, d'observer que « there is no identity of subject matter »); Sentence CCI n° 6840 (1991), *J.D.I.*, 1992, 1030, note Y.D.; *Collection of ICC Awards 1991-1995*, 467 (arbitre refuse de donner suite à une exception de litispendance et de connexité invoquée en raison de la saisine concurrente d'un tribunal sénégalais, parce que les deux instances sont « parfaitement distinctes »); Sentence ICSID du 8 août 1980, *Y.C.A.*, 1983, vol. 8, 144 et *I.L.M.*, 1982, 740 (entreprise italienne dans un litige l'opposant au Congo, le Congo souleva une exception de litispendance en raison de l'existence d'une procédure parallèle pendante devant le tribunal révolutionnaire de Brazzaville. Le tribunal arbitral rejette cette demande en notant que « the pendency of a case was in order only in the event of the identity of the parties, of the subject-matter and of the cause of the suits pending before the two tribunals. The Tribunal found that these conditions were not fulfilled »).

⁸⁵² Sentence arbitrale N° RSP 57/78 du 18 janvier 1980, Chambre de Commerce de Tchécoslovaquie, *Y.C.A.*, VI, 1981, 127 (le même demandeur initie une procédure d'arbitrage en Tchécoslovaquie puis une procédure devant les tribunaux belges. Le défendeur souleva l'exception de litispendance. Les arbitres rejettent l'exception de litispendance non pas par principe mais parce que la loi tchèque (article 63 de la loi de 1963 sur le droit

doit se comprendre non pas comme la volonté d'embrasser pleinement l'exception de litispendance, mais bien comme le souci des arbitres d'avoir, par économie de moyen, recours à l'argument le plus évident.

Le sentiment général est dès lors celui de l'inapplicabilité de l'exception de litispendance dès que les parties ont fait usage de leur autonomie de la volonté et choisi de s'en remettre à un tribunal arbitral pour trancher leurs différends. *A priori*, on ne voit pas pourquoi il devrait en aller autrement à l'égard d'une clause d'élection de for qui, si elle n'a pas pour effet de soustraire un litige à la connaissance des juridictions nationales, exprime toutefois la même volonté des parties de désigner eux-mêmes l'instance qui se chargera de trancher leur différend.⁸⁵³

176. Une question de perspective - Le rejet de principe de l'exception de litispendance trahit toutefois une certaine méprise sur la nature du mécanisme. L'argument invoqué, selon lequel il n'y aurait pas lieu de se préoccuper de cette exception, qui ne trouverait à s'appliquer que lorsque les deux instances sont également compétentes, parce que l'élection de for des parties prive par hypothèse le for premier saisi de compétence, dénote une certaine confusion à propos de l'efficacité de l'effet dérogatoire.

Prétendre que le for premier saisi n'est pas compétent en raison de l'existence d'une clause attributive de juridiction, c'est en effet oublier que la validité d'une telle clause et, partant, la compétence du juge élu, ne s'impose pas nécessairement de façon absolue. Comme nous avons eu l'occasion de le voir, tout est question de perspective en cette matière : pour le juge élu, la clause peut très bien s'avérer valide, alors que le for dérogé conclura, sur base de ses propres règles, à l'inefficacité ou encore à la caducité de la clause. Dire que la clause prive nécessairement le for dérogé de toute compétence fait donc l'impasse sur la *relativité* intrinsèque de la validité de la clause. L'inefficacité d'une clause d'élection de for peut se révéler être fonction de l'angle de vue, le for qui passe outre une telle clause ne fait pas nécessairement preuve de mauvaise foi.⁸⁵⁴ On peut en

international privé) n'accepte la litispendance que lorsque le jugement étranger à venir est susceptible d'être reconnu en Tchécoslovaquie, ce qui n'est pas le cas du jugement belge à venir à défaut de traité). V. également sentence du 3 novembre 1973, n° 152/1972, Chambre Bulgare de commerce et d'industrie, *Y.C.A.*, 1979, vol. IV, 191 (un vendeur bulgare demande aux arbitres le paiement du prix par un acheteur français, celui-ci fait faillite et le vendeur réitère sa demande devant le tribunal de commerce français. Le syndic de faillite demande aux arbitres de mettre fin à la procédure arbitrale en raison de la litispendance avec la demande pendante en France. Cette demande est rejetée par les arbitres parce que l'article 9 du Code de Procédure civile bulgare ne reconnaît pas la litispendance étrangère).

⁸⁵³ C'est la conclusion à laquelle aboutit par exemple M. Delaume qui écrit qu'au vu de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, "*lis pendens in effect cannot arise since, to the extent that the contractually chosen forum has exclusive jurisdiction, the second court is clearly without it*" (G. R. DELAUME, *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes. Law and Practice*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 170);

Dans son rapport pour l'Institut de Droit International, SACERDOTI avait invité l'Institut à conclure que "la prorogation volontaire de la compétence ne justifie pas la reconnaissance de la litispendance étrangère" (A. SACERDOTI et CH. LYON-CAEN, "De la litispendance dans les rapports entre les juridictions d'Etats différents. Rapport et projet de conclusions présentés au nom de la Commission, Institut de droit international, Sixième commission, Session de Venise", *Ann. de l'Institut Dr. Intl.*, vol. 15, 1896, (85), 89. Cette suggestion se comprend si l'on tient compte de la méfiance généralisée à l'époque à l'égard de l'autonomie de la volonté, la possibilité pour les parties de désigner le juge compétent n'étant reconnue que de manière exceptionnelle.

⁸⁵⁴ Cette relativité incite Mme. Rogerson à inviter les tribunaux anglais à faire preuve de modération dans l'utilisation de l'injonction anti-suit pour faire respecter une clause d'élection de for. Comme elle le note, "[...] the validity of the jurisdiction clause and its preparation may be open to question. Is it really unconscionable for a party to a contract to wish to have the question of the validity of the jurisdiction clause decided in a court other than that apparently chosen? [...] The difficult issues of which law governs to determine the validity and extent of the clause are rarely fully discussed." (P. ROGERSON, "Conflict of Laws", *The All England Law Reports Annual Survey 1999*, Londres, Butterworths, 2000, (81), 82).

déduire qu'il est fort possible que les deux tribunaux saisis se déclarent à juste titre compétents, parce que leur appréciation de la clause litigieuse sera divergente.

La possibilité d'appréciations divergentes d'une même clause d'élection de for, fait naître le spectre de procédures concurrentes, l'une devant le for prorogé, qui aurait conclu à la validité de la clause, et l'autre devant le for dérogé, pour qui la clause ne pourrait être honorée. Cette dualité potentielle de procédures est tout aussi néfaste que la concurrence 'ordinaire' de deux procédures. Elle appelle dès lors l'application de mécanismes de coordination, au premier rang desquels figure l'exception de litispendance.

C'est en ce sens que l'on peut comprendre une récente décision du Tribunal Fédéral Suisse, qui a imposé à un tribunal arbitral de prendre en considération l'exception de litispendance soulevée par une partie en raison d'une instance engagée antérieurement devant un tribunal panaméen.⁸⁵⁵ La Haute Cour a pour ce faire constaté que le tribunal étranger avait à juste titre rejeté l'exception d'arbitrage, celle-ci ayant été soulevée tardivement.

Comme le Tribunal l'a indiqué, l'existence de deux procédures concurrentes faisait naître le risque de voir apparaître des décisions contradictoires, les sentences arbitrales jouissant de la même autorité que les décisions des tribunaux nationaux.⁸⁵⁶ Pour éviter ce danger, le Tribunal a prôné l'application par analogie de l'exception de litispendance, dont il nota la parenté avec l'exception de chose jugée qui est communément appliquée en matière d'arbitrage. En l'espèce, le tribunal arbitral aurait dès lors dû appliquer l'exception de litispendance telle que la conçoit le droit suisse.

Si l'on peut avoir des doutes sur la pertinence de la solution retenue par le Tribunal, cette décision a le mérite de reconnaître la nécessité d'organiser la coordination entre procédures concurrentes, même en présence d'une convention de juridiction. Sur le plan des principes, une vision globale du litige et de ses conséquences conduit dès lors à écarter la thèse classique, qui exclut l'application analogique du mécanisme de la litispendance à la situation dans laquelle l'un des juges saisi a été choisi par les parties.

177. Une question de mise en balance des intérêts – On ne saurait nier la nécessité de coordonner les procédures concurrentes, même lorsque l'un des fors concurrents peut en appeler à sa désignation contractuelle par les parties. Pour donner chair à ce souci de coordination, le Tribunal Fédéral a opté pour l'application analogique de l'exception de litispendance prévue par le droit suisse. Cette décision n'est sans doute pas la plus heureuse – même si elle ne portera pas atteinte à l'intégrité de l'arbitrage international. On peut en effet se demander si la priorité chronologique permet de départager valablement deux instances concurrentes en présence d'une convention de juridiction. Demander au juge élu de s'incliner devant la saisine antérieure d'un autre juge, donne à notre sens un poids trop important au souci de coordination des procédures concurrentes, au détriment du respect dû à l'autonomie de volonté. On en arriverait en effet à inciter les justiciables à saisir un tribunal autre que celui qu'ils ont élu, dans l'espoir

⁸⁵⁵ TF, 14 mai 2001, *ATF* 127 III 279 ; *Bulletin ASA*, 2001, n° 3, 544, avec les commentaires de M. LIATOWITSCH, "Die Anwendung der Litispendenzenregeln von art. 9 IPRG durch Schweizerische Schiedsgerichte: Ein Paradoxon? Überlegungen zu einem Bundesgerichtsentscheid vom 14. Mai 2001 im Lichte von BGE 124 III 83", 422-438 ; J.-M. VULLIEMIN, "Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger", 439-450 et de M. SCHERER, "When Should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration?", 451-457. V. aussi CH. OETIKER, "The Principle of Lis Alibi Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision in *Fomento u Colon*", *Arb. Int'l.*, 2002, 137-145.

⁸⁵⁶ TF, 14 mai 2001, *ATF* 127 III 279 ; *Bulletin ASA*, 2001, 549.

que celui-ci se déclare compétent. S'il ne le fait pas, au moins la saisine aura-t-elle permis de faire traîner les choses en longueur puisque le for élu aura dû surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge sur sa compétence. Un tel système paraît dès lors peu compatible avec l'importance accordée dans la plupart des ordres juridiques à l'autonomie de la volonté.

Il convient au contraire d'accorder la priorité à l'autonomie de la volonté sur le souci de coordination des procédures concurrentes : comme on l'a déjà vu, l'impératif de coordination n'est pas catégorique. Il peut s'incliner devant d'autres objectifs tout aussi légitimes.⁸⁵⁷ Il nous semble que l'hypothèse ici étudiée justifie l'entorse faite au souci de coordination.⁸⁵⁸ En somme, si l'application par analogie de la litispendance ne convient pas, ce n'est pas, comme on a pu le croire, à défaut de compétence égale des tribunaux concurrentement saisis, mais parce que la recherche de la coordination doit s'effacer derrière le respect de l'autonomie de la volonté.⁸⁵⁹

L'idée de coordination reste toutefois *judiciuse*. La concurrence de procédures demeure en effet néfaste, même lorsqu'elle met en jeu la volonté clairement exprimée par les parties de soumettre leurs différends à un juge particulier. La coordination ne doit toutefois pas nécessairement prendre la forme automatique de la priorité accordée au juge premier saisi – cette application analogique nous semble par trop nuisible pour la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions qui sous-tendent l'autonomie de la volonté. La fragmentation des statuts ayant vocation à régir les conventions de juridiction impose un détour par d'autres mécanismes de coordination, qui s'inspirent des développements récents qu'a connus l'arbitrage commercial international. Avant de se pencher sur ces autres possibilités de coordination, il est une hypothèse particulière qu'il fait encore évoquer, c'est celle de l'espace judiciaire européen.

⁸⁵⁷ Une question similaire de mise en balance se pose à l'égard de l'influence d'une clause d'élection de for sur les appels en garantie, par exemple lorsque l'utilisateur final d'un produit assigne le vendeur de celui-ci, qui veut à son tour appeler le producteur en garantie. Celui-ci peut-il invoquer la clause d'élection de for qui le lie au vendeur et désigne un autre tribunal ? Le souci de préserver l'autonomie de la volonté se heurte alors à l'intérêt d'une bonne administration de la justice de voir l'intégralité des questions soulevées par un même litige soumis au même juge.

⁸⁵⁸ V. à ce sujet les réflexions de Mme. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale...*, o.c., avril 1997, 65, n° 112. Dans le cadre des négociations en cours à La Haye, l'auteur expliquait qu'un consensus se dégagait « pour estimer que l'autonomie de la volonté est primordiale, qu'elle doit être respectée et doit être protégée contre toute interférence du juge [...] ». Il est également expliqué que la question de la relation entre la litispendance et les clauses d'élection de for devrait être plus amplement étudiée.

⁸⁵⁹ On remarquera d'ailleurs que le Tribunal Fédéral a pris soin, dans l'affaire *Fomento*, de poser des limites très strictes à l'exception de litispendance dont il a imposé le respect aux tribunaux arbitraux : ceux-ci ne devront en effet s'effacer devant la saisine antérieure d'un juge national que lorsque la décision à venir de ce dernier est susceptible d'être reconnue en Suisse, ce qui ne sera pas le cas lorsque le juge national est passé outre une clause compromissoire valable selon le droit Suisse. En réalité, l'affaire *Fomento* a tout d'un "arrêt d'espèce" comme le fait remarquer un commentateur (M. SCHERER, *l.c.*, *Bull. ASA*, 2001, 451). Si la litispendance pouvait bloquer la procédure arbitrale, c'est parce que la partie qui entendait se prévaloir de la clause compromissoire avait tardé à invoquer celle-ci devant le juge panaméen. La clause était dès lors devenue caduque, une réalité qui s'imposait également au tribunal arbitral. Il en ira tout autrement lorsque le juge national passera outre la clause compromissoire pour des raisons déduites de son droit national, comme par exemple l'inarbitrabilité du litige selon la *lex fori*. Dans ce cas, une éventuelle décision de ce juge ne devrait pas pouvoir être reconnue en Suisse, et dès lors l'exception de litispendance sera inopérante. On peut conclure avec M. Vulliemin que "l'exception de litispendance ne pourra guère être invoquée avec succès devant l'arbitre siégeant en Suisse, lorsque celui-ci sera en mesure d'admettre sa propre compétence sur la base d'une clause arbitrale valable et d'un litige arbitral" : J.-M. VULLIEMIN, *l.c.*, *Bull. ASA*, 2001, (439), 440.

B. L'exception : l'espace judiciaire européen

178. **Introduction** - Nous avons vu que si l'on s'en tient à l'impératif de coordination, rien ne s'oppose à l'application par analogie de l'exception de litispendance en faveur du juge premier saisi, même lorsque le juge concurrent a été choisi par les parties. Si cette application par analogie ne peut être retenue, c'est en raison du primat qui revient à l'autonomie de la volonté, laquelle ne saurait être systématiquement sacrifiée sur l'autel de la priorité temporelle.

Il est toutefois une hypothèse dans laquelle la nécessité de coordonner les procédures concurrentes semble devoir l'emporter sur le respect de l'autonomie de la volonté. Il s'agit de l'espace judiciaire européen, et en particulier de l'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Il nous semble en effet que dans cette hypothèse particulière, on ne peut exclure l'application de l'exception de litispendance malgré le fait que le juge second saisi ait été élu par les parties. En pratique, on donnera priorité à l'article 21 (27 du Règlement), qui consacre la priorité du tribunal premier saisi, sur l'article 17 (23 du Règlement), qui donne effet aux clauses d'élection de for. Cette question particulière mérite un examen approfondi.

179. **La jurisprudence anglaise fait triompher l'autonomie de la volonté** - La question des relations entre ces deux dispositions est controversée; elle a connu un important développement jurisprudentiel depuis l'affaire *Continental Bank* déjà évoquée (*supra*, n° 139). Comme déjà expliqué, la Cour d'Appel a dans cette affaire résolument opté pour la priorité de l'autonomie de la volonté, priorité qu'elle n'a pas hésité à sanctionner par le biais d'une interdiction de procéder. Pour les juges anglais, il était en effet inconcevable qu'une partie puisse échapper à la clause d'élection de for à laquelle elle avait librement souscrit en tentant sa chance devant un autre tribunal, dont la saisine empêcherait la clause de produire ses effets. La Cour d'Appel a résumé cette position dans un attendu de principe :

“Lorsque l'article 17 trouve application, il s'ensuit que la clause attributive de juridiction proroge la compétente des tribunaux de l'Etat contractant désigné par les parties et par la même occasion, prive les tribunaux des autres Etats de toute compétence [...]. Il s'ensuit que si l'article 17 s'applique, cette disposition reçoit la priorité sur les articles 21 et 22. La structure et la logique de la Convention dicte de façon convaincante cette conclusion”⁸⁶⁰

Les décisions qui ont suivi n'ont pas désavoué la Cour d'Appel et se sont prononcées en majorité pour le rejet de l'exception de litispendance.⁸⁶¹ Les tribunaux anglais ont ainsi

⁸⁶⁰ *Continental Bank NA v Aekos Cia Naviera SA* [1994] WLR 588, 596 : “When article 17 applies it follows that the jurisdiction agreement prorogates jurisdiction on the courts of the Contracting state chosen by the parties, and that the jurisdiction agreement deprives the courts of other contracting states of jurisdiction [...]. It follows that, if article 17 applies, its provisions take precedence over the provisions of arts. 21 and 22. The structure and logic of the Convention convincingly points to this conclusion”. Ceci explique que la Cour n'a pas pris la peine de vérifier si en l'espèce il y avait identité entre les deux litiges. En première instance, Gatehouse J. avait conclu que les deux affaires ne portaient pas sur le même objet (décision inédite, citée dans la décision de la Cour d'Appel).

⁸⁶¹ P. ex. *Mark Edmund Denby and Others v The Hellenic Mediterranean Lines Co, Ltd.*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 320, 322 (En l'espèce un preneur d'assurance avait saisi les tribunaux grecs pour réclamer le jeu de la police d'assurance. Les assureurs répliquèrent quelques mois plus tard en demandant aux tribunaux anglais de constater la nullité des contrats d'assurance. La Cour décida que “article 17 takes precedence over article 21”); *Kloedener & Co AG v Gatoil Overseas Inc.*, [1990] 1 Lloyd's Rep. (177), 195-196; *The Filitria Legacy*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 513, 514 (obiter dictum selon lequel l'article 21 doit céder devant l'article 17, en l'espèce la clause d'élection de for était inopérante car trop vague); *The Governor and Company of the Bank of Scotland v S.A. Banque Nationale de Paris*, [1996] 1 I.L.Pr. 668 (obiter dictum); *Anonima Petroli Italiana SpA v West of England Shipowners Mutual Insurance Assn. (London) Ltd.*, 9

clairement choisi leur camp : à leurs yeux, il importe d'honorer les accords des parties, au besoin par la contrainte,⁸⁶² même si le résultat est la poursuite de deux procédures concurrentes.⁸⁶³ On peut toutefois se demander si l'économie de la Convention de Bruxelles ne commande pas au contraire de subordonner l'autonomie de la volonté et la nécessité pour les parties de respecter leurs accords librement consentis au souci du législateur européen d'éviter les procédures concurrentes. Avant de se pencher sur cette question de principe, il y a lieu de dédramatiser le débat. On doit en effet constater que la question de l'incompatibilité entre ces deux objectifs ne se posera somme toute que fort rarement.

(i) La confrontation entre deux objectifs : une hypothèse exceptionnelle

180. Eviter un empressement qui peut être fatal - Avant de se pencher sur le délicat équilibre à réaliser au sein de l'espace judiciaire européen entre coordination des procédures concurrentes d'une part et respect de l'autonomie de la volonté d'autre part, il convient de ramener le débat à sa juste mesure. Le scénario envisagé par la Cour d'Appel dans l'affaire *Continental Bank*, qui aurait vu les juges grecs passer outre la clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux anglais, sans relever de la pure fiction, constitue toutefois une hypothèse pour le moins exceptionnelle. C'est que le sort des clauses attributives de juridiction fait au sein de cet espace judiciaire l'objet d'une réglementation détaillée, dont on a vu qu'elle ne laisse qu'une place marginale au droit national. Ce régime a été complété et précisé dans de nombreuses décisions de la Cour de Justice. Le risque de voir apparaître des décisions contradictoires nous semble dès lors minime.

En réalité l'hypothèse d'une appréciation contradictoire dans le chef du for dérogé et du for prorogé est pour le moins exceptionnelle. Dans la grande majorité des cas, les deux tribunaux s'accorderont, après avoir examiné la clause à la lumière des règles européennes, sur son efficacité ou au contraire sur sa caducité.

avril 1990, inédit, cité par R. FENTIMAN, "Exclusive Jurisdiction and Article 17", *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, R. FENTIMAN et al. (eds.), Bruxelles, Bruylant, 1999, (127-160), 131, note 10; *Lexman Corp et al. v Nordiske Skibsrederforening et al.* [1997] 1 Lloyd's Rep. 189 (article 17 prime sur l'article 21) ainsi que *Crédit Suisse First Boston (Europe) Ltd. v MCL (Bermuda) Ltd.*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 767, 780. *Comp. I.P. Metal Ltd. v Ruote O.Z. SpA*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 60 (la Cour accepte que le tribunal second saisi doit faire application des articles 21 et 22 même s'il a apparemment été élu par les parties, mais en l'espèce refuse de faire droit à la demande de sursis pour cause de connexité en vertu de son pouvoir d'appréciation).

Dans son étude précitée (*l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, (127), 130), M. Fentiman fait observer que "[...] in English law [...] Article 17 takes priority over Article 21; the enforcement of contractual jurisdiction clauses is more important than the avoidance of parallel proceedings". *Adde* sur cette problématique, S. GEYSKENS, "Artikel 21 EEX: een ontsnappingsroute voor forumbedingen?", *Jura Falconis*, 2000, 237-253.

⁸⁶² *Supra* à propos de l'injonction, une question sur laquelle nous ne reviendrons pas ici.

⁸⁶³ Remarquons qu'à chaque fois, le tribunal anglais avait été choisi par les parties. On peut se demander si les tribunaux anglais auraient mis autant d'empressement à défendre l'autonomie de la volonté dans l'hypothèse inverse, celle dans laquelle une partie saisit le juge anglais malgré l'existence d'une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger. Le droit commun anglais semble adopter une attitude plus favorable à l'égard des clauses prorogatoires qu'à l'égard des clauses dérogeantes. M. Peel observe que le pouvoir d'appréciation que les tribunaux anglais se réservent à l'égard des clauses dérogeantes "would be easier to justify if the evidence was that exclusive jurisdiction agreements were treated similarly in other areas" (*l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 200). Au contraire, "the refusal [of English courts] to even countenance the possibility of the court's exercising a discretion not to enforce an exclusive jurisdiction agreement in favour of the English courts stands in stark contrast to the approach taken to foreign jurisdiction agreements" (p. 201).

Si la jurisprudence anglaise semble révéler de nombreuses espèces dans lesquelles ce scénario 'normal' n'a pas eu cours, il faut y voir le résultat de l'empressement des tribunaux anglais à présumer que le for dérogé, concurrentement saisi, passera outre la clause d'élection de for. On constate en effet que dans de nombreuses espèces, les tribunaux anglais ont exprimé leur crainte de voir l'accord des parties bafoué par le juge étranger alors même que celui-ci ne s'était pas encore prononcé sur sa compétence. L'affaire *Continental Bank* témoigne bien du caractère quelque peu prématuré de la décision des tribunaux anglais : en l'espèce, le demandeur sollicitait du tribunal anglais qu'il interdise la poursuite de la procédure grecque, alors même que le tribunal grec ne s'était pas encore prononcé sur sa compétence et n'avait donc pu examiner la validité de la clause d'élection de for. L'interdiction de procéder accordée *in casu* se fondait sur la crainte que le juge grec n'honore pas l'engagement des parties, crainte s'appuyant sur les arguments développés par le défendeur en Angleterre, demandeur en Grèce, qui invoquait notamment la circonstance que sa demande, fondée sur la responsabilité extracontractuelle de son adversaire, échappait à l'accord des parties sur le juge compétent. En somme, le juge anglais a préféré ne pas attendre que ce qu'il craignait ne se réalise.

Le même scénario s'est répété dans l'affaire *Angelic Grace*, les tribunaux anglais anticipant sur une décision future du juge italien dont ils redoutaient qu'il se saisisse de la cause en 'violation' de la convention de juridiction.⁸⁶⁴

181. Interdiction du contrôle anticipé de la compétence du juge étranger, même par le for élu - L'empressement des tribunaux anglais à soupçonner le for étranger de vouloir passer outre les clauses d'élection de for, a sans doute contribué à semer la confusion sur le sort de ces clauses. On ne saura ainsi jamais si le juge grec, dans l'affaire *Continental Bank*, aurait effectivement mis de côté la clause attributive de juridiction dont le demandeur prétendait qu'elle ne visait pas la question litigieuse. Toujours est-il que la méthode utilisée par les tribunaux anglais est selon nous à proscrire. La hâte avec laquelle ces tribunaux anticipent une violation de la clause d'élection de for dans le chef du juge étranger, est proprement incompatible avec la lettre et l'esprit de la Convention de Bruxelles.⁸⁶⁵ Comme on le verra en effet, les Conventions de Bruxelles et de Lugano limitent fortement la possibilité pour un juge de vérifier la compétence de l'autre (*infra*, n° 183). Or s'il en est ainsi lorsque les deux juges se sont prononcés, l'interdiction est d'autant plus justifiée lorsque la compétence du juge étranger est toujours *sub iudice*. L'esprit de confiance mutuelle qui informe l'espace judiciaire européen ne pourrait tolérer qu'un tribunal national se permette d'anticiper sur la décision d'un autre, et de mettre en doute la bonne foi de ce dernier dans l'application des règles qui leur sont communes.

L'interdiction du contrôle anticipé de la compétence du juge étranger n'est pas sans inconvénient : cette interdiction aura pour effet de forcer les parties à attendre la décision

⁸⁶⁴ *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan*, [1994] 1 Lloyd's Rep 168 et en appel [1995] Lloyd's Rep. 87 (injonction accordée avant que les tribunaux italiens ne statuent sur leur compétence).

⁸⁶⁵ On remarquera d'ailleurs que les craintes des tribunaux anglais sont d'autant moins justifiées qu'on ne peut exclure que le for étranger conclue de bonne foi et en toute légalité que la clause qu'on lui oppose, n'est pas de nature à la priver de compétence. Il subsiste en effet, au sein même de l'espace judiciaire européen, une marge pour des appréciations divergentes de la même clause (*supra*, n° 155). Il suffit de penser à l'argument invoqué dans l'affaire *Continental Bank*, selon lequel la clause figurant dans le contrat de prêt, ne couvrirait pas la demande fondée sur la responsabilité délictuelle : une telle question relève de l'appréciation de la portée de la clause litigieuse, dont on sait qu'elle appartient selon la Cour de Justice au tribunal national (C.J.C.E., 10 mars 1992, *Powell Duffryn c. Petritt*, aff. C-214/89, Rec., 1992, I-145, point 33. La Cour n'a pas dans cette décision, donné de directives particulières pour l'interprétation de la clause.

du tribunal dont elles avaient contractuellement exclu la compétence. Elle retardera dès lors l'issue (certaine) du conflit tout en obligeant la partie qui entend se prévaloir de la clause d'élection de for, à dépenser temps et argent pour convaincre le for dérogé de l'efficacité de cette convention. Or une telle dépense est précisément ce que les parties ont entendu éviter en prévoyant une clause d'élection de for. C'est d'ailleurs cette dépense et cette attente que les tribunaux anglais entendent éviter aux parties en anticipant la décision du juge étranger.

Dans l'affaire *Continental Bank*, la Cour d'Appel a ainsi expliqué que la banque qui réclamait du juge grec qu'il donne suite à l'élection de for des parties, a dû pour ce faire participer à la procédure engagée par son adversaire et même présenter tous ses arguments et moyens de preuve sur le fond comme le voulait le droit grec. Ce faisant elle avait dû assumer la charge d'honoraires d'avocats considérables.⁸⁶⁶ On peut comprendre que les tribunaux ne restent pas insensibles à 'l'injustice' qui consiste à imposer à une partie, qui espérait légitimement éviter toute controverse relative à la compétence, le poids d'une procédure portant précisément sur cette question.⁸⁶⁷

Il nous semble toutefois que, dans l'état actuel du droit, il n'est pas possible d'anticiper sur la décision du for dérogé. Le système de la Convention de Bruxelles impose au contraire de laisser tant au for prorogé qu'au for dérogé la possibilité de se prononcer indépendamment sur la clause d'élection de for litigieuse. Les dépenses additionnelles que cette obligation entraîne constituent le prix à payer pour le respect de l'autonomie des juges nationaux. Cette autonomie n'est pas vaine, du moins tant que le droit national des Etats membres conservera une emprise, si minime soit-elle, sur la validité des clauses d'élection de for au sein de l'espace judiciaire européen.

182. Eviter une appréciation prématurée de la réaction du for dérogé – On aperçoit le danger qui pèse sur les clauses d'élection de for : si en règle générale, il n'est pas à craindre qu'une seule et même clause fasse l'objet d'appréciations divergentes, - le contentieux anglais se nourrissant dès lors d'une appréciation prématurée de la position du for dérogé -, on ne peut toutefois exclure que, dans certaines situations, le for dérogé adopte une autre interprétation que le for prorogé. Il appartiendra alors au for prorogé, second saisi, de déterminer s'il s'incline devant la litispendance ou entend au contraire donner priorité à l'accord des parties. On a vu que les tribunaux anglais ont résolument opté pour la seconde alternative, qu'ils renforcent au besoin par une interdiction de procéder. A notre sens, c'est au contraire la première solution qui doit l'emporter.

⁸⁶⁶ La Cour d'Appel évoque le chiffre de 120,000 dollars déjà dépensés : [1994] 1 W.L.R. 588, 598.

⁸⁶⁷ *Cors*, la réplique cinglante de la Cour d'Appel dans l'affaire *Angelic Grace* (*The Angelic Grace*, [1995] 1 Lloyd's Rep. 87) à la requête du défendeur qui l'invitait à attendre jusqu'à ce que le juge italien, saisi en violation apparente d'une convention d'arbitrage, statue sur sa propre compétence. La Cour répondit en ces termes : "We are pressed to [...] leave it to the Italian courts to determine the limits of its own jurisdiction [...]. We should, it was submitted, be careful not to usurp the function of the Italian court except as a last resort [...]. That submission involves the proposition that the defendant should be allowed not only to break its contract by bringing proceedings in Italy but to break it still further by opposing the plaintiff's application to the Italian court to stay those proceedings, and all on the ground that it can safely be left to the Italian court to grant the plaintiff's application. I find this proposition unattractive. It is also somewhat lacking in logic, for if an injunction is granted, it is not for fear that the foreign court may wrongly assume jurisdiction despite the plaintiffs, but on the surer ground that the defendant promised not to put the plaintiff to the expense and trouble of applying to that court at all".

(ii) La litispendance européenne prime sur l'autonomie des parties

183. **Un conflit exceptionnel entre deux dispositions** - Dans certains cas, dont on a vu qu'ils seront exceptionnels, l'existence d'un régime uniforme pour les clauses d'élection de for ne préviendra pas l'apparition d'un conflit entre deux tribunaux nationaux à propos de la même clause. Lorsque le for élu par les parties est également le for premier saisi,⁸⁶⁸ le jeu de la litispendance rejoint celui de l'autonomie de la volonté, sans qu'un conflit apparaisse entre ces deux principes. Le tribunal second saisi s'effacera dès lors devant le choix des parties que vient conforter la priorité de saisine.

Il arrivera toutefois que le for élu ne soit saisi qu'après qu'une procédure ait été engagée dans un autre for. Cette hypothèse est d'autant moins à exclure que la partie qui tente de se soustraire à la clause d'élection de for, sera tentée d'agir *préventivement* devant un autre juge pour mettre le for élu devant le fait accompli. Dans cette hypothèse, loin de se rejoindre, la litispendance européenne et l'autonomie de la volonté s'opposent : la première impose de laisser le litige aux mains du juge premier saisi alors que la deuxième penche en faveur du for élu, quel que soit le moment de la saisine.

Cette contradiction, que l'on a résolue en faveur de l'autonomie de la volonté en dehors de l'espace judiciaire européen (*supra*, n° 174), n'a pas laissé indifférent les tribunaux anglais. Ceux-ci ont sans hésité pris le parti de l'accord de volontés : on a déjà évoqué les mesures de contrainte qu'ils étaient prêts à utiliser pour ce faire. Lorsqu'ils n'interdisent pas au défendeur de poursuivre la procédure engagée devant le tribunal étranger, ces mêmes juges anglais se permettent purement et simplement de refuser l'application du mécanisme de la litispendance européenne. C'est ce qu'a décidé le Queen's Bench dans l'affaire *Glencore*.⁸⁶⁹ En l'espèce le défendeur avait saisi de manière préventive les tribunaux français. Le juge refusa de surseoir à statuer comme l'y invitait le défendeur, parce que les parties avaient élu le for anglais.

Cette décision, bien dans la ligne de la jurisprudence *Continental Bank*, n'emporte pas notre conviction. L'économie de l'espace judiciaire européen conduit au contraire nécessairement à accepter que, lorsqu'*exceptionnellement* l'article 17 [devenu l'article 23 du Règlement] entre en conflit avec l'article 21 [devenu l'article 27 du Règlement], ce dernier doit l'emporter. On avouera certes que rien dans le texte des Conventions ne permet de faire triompher l'une ou l'autre solution.⁸⁷⁰ Les rédacteurs de la Convention de Bruxelles n'avaient sans doute pas envisagé cette hypothèse. Deux arguments tirés de l'économie de la Convention font cependant pencher la balance en faveur de l'exception de litispendance.

⁸⁶⁸ Sur l'interprétation de ce concept, *infra* n° 597.

⁸⁶⁹ *Glencore Int'l AG v Metro Trading Int'l Inc. (Banque Trad-Crédit Lyonnais (France) SA)*, [1999] 2 All ER (Comm) 899. Dans cette même affaire, *Glencore Int'l AG v Exter Shipping Ltd. et al.*, jugement de la Cour d'Appel du 18 avril 2002, non encore publié à ce jour.

⁸⁷⁰ On notera que les relations entre la litispendance et la prorogation de compétence ont attiré l'attention des négociateurs de la Convention de Lugano. La délégation norvégienne, soucieuse de garantir l'efficacité des clauses de prorogation de compétence conclues en faveur des juridictions d'un Etat non contractant, avait proposé d'inclure un nouveau paragraphe à l'article 21 pour étendre l'obligation pour le juge saisi en second de surseoir à statuer au cas où le juge premier saisi était en vertu d'une clause de prorogation de compétence : Document de Travail n° 70, reproduit in : Institut suisse de Droit Comparé, *Convention de Lugano. Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, faite à Lugano le 16 septembre 1988*, II, *Travaux préparatoires*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, 194-195. Les autres délégations n'ont pas jugé utile de donner suite à cette proposition, sauf à mentionner le problème dans le rapport explicatif : Procès-verbal de la 12ème séance, 6 et 7 octobre 1987, reproduit dans le même ouvrage, p. 189.

184. L'interdiction du contrôle de la compétence, principe fondamental de l'espace judiciaire européen - Le premier argument a trait à l'interdiction pour le juge national de s'immiscer dans le contrôle de la compétence d'un de ses collègues. Cette interdiction constitue un des principes fondamentaux sur lequel repose l'édifice européen, et en particulier le souci d'assurer la circulation la plus libre possible des jugements. Les termes de l'équation sont connus : l'abolition, ou du moins les limites posées au contrôle de la compétence indirecte, condition dont M. *Holleaux* faisait observer qu'elle est « universellement requise », n'a été possible que parce que les États s'engageaient dans le même temps à partager un ensemble de règles de compétence directe communes, applicables à l'exclusion de toute autre règle nationale. Chaque juge avait, dans ce système, vocation égale à appliquer ces règles pour se prononcer sur sa propre compétence, sans que l'un puisse corriger la copie de l'autre.⁸⁷¹

Ce pacte originel constitue à notre sens, avec le rôle attribué à la Cour de Justice, la clé du succès de la Convention de Bruxelles.⁸⁷² L'interdiction du contrôle de la compétence est explicitement prévue au stade de l'exécution et de la reconnaissance des jugements, la Convention ne tolérant que quelques exceptions limitativement énumérées à ce principe. L'interdiction du contrôle de la compétence du juge étranger, clé de voûte du principe de la reconnaissance mutuelle, ne se limite pas à la phase d'exécution. La Cour de Justice a eu l'occasion dans l'arrêt *Overseas* de confirmer qu'elle s'étendait à cette autre manifestation de la reconnaissance du fait judiciaire étranger que constitue l'exception de litispendance.⁸⁷³

Dans cette espèce, un conflit opposait les tribunaux anglais et français à propos d'une opération sophistiquée de réassurance. Les tribunaux anglais avaient été saisis non sur base des dispositions de la Convention, mais, comme l'autorise l'article 4, sur base de leur droit national. Voyant là l'occasion d'échapper au carcan de la litispendance européenne, les demandeurs arguaient que le tribunal anglais, second saisi, n'était pas tenu d'appliquer l'article 21. Fidèle à son interprétation extensive de cette disposition, la Cour rejeta cet argument. Au passage, elle indiqua qu'il n'appartenait pas au juge second saisi de contrôler la compétence du tribunal premier saisi. La seule possibilité que lui confère l'article 21, ajouta la Cour, est de surseoir à statuer, et non de se dessaisir, lorsque la compétence du tribunal premier saisi n'est pas encore établie.⁸⁷⁴

185. L'interdiction du contrôle de la compétence, principe fondamental de l'espace judiciaire européen (suite) - A première vue il n'y a donc pas de place pour une quelconque appréciation par le juge second saisi de la légitimité de la revendication de compétence dans le chef du juge premier saisi. Ceci s'accorde bien avec le système de

⁸⁷¹ V. récemment sur ce pacte et l'influence de l'évolution de l'exequatur dans le Règlement 44/2001 vers une procédure purement administrative, B. ANCEL, "The Brussels I Regulation : Comment", *Yearbook of Private International Law*, 2001, (101), spéc. pp. 103-105 et 110-112. M. Ansel insiste à juste titre sur la pression que fait peser cette évolution sur les règles de compétence, qui se doivent encore plus d'être irréprochables.

⁸⁷² V. en général W. LÜCKE, "Die Zuständigkeitsprüfung nach dem EuGVÜ", *Gedächtnisschrift für Peter Arens*, D. LEIPOLD et W. LÜCKE (éds.), München, Beck, 1993, 273-288; N. A. SCHOIBL, "Die Prüfung der internationalen Zuständigkeit und der Zulässigkeit nach dem Brüsseler und dem Luganer Übereinkommen", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, R. GEIMER (éd.), München, C.H. Beck, 1999, 777-806.

⁸⁷³ C.J.C.E., 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd. c. New Hampshire Insurance Co.*, affaire C-351/89, *Rec.*, 1991, I-(3317), I-3350.

⁸⁷⁴ Idem, point 24. et la note de A. BRIGGS, *Year. Eur. L.*, 1991, 521-527. Dans les premières versions de la Convention, le sursis à statuer n'était qu'une faculté pour le juge second saisi. Il est devenu obligatoire avec la Convention de *San Sebastian*.

la Convention, qui repose sur la *confiance mutuelle* qui doit nourrir les rapports entre juges nationaux. L'existence de règles de compétence communes à tous les tribunaux rend d'ailleurs vaine la prétention du tribunal second saisi de substituer son appréciation à celle du tribunal premier saisi, puisqu'il n'est pas mieux placé pour se prononcer sur la compétence de ce dernier.⁸⁷⁵

Le primat de la litispendance peut donc en appeler à l'interdiction faite au for second saisi de contrôler la compétence du chef premier saisi. Cette interdiction n'est pas absolue, la Cour a d'ailleurs dans cette même affaire *Overseas* expressément réservé l'hypothèse dans laquelle le juge second saisi l'est sur base d'une compétence « exclusive ».⁸⁷⁶ Il serait toutefois hasardeux de vouloir déduire de cette réserve que la Cour a entendu tolérer une exception à l'article 21 dans cette hypothèse particulière. De plus, si la Cour a expressément mentionné, pour l'hypothèse qu'elle réservait, l'existence d'une compétence exclusive déduite de l'article 16 de la Convention, elle n'a pas évoqué la question de la compétence que le juge second saisi déduirait d'une éventuelle élection de for.⁸⁷⁷

Il nous semble pour le moins spéculatif de déduire de ce seul attendu que l'existence d'une clause d'élection de for justifie une exception à l'interdiction pour le juge second saisi de se préoccuper de la compétence du tribunal concurrent et, a fortiori, à son obligation d'en déférer à ce dernier pour la résolution du litige. Il en est d'autant plus ainsi lorsque l'on examine le sort, au sein de l'espace judiciaire européen, d'une éventuelle décision ignorant une clause d'élection de for.

186. Absence de motif de refus tiré de la violation d'une clause d'élection de for – L'interdiction du contrôle de la compétence va en effet de pair avec le constat de l'absence, dans le régime européen, de motif de refus de reconnaissance tiré de la violation d'une clause d'élection de for. Comme on l'a vu, il n'y a en principe pas de place pour un contrôle de la compétence indirecte par le juge requis au sein de l'espace judiciaire européen. Les quelques exceptions prévues à l'article 28 [devenu l'article 35 du Règlement], dont la Cour a eu soin de préciser qu'elles étaient « limitatives »,⁸⁷⁸ ne font pas mention de la violation éventuelle d'une clause d'élection de for. Une telle violation ne peut dès lors être invoquée pour dénier à une décision le privilège de la *Full Faith and Credit* européenne.⁸⁷⁹

Pour prendre l'exemple de l'affaire *Continental Bank*, si le tribunal grec s'était déclaré compétent – ce que les juridictions anglaises ne lui ont pas laissé le temps de faire – les

⁸⁷⁵ Il le sera encore moins, comme le fait remarquer la Cour de Justice, lorsque l'autre tribunal fonde sa compétence sur une règle nationale : C.J.C.E., affaire *Overseas* précitée, point 23.

⁸⁷⁶ Idem, point 20.

⁸⁷⁷ Au point 20, la Cour note que « il y a lieu de relever, tout d'abord, qu'aucun élément du dossier ne fait apparaître que la procédure au principal relève d'une compétence exclusive prévue par la Convention et, notamment, par son article 16 ». *Comp.* avec les conclusions de l'Avocat-Général *van Gerwen* qui avait également réservé la question, sans se prononcer sur les conséquences de l'éventuelle exclusivité de la compétence du tribunal second saisi, point 13, p. I-3339. A la différence de la Cour, il avait cependant mentionné l'article 17 au même titre que l'article 16 comme éventuelle exception.

⁸⁷⁸ C.J.C.E., affaire *Overseas* précitée, point 24.

⁸⁷⁹ On déduira logiquement des arguments invoqués pour privilégier la litispendance sur l'autonomie de la volonté, que la première doit au contraire s'incliner devant les compétences 'exclusives' de l'article 16 [devenu l'article 22 du Règlement]. Lorsque le juge second saisi tire sa compétence de cette disposition, la décision du juge premier saisi qui aurait négligé de se déclarer incompétent, ne pourra prétendre à aucun effet dans le for second saisi. La violation d'une règle de compétence exclusive autorise en effet de façon exceptionnelle le juge requis à refuser de reconnaître le jugement étranger.

tribunaux anglais auraient été tenu de respecter et de donner effet à cette décision, sans pouvoir contester la justesse du raisonnement. Telle est la loi d'airain de la Convention, qui privilégie la libre circulation des jugements au 'détriment' d'autres considérations. Les parties ne peuvent contester cette décision, du moins en ce qu'elle porte sur la compétence, qu'auprès des tribunaux de l'Etat premier saisi, ainsi qu'éventuellement devant la Cour de Justice. Si tel est l'effet de la Convention une fois la décision rendue, on peut en déduire logiquement que les autres dispositions doivent s'interpréter de façon à participer au même but, à savoir la libre circulation des jugements. Quel meilleur moyen pour y parvenir que de prévenir les procédures parallèles? De même que la violation d'une clause d'élection de for ne permet pas au juge requis de remettre en question la décision dont on lui demande d'assurer l'effet extraterritorial, de même cette violation ne peut-elle être invoquée pour se soustraire à la priorité du juge premier saisi.⁸⁸⁰

187. Le primat de la litispendance ne signifie pas la fin des clauses d'élection de for - Tout conduit donc à faire primer la coordination des procédures concurrentes sur l'autonomie de la volonté.⁸⁸¹ On peut ne pas souscrire à ce choix de politique législative, les deux objectifs étant tout autant légitimes. On a d'ailleurs vu qu'en dehors du cadre particulier de l'espace judiciaire européen, notre préférence allait à l'autonomie de la volonté, fut-ce au prix de procédures concurrentes.⁸⁸² Il n'en reste pas moins que la

⁸⁸⁰ Il est une autre hypothèse dans laquelle la litispendance européenne peut s'opposer à l'exercice d'une compétence exclusive. On sait que la Cour de Justice a considérablement étendu le champ d'application de la litispendance européenne, notamment en décidant que cette règle pouvait s'appliquer lorsque le défendeur n'était pas domicilié dans un Etat de l'Union (arrêt *Overseas*, précité, points 13 à 17). Or dans ce cas, ce défendeur pourrait être attiré devant un juge européen en application d'un des fors exorbitants bannis par l'article 3. Certains de ces fors sont réputés accorder une compétence 'exclusive' aux juges. Il en va ainsi des articles 14 et 15 du Code civil français. Le juge français saisi sur base de ces dispositions doit-il céder la priorité au juge d'un autre Etat membre antérieurement saisi ou peut-il exciper du caractère *exclusif* des privilèges de juridiction pour refuser effet à la litispendance européenne? En droit international commun, la Cour de cassation française a estimé que l'exception de litispendance ne pouvait être opposée au juge français second saisi lorsque celui-ci tire sa compétence d'un privilège de juridiction (V. par ex. Cass. fr., 3 juin 1997, *R.C.D.I.P.*, 1998, 452, note B. ANCEL; Cass. 17 juillet 1980, *J.D.I.*, 1981, 75; Cass. Fr., 25 mai 1987, *Bull. Civ.*, I, n° 167; *JCP*, 1987, éd. G., IV, 263; Cass., 21 janv. 1992, *Bull. civ.*, I, n° 318; *D.*, 1993, somm., 51; *JCP*, 1992, éd. G., IV, n° 838 (la Cour casse une décision de la Cour d'Appel de Paris qui avait admis une exception de litispendance au profit d'une procédure pendante à Hong Kong, alors que la compétence du juge français était déduite de l'article 15); Versailles, 22 septembre 1993, *J.C.P.*, 1995, II, 22459, note H. MUIR WATT (décision sur renvoi de la Cour de Cassation dans l'affaire précédente, la Cour d'Appel s'incline devant le caractère exclusif de l'article 15); Versailles, 20 déc. 1988, *D.* 1989, somm. 258 et H. GAUDEMET-TALLON, "La litispendance internationale dans la jurisprudence française", in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, (122), 129 ainsi que A. HUET, *Juris-Classeur droit international*, Fasc. 581-43, 1995, n° 14 - ce dernier auteur explique d'ailleurs que les compétences exclusives du juge français « constituent l'obstacle principal et le plus fréquent en pratique à l'existence de véritables situations de litispendance internationale ». Il ne peut en aller de même lorsque l'impératif de coordination tire sa source d'un commandement européen. L'«exclusivité» de compétence reconnue au juge français par les articles 14 et 15 est en effet complètement inopérante au sein de l'espace judiciaire européen. Elle ne s'impose en aucun cas aux autres Etats membres. Partant, elle ne peut constituer un obstacle à la litispendance (en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, « Litispendance et connexité en droit européen et en droit international : la règle prior tempore... », *Dalloz Affaires*, 1996, (474), 475-476).

⁸⁸¹ On constate d'ailleurs que les rares espèces dans lesquelles la question s'est posée, les tribunaux du continent n'ont éprouvé aucune difficulté à accorder la priorité à la litispendance malgré le fait qu'ils avaient été désigné par les parties : OLG München, 22 décembre 1993, *IPRax*, 1994, 308 (action déclaratoire en Italie suivie d'une action en paiement du prix en Allemagne, la Cour s'incline devant la saisine antérieure des tribunaux italiens alors même que les parties avaient contractuellement opté pour la compétence des tribunaux allemands. Sur cette affaire, v. *infra*, n° 809 exception de déni de justice); Rb. Amsterdam, 28 octobre 1992, *N.I.P.R.*, 1993, 169 et Prettura di Parma, 17 juin 1980, *R.D.I.P.P.*, 1982, 86.

⁸⁸² On doit d'ailleurs constater que le projet de Convention de La Haye adopte une autre attitude à propos de l'équilibre à maintenir entre autonomie de la volonté et résolution des procédures concurrentes. L'article 21 (1) *in fine* du projet réserve expressément la situation dans laquelle le for second saisi tire sa compétence d'une clause d'élection de for. Dans ce cas, ce tribunal n'est pas obligé de donner suite à l'exception de litispendance, v. la discussion de la problématique des compétences exclusives in Rapport de séance n° 78 du 27 octobre 1999. On comprendra l'approche adoptée à La Haye quand on se rappelle que l'impératif de libre circulation des jugements y est beaucoup moins fort.

Convention est bâtie sur l'objectif de libre circulation, qui suppose la prévention des conflits de procédures. Cet objectif a été repris et amplifié par la Cour de Justice. Une conclusion s'impose avec force, le juge second saisi doit faire droit à l'exception de litispendance, même si apparemment les parties lui ont accordé compétence.

Cela revient-il à 'neutraliser' les clauses d'élection de for? Faut-il s'attendre à ce que les plaideurs de mauvaise foi profitent de cette incohérence apparente du système pour échapper aux liens contractuellement conclus? Cette vision apocalyptique, qui est certainement entretenue par les tribunaux anglais,⁸⁸³ n'a lieu d'être que si l'on présume que les tribunaux des Etats contractants vont nier l'évidence et rejeter massivement, même au prix de raisonnements tortueux, les clauses d'élection de for invoquées au profit d'un tribunal postérieurement saisi... Rien ne permet de supporter une telle conclusion.

L'article 17 des Conventions contient des dispositions uniformes et précises qui, dans la grande majorité des cas, sont fidèlement appliquées par les tribunaux des Etats contractants. Cette disposition est invoquée avec succès tous les jours pour obliger les tribunaux à se dessaisir en accordant effet à la volonté des parties. Même si certaines résistances ont du être vaincues,⁸⁸⁴ les tribunaux européens ne semblent pas violer de façon massive le prescrit européen.⁸⁸⁵ Au contraire, comme l'observe M. *Fentiman*, l'article 17 a certainement eu un effet positif en se démarquant de la timidité qu'éprouvaient certains droits nationaux face à l'effet dérogoire de l'autonomie de la volonté – il suffit de penser à la reconnaissance plus que tardive par les tribunaux néerlandais de la clause d'élection de for.⁸⁸⁶ A moins de présumer une mauvaise foi manifeste de la part des tribunaux des autres Etats contractants, présomption qui serait elle-même incompatible avec l'esprit de l'espace judiciaire européen, il est difficile d'imaginer que le primat de la litispendance met en péril la sécurité juridique des contractants.⁸⁸⁷

188. Le primat de la litispendance ne signifie pas la fin des clauses d'élection de for (suite) - Accorder la priorité à l'article 21, c'est là une évidence, ne décharge en effet pas le tribunal premier saisi de son obligation d'examiner la clause d'élection de for invoquée par le défendeur et de se dessaisir lorsqu'il apparaît que cette clause répond aux exigences européennes. Le jeu de la litispendance permet seulement d'éviter toute précipitation, le tribunal second saisi se devant d'attendre que le for dérogré statue sur sa compétence.

Bien sûr, on ne peut exclure qu'exceptionnellement le for dérogré décide d'écarter la clause d'élection de for. Faut-il dans ce cas permettre au for élu de se saisir lui aussi de la cause et risquer, sinon l'apparition de décisions contradictoires, du moins une course au

⁸⁸³ Comme le note M. *Fentiman*, "The Court of Appeal's approach in *Continental Bank* is coloured by the fear that to give precedence to Article 21 in such a case would have apocalyptic consequences", R. FENTIMAN, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 137.

⁸⁸⁴ V. p. ex. la jurisprudence belge relative à l'article 91 de la loi maritime, cf. *supra* n° 148.

⁸⁸⁵ On remarquera d'ailleurs que les tribunaux doivent soulever d'office leur incompétence en raison de l'existence d'une clause d'élection de for, ce qui garantit d'autant plus que celle-ci sera respectée, v. le Rapport Schlosser, J.O.C.E., 1979, C-59/81.

⁸⁸⁶ R. FENTIMAN, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 138-139.

⁸⁸⁷ Ce sont les mêmes constatations qui ont sans doute conduit le Tribunal Fédéral à imposer aux arbitres le respect de la litispendance dans l'affaire *Fomento* précitée. Cette décision met d'autant moins en danger les clauses compromissaires que, telle qu'elle est conçue en droit suisse, l'exception de litispendance est subordonnée à une pronostic de reconnaissance qui permet d'exclure le jeu de l'exception lorsqu'il apparaît que la décision du juge étranger ne sera pas reconnue en Suisse.

jugement incompatible avec l'esprit de la justice?⁸⁸⁸ L'impératif de la libre circulation des jugements, et l'obligation qui en découle d'éviter les conflits de procédures, imposent de respecter même dans cette hypothèse le jeu de la litispendance. Tolérer une exception à ce mécanisme⁸⁸⁹ ne paraît pas constituer la meilleure solution. Il semble plus indiqué de poursuivre le travail d'unification et de simplification des règles régissant les clauses d'élection de for, afin de s'assurer que les tribunaux nationaux n'aient aucune hésitation à donner effet à la volonté des parties.

189. La litispendance européenne, principe qui prime sur l'autonomie de la volonté - En somme l'article 21 n'est pas un échappatoire pour les parties qui tentent de se soustraire à une clause d'élection de for. Cette règle vise seulement à permettre au juge saisi de décider lui-même quel sort il va réserver à la clause d'élection de for.⁸⁹⁰ Si par extraordinaire un tribunal ne respectait pas une telle clause - une décision qui n'est pas nécessairement synonyme de mauvaise foi -⁸⁹¹ la méconnaissance, regrettable, de l'autonomie de la volonté qui en résulterait devrait être considérée comme le prix à payer pour la volonté d'aboutir à un véritable espace judiciaire européen sans frontières. Cette position, d'ailleurs partagée par de nombreux auteurs,⁸⁹² ne traduit pas une obsession

⁸⁸⁸ Comme le font remarquer MM. Briggs et Rees, c'est en effet plus la course au jugement qu'il faut craindre que l'apparition de décisions contradictoires, puisque la première décision devra être reconnue par l'autre for, A. BRIGGS et P. REES, 1997, 152-153, n° 2.211.

⁸⁸⁹ Comme le Royaume-Uni l'a demandé lors des travaux ayant mené à la révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano, v. *The Operation of the Brussels and Lugano Conventions*, Consultation Paper, Lord Chancellor's Department and the Scottish Courts Administration, 1997, pp. 30-31, dans lequel il est indiqué que "it is suggested that the benefits to be derived from ensuring that contracting parties adhere to their jurisdictional agreements require an amendment to accord express priority to Article 17". Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet.

⁸⁹⁰ R. FENTIMAN, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 138, note que "the real issue in Continental Bank was not whether contractual jurisdiction agreements were to be effective under the Brussels and Lugano Conventions. Rather it concerned which court should control their effectiveness, the agreed court or the court first seised".

⁸⁹¹ Comme l'explique M. Fentiman, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 138, "the court first seised might erroneously take jurisdiction, at least in the eyes of the court which parties have nominated. It might conclude, perhaps, that the jurisdiction clause in question is essentially invalid, or is non-exclusive in character, or that, properly interpreted, it does not cover the circumstances of the case. But [...] it is not for the court second seised to correct such mistakes. Indeed, it is perhaps unclear, save in extreme cases, that we should speak of the earlier court being 'mistaken' at all. Generally, the most that could be said is that such a court might adopted a different view of the relevance of Article 17 to the case in hand".

⁸⁹² Qu'ils soient anglais ou formés à la tradition continentale, p. ex. R. FENTIMAN, *l.c.*, in *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, 127-146 ; P. KAYE, *The Law of the European Judgments Convention*, Chichester, Barry Rose, 1299 ; A. BRIGGS, "Anti-European Teeth for Choice of Court Clauses", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1994, (158), 161-163 et du même, note sous l'arrêt *Owens*, *Yearb. Eur. L.*, 1991, (521), 526-527 ; J. KROPHOLLER, 1997, 344 ("Art. 23 verdrängt den Art. 27 nicht") ; O. LANDO, compte-rendu de la 12^{ème} édition de l'ouvrage de Dicey et Morris, *I.C.L.Q.*, 1998, (394), 397-399 (M. Lando accepte que dans la logique de la Convention, la litispendance prime sur l'autonomie de la volonté, mais regrette ce résultat) ; H. VAN HOUTTE, "A propos des injonctions anti-suit et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, G. DE LEVAL et al (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, (147), 153, n° 6 ; E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 204 (qui observe que "[i]t is doubtful whether this interpretation will be shared by the European Court of Justice") ; Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, I, Berne, Staempfli, 1996, 567, n° 1506 ; J. HILL, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, Londres, LLP, 1994, 145 ("the better view is that Article 17 (unlike Article 16) does not provide an exception to Article 21. If it were otherwise, it is possible that different courts would reach divergent conclusions about the effect of a jurisdiction clause. It is preferable in the interests of the administration of justice that only one court expresses a view on the point"). *Comp.* A. BRIGGS et P. REES, 1997, 152-153 (ces auteurs développent un raisonnement qui semble donner tort à la jurisprudence *Continental Bank*, mais concluent en posant que l'article 17 doit être respecté, s'agit-il d'une erreur?).

Contra T. C. HARTLEY, note sous l'arrêt *Continental Bank*, *Eur. L. Rev.*, 1994, (549), 551-552. *Comp.* l'opinion C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 530-531 (qui approuve en principe l'arrêt de la Cour d'Appel dans l'affaire *Continental Bank*, parce que "the decision gives confidence to business parties who are assured that all their efforts in

aveugle pour la coordination des procédures concurrentes. Il s'agit simplement de respecter l'équilibre mis en place par la Convention.⁸⁹³ On peut dès lors espérer que la Cour de Justice, qui a été saisie d'une question préjudicielle portant sur les relations entre clause d'élection de for et litispendance européenne, fasse primer la seconde sur la première.⁸⁹⁴

* * *

negotiating and contracting a venue for litigation will not be wasted by the defaulting party who decides to ignore the forum selection clause and commence litigation in another court", mais l'auteur reconnaît ensuite que cette décision est difficilement conciliable avec la jurisprudence *Overseas Union* qui interdit au juge second saisi d'examiner la compétence du juge premier saisi. Mme. *Pertegás Sender* semble également donner préférence à l'article 17 sur l'article 21, parce que ce dernier n'a pas pour but de "bouleverser l'équilibre entre les dispositions de la Convention, mais bien [d'] offrir une solution pour les conflits de compétence" (M. PERTEGÁS SENDER, "Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen", in *Europese ipr-voordragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (éds.), Leuven, Acco, 1997, (115), 199, n° 4.10).

⁸⁹³ Une question subsidiaire mérite d'être posée. La partie à qui l'on refuse le bénéfice d'une clause d'élection de for en raison de la saisine antérieure d'un autre juge, peut-elle réclamer des dommages et intérêts pour violation de l'obligation contractuelle de soumettre d'éventuels litiges au for élu? Cette solution est souvent mise en avant par la doctrine anglaise, désireuse de trouver une solution moins agressive que l'injonction pour faire respecter l'accord des parties (p. ex. E. PEEL, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (182), 207-209; A. BRIGGS et P. REES, 1997, 268, note 131A; M. Geimer évoque également la possibilité d'obtenir une compensation financière lorsqu'une partie 'viole' une clause d'élection de for : R. GEIMER, 1997, 313, n°. 1123-1125). Les tribunaux anglais ont cependant émis des doutes sur la possibilité d'accorder une compensation dans cette situation - la Cour d'Appel a par exemple décrit cette possibilité comme "a relatively ineffective remedy", *Continental Bank*, [1994] 1 W.L.R. 588 par Steyn L.J. et *The Angelic Grace* [1995] 1 Lloyd's Rep 87, 96 : "manifestly an inadequate remedy"). On peut en effet douter de la possibilité de prouver qu'une partie a commis une faute en soumettant la question de la validité d'une convention de juridiction à une autre instance que celle désignée par les parties.

⁸⁹⁴ La question a été posée par la Cour d'Appel de Innsbruck, la Cour se demandant si elle doit donner suite à l'obligation que lui fait l'article 21 ou si elle peut au contraire contrôler la compétence du tribunal premier saisi : Demande de décision préjudicielle présentée par l'Oberlandsgericht Innsbruck, dans l'affaire *Erich Gasser Gesellschaft mb.H. contre MISAT s.r.l.*, aff. C-116/02, J.O.C.E., 15 juin 2002, C-144/17.

§ 2. Mécanismes spéciaux de coordination

190. **Introduction, une redéfinition des relations entre for prorogé et for dérogé** - Les mécanismes de coordination traditionnels, et en particulier l'exception de litispendance internationale, ne sont pas en mesure d'appréhender de façon satisfaisante les procédures concurrentes qui naissent malgré l'existence d'un accord des parties sur le juge compétent. Pour tenter de résoudre les difficultés particulières affectant les clauses attributives de juridiction, il faut dès lors avoir recours à d'autres techniques.

Ces techniques visent à concentrer le contrôle de la validité de la clause d'élection de for, à l'instar de ce qui se fait parfois pour la clause compromissoire. Car s'il est vrai que, comme l'indique M. Reichert pour l'arbitrage, « des décisions contradictoires peuvent naître lorsque l'arbitre et le juge sont simultanément saisis de la question de la validité de la clause compromissoire [...] et qu'aucun n'a l'obligation d'attendre la décision de l'autre », ⁸⁹⁵ alors la prévention des procédures concurrentes passe par une redéfinition des relations entre for prorogé et for dérogé. ⁸⁹⁶ Nous nous proposons d'examiner deux mesures différentes qui peuvent donner forme concrète à une telle redéfinition et pourraient être adoptées à la faveur d'une réforme éventuelle du Règlement de Bruxelles I ou de tout autre instrument international ayant vocation à régir les clauses d'élection de for.

I. Exclusivité du contrôle de la validité de la convention de juridiction

191. **Concentration absolue du contentieux** - Pour éviter qu'une même clause d'élection de for soit l'objet d'interprétations contradictoires, on peut tout d'abord envisager de confier au for élu par les parties la compétence de se prononcer en premier et en dernier ressort sur la validité et l'efficacité de la convention de juridiction. Une partie qui souhaiterait invoquer un défaut quelconque de cette convention, serait dès lors tenue de le faire devant le for élu. Les autres fors seraient dans un premier temps tenus de déférer à la décision du for élu; ils devraient se dessaisir si celui-ci se déclare compétent et ne pourraient se saisir du litige que dans le cas contraire. Dans toutes les hypothèses ils ne pourraient préjuger de la décision du for élu. En somme cette solution aboutirait à conférer au for élu par les parties le *privilege exclusif* de se prononcer sur la clause attributive de juridiction. ⁸⁹⁷ Une telle concentration du contentieux permettrait

⁸⁹⁵ D. D. REICHERT, "Problems with Parallel and Duplicate Proceedings : The Litispendance Principle and International Arbitration", *Arbitration Int'l*, 1992, (237), 253 : "Conflicting decisions can arise when both the arbitrator and the judge are simultaneously engaged in the process of deciding the validity of the arbitration agreement [...] and neither has an obligation to await the decision of the other".

⁸⁹⁶ On remarquera qu'une des controverses qui a le plus animé le monde de l'arbitrage ces dernières années, à savoir la question du sort d'une sentence arbitrale annulée par les tribunaux du siège de l'arbitrage, met également en lumière les difficultés liées à l'éclatement entre plusieurs juridictions du contrôle de l'autonomie de la volonté. Sur cette question v. PH. COLLE et H. BOULARBAH, "De invloed van het bestaan van mogelijke nietigheidsgronden op het exequatur van een buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraak", *Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, 161-180 ainsi que G. BROGGINI, "Le contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge du siège et par le juge de l'exécution", in *Private Law in the International Arena. Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum K. Siehr*, J. BASEDOW (éd.), La Haye, T. M. C. Asser Press, 2000, 95-111.

⁸⁹⁷ Il ne s'agit pas seulement de prévoir que la décision du for élu par les parties sur la clause attributive de juridiction s'imposera aux autres tribunaux au titre de la chose jugée, ce qui est déjà le cas dans la Convention de Bruxelles. L'exclusivité du contrôle de la validité va plus loin en ce qu'il interdit à ces autres tribunaux de se prononcer avant que le for élu ne le fasse.

d'éviter la multiplication d'analyses divergentes à l'égard d'une même clause et, partant, l'apparition de procédures concurrentes.⁸⁹⁸

On retrouve dans la Convention de Bruxelles une ébauche du mécanisme qui vient d'être évoqué, dans lequel les fors dérogés concèdent à l'instance élue le monopole du contrôle de la validité de la clause attributive de juridiction. Il s'agit de la règle instituée en faveur de la clause conclue entre parties non domiciliées sur le territoire de la Convention : l'article 17(1) *in fine* interdit aux autres fors que le for élu de se saisir de l'affaire avant que ce dernier ne se soit prononcé.⁸⁹⁹ Bien sur cette disposition ne lie que les tribunaux des Etats contractants. Les fors dérogés d'Etats tiers restent libres de se saisir de l'affaire et de soumettre la clause à un examen sur base de leur propre droit sans tenir compte de la réaction du for élu. Il ne pouvait en aller autrement, puisque la Convention n'a d'effet qu'à l'égard des Etats membres.⁹⁰⁰ L'idée est toutefois bien celle d'une concentration du contrôle de la validité dans le chef du for élu.

192. Une idée forte pour l'autonomie de la volonté au sein de l'espace judiciaire européen - Sa généralisation à toutes les clauses d'élection de for, suggérée entre autre par Mme. *Coipel-Cordonnier*,⁹⁰¹ n'est envisageable que dans le cadre d'un accord international. Elle suppose en effet des concessions réciproques puisque les Etats s'engageraient à renoncer à tout contrôle direct – l'hypothèse de la reconnaissance d'une éventuelle décision étant réservée⁹⁰² – sur une clause soustrayant un litige à la compétence de leurs tribunaux.⁹⁰³

Un tel système est-il envisageable au sein de l'espace judiciaire européen? La concentration du contrôle de la clause attributive de compétence représente en quelque sorte le degré ultime de l'autonomie de la volonté : les parties auraient la possibilité, par leur accord de volonté, non seulement de déroger à la compétence des tribunaux qui

⁸⁹⁸ La solution inverse, qui consisterait à obliger le for élu à avoir égard à l'appréciation par le for dérogé de la validité et de l'efficacité de la convention de juridiction, semble aller à l'encontre de la nature même des choses. Cette suggestion n'est d'ailleurs que rarement faite et, lorsqu'elle est évoquée, aisément rejetée par les tribunaux. V. par exemple *Yowell et al. v. Kara Mara Shipping Co. Ltd. et al* [2000] 2 Lloyd's Rep. 102, 117 (clause d'élection de for pour les tribunaux anglais, procédure intentée en Louisiane, le défendeur tente de convaincre les tribunaux anglais de tenir compte de l'appréciation que font les tribunaux de la Louisiane de la clause, ce qui est refusé, notamment parce que les parties avaient également prévu une clause de choix de loi en faveur du droit anglais - "there was no reason why the English Court should have regard to the Louisiana law concept of when an exclusive jurisdiction clause in favour of the English courts was lawful"). V. plus loin la position des Principe de Leuven-Londres sur l'injonction anti-suit, n° 326.

⁸⁹⁹ Art. 17(1) *in fine* devenu l'article 23(3) du règlement. Bien que les instruments européens soient muets à ce sujet, il faut sans doute accepter que le for élu applique son propre droit national pour juger de l'efficacité de la clause (en ce sens p. ex. J. KROPHOLLER, 4^{ème} éd., 1993, 188).

⁹⁰⁰ Sur les relations avec les Etats tiers, v. H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen », in *E Pluribus Unum Liber Amicorum G. L. Draz. On the Progressive Unification of Private International Law*, A. BORRAS et al. (éds.), Martinus Nijhoff, Den Haag, 1996 et plus récemment l'étude de GROLIMUND, *Drittsstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr, 2000, 298 p.

⁹⁰¹ N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, 1999, 370-371, n° 375 (au terme de son analyse, cet auteur constate la prédominance du caractère juridictionnel des clauses d'élection de for sur le caractère purement contractuel et donc leur rattachement à la *lex fori*. Comme elle l'indique, "la loi du for saisi règle la plupart des questions qui se posent" à propos de la clause d'élection de for, ce qui ouvre la porte à des "divergences d'appréciation de la clause selon le for qui est confronté". C'est pour prévenir ces "conséquences néfastes" que Mme. *Coipel-Cordonnier* suggère d'accorder la priorité au for élu quant à l'appréciation de la clause).

⁹⁰² Sauf pour la Convention de Bruxelles, puisque la violation d'une clause d'élection de for ne constitue pas un motif de refus de reconnaissance, *supra*, n° 185.

⁹⁰³ Un tel système pourrait être particulièrement bénéfique pour les clauses d'élection de for en faveur d'un tribunal d'un Etat non-contractant. Dans le régime actuel de la Convention de Bruxelles, le sort de ces clauses est laissé à l'appréciation du droit national du juge saisi (C.J.C.E., affaire *Corede* précitée, point 19), ce qui ouvre la porte à des conflits de procédures.

pourraient en l'absence d'un tel accord se saisir de l'affaire, mais également d'empêcher ces tribunaux de vérifier l'accord qui fonde la compétence même du tribunal élu.

Empruntant une expression favorite des spécialistes de l'arbitrage, on pourrait dire que ce système donne son plein effet au principe de la *Kompetenz-Kompetenz*.⁹⁰⁴ Une telle mesure n'est possible que si les tribunaux nationaux se témoignent une très grande confiance. Plus précisément elle implique que les Etats concernés renoncent à faire prévaloir certains intérêts et politiques législatives particulières dont ils auraient pu imposer le respect lors du contrôle de la clause. Il ne leur sera ainsi plus possible de tenir pour inefficace une clause attributive de juridiction qui empiéterait sur le domaine qu'ils entendent réserver à leurs tribunaux, ou encore qui s'aventurerait dans un domaine qu'ils entendent exclure de l'autonomie de la volonté. A ce titre, l'exclusivité du contrôle de la clause n'est sans doute envisageable qu'au prix d'une uniformisation très poussée du régime des clauses attributives de juridiction. Une fois que les règles déterminant les limites de l'autonomie de la volonté et les formes dans lesquelles elle doit s'exprimer sont unifiées, il sera plus facile aux tribunaux nationaux de renoncer à se contrôler l'un l'autre.⁹⁰⁵

193. Une idée forte pour l'autonomie de la volonté au sein de l'espace judiciaire européen (suite) - L'espace judiciaire européen constitue l'exemple le plus achevé d'un tel processus d'unification. Comme on l'a vu, le rôle réservé au droit national dans l'appréciation de la validité d'une clause de compétence est minime (*supra*, n° 155). De plus, l'exclusion de larges pans du contentieux international privé du champ de l'autonomie de la volonté – on pense aux litiges de consommation ou à ceux qui se situent dans la sphère des relations de travail – a permis de se débarrasser des catégories de litiges les plus 'sensibles', à l'égard desquels la volonté des Etats de conserver une certaine emprise sur le litige est la plus forte.

Il nous semble dès lors que toutes les conditions sont remplies pour abolir au sein de l'espace judiciaire européen le contrôle pluriel d'une même clause d'élection de for.⁹⁰⁶ Concrètement, ceci reviendrait à faire de l'existence, avérée ou alléguée, d'une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal d'un Etat membre, une cause d'incompétence automatique, même si provisoire, des tribunaux des autres Etats membres. Ces derniers devraient se dessaisir de l'affaire, ou à tout le moins surseoir à statuer, en attendant que le for élu se prononce sur la clause.⁹⁰⁷

⁹⁰⁴ On désigne par là la possibilité pour un tribunal arbitral de se prononcer sur sa propre compétence lorsqu'une partie la conteste. Sur les multiples acceptions de cette expression, v. P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Recueil des cours*, 1989, t. 217, (319-454), 339-352 ainsi que E. GAILLARD, "L'effet négatif de la compétence-compétence", in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, J. HALDY et al. (éds.), Lausanne, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, (387), 387-390.

Le principe de la compétence de la compétence est aujourd'hui quasi-universellement reconnu, v. par exemple l'aperçu comparatif donné par A. DIMOLITSA, "Autonomie et 'Kompetenz-Kompetenz'", *Reu arb.*, 1998, (305), 321-325.

⁹⁰⁵ Le même phénomène de 'vase communicant' se produit pour cette autre grande manifestation de l'ouverture au fait judiciaire étranger que constitue la reconnaissance des décisions étrangères : l'expérience de la Convention de Bruxelles montre qu'il sera d'autant plus facile de renoncer au contrôle de la compétence indirecte que les tribunaux concernés sont liés par les mêmes règles de compétence directe.

⁹⁰⁶ On notera qu'à l'égard des effets des jugements étrangers, l'Union européenne envisage également d'abolir la formalité de l'exequatur pour introduire le titre exécutoire européen. V. la proposition de Règlement sur ce sujet du 18 avril 2002, COM (2002) 159 *def.*

⁹⁰⁷ Réserve pourrait toutefois être faite de l'hypothèse dans laquelle les parties ne soulèvent pas la clause d'élection de for, celle-ci devenant caduque par l'effet de l'acceptation tacite de compétence, ou encore dans l'hypothèse des compétences exclusives dont la Convention (article 19, devenu l'article 25 du Règlement) impose le contrôle, même d'office, au juge.

L'introduction d'un contrôle exclusif et unique de la clause d'élection de for par le juge élu – qui nécessiterait une révision du Règlement 44/2001 à défaut de pouvoir être imposée par la voie prétorienne – constituerait un *renforcement* de l'autonomie de la volonté, qui échapperait à la multiplication des foyers de contestation. Il faut espérer que la confiance entre les Etats membres de l'Union européenne soit suffisante pour justifier une telle mesure.⁹⁰⁸ Si tel n'est pas le cas, une autre solution pourrait être envisagée.

II. Echelonnement du contrôle de la validité

194. L'effet négatif du principe de compétence-compétence - La centralisation du contrôle de la clause d'élection de for dans le chef de l'instance élue n'est pas un objectif réaliste en dehors du contexte particulier de l'espace judiciaire européen. Elle ne constitue toutefois pas le seul mécanisme de coordination permettant d'appréhender les difficultés spécifiques nées de la concurrence d'instances dans lesquelles la question de la validité d'une clause d'élection de for peut être soulevée. La pratique de l'arbitrage commercial international, où la question des relations entre juge national et tribunal arbitral pose des questions similaires, nous apprend en effet qu'il est une autre possibilité de coordonner d'éventuelles instances concurrentes.

Il s'agit alors, non pas de donner au for élu l'*exclusivité* du contrôle de la clause attributive de juridiction, mais bien la *priorité* pour se prononcer sur celle-ci : dans un premier temps, seul le for élu pourrait se prononcer sur la clause d'élection de for, les autres tribunaux étant dans l'obligation de renvoyer les parties devant ce for lorsque se pose la question de la validité de la clause. A la différence de l'hypothèse précédente, les parties pourraient toutefois s'adresser, une fois connue la décision du for élu, à d'autres tribunaux pour qu'ils sanctionnent ou non cette décision, sans devoir attendre un éventuel contrôle de la compétence au stade de l'exécution.

On aura reconnu dans ce mécanisme la version la plus aboutie de ce que l'on désigne généralement comme étant l'*effet négatif* du principe de compétence-compétence.⁹⁰⁹ Il s'agit de faire de l'arbitre « le juge normal de sa propre compétence » selon l'expression de M. Mayer.⁹¹⁰ Comme on l'a noté, un tel système serait un « facteur de clarté et de sérénité »

⁹⁰⁸ On peut douter qu'il soit possible d'introduire une mesure similaire dans les relations entre arbitres et juges nationaux. Conférer au tribunal arbitral l'exclusivité du contrôle de la clause compromissoire reviendrait en effet à dire que les Etats abandonnent aux arbitres la possibilité de contrôler l'accord des parties qui fonde la compétence du tribunal arbitral. Une telle mesure s'accorderait bien avec la tendance actuelle à 'juridictionnaliser' l'arbitrage, c'est-à-dire à attribuer à l'arbitre des pouvoirs juridictionnels normalement réservés aux juridictions nationales (sur cette tendance, A. REDFERN et M. HUNTER, *ac*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 341-344 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *ac*, 1999, 366, n° 372). La (très grande) légitimité acquise par la justice arbitrale et la confiance qui en résulte ne sont sans doute pas (encore) de nature à justifier une mesure aussi radicale. La preuve en est que l'effet négatif du principe de la compétence-compétence, mesure moins ambitieuse mais qui va dans le même sens, n'a à ce jour été accepté que dans un nombre réduit d'Etats (*infra*, n° 194). En définitive, une telle mesure irait à notre sens au-delà de ce que permet aujourd'hui l'assise contractuelle, bien comprise, de l'arbitrage.

⁹⁰⁹ M. Gaillard définit l'effet négatif du principe de la compétence de la compétence comme l'interdiction "aux juridictions étatiques saisies par une partie du fond du litige en dépit de l'existence, au moins *prima facie*, d'une convention d'arbitrage, de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou à la validité de celle-ci avant que les arbitres eux-mêmes n'aient eu l'occasion de se prononcer sur ces questions", E. GAILLARD, *lc*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, (387), 390.

⁹¹⁰ P. MAYER, *ac*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 345, n° 14.

puisque les fors prorogé et dérogés « seraient appelés à se prononcer successivement et jamais en parallèle ». ⁹¹¹

195. L'effet négatif en droit comparé - Le droit comparé révèle que l'effet négatif de la compétence-compétence est loin d'être majoritairement accepté, même dans les pays qui se targuent de favoriser l'arbitrage. Seul le droit français a en réalité pris le pli de retarder le moment auquel la juridiction nationale procédera au contrôle de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage. L'article 1458 NCPC impose en effet au tribunal français de se déclarer incompétent dès lors que le litige a déjà été soumis au tribunal arbitral. ⁹¹² Ce faisant, la détermination par l'arbitre de sa propre compétence, qui dans le régime normal n'exclut pas que la question soit posée de façon concomitante au juge national, ⁹¹³ reçoit la priorité dans le temps. La Convention de Genève contient une règle qui se rapproche du système français. ⁹¹⁴

Le monopole dont jouit le tribunal arbitral pour connaître du contentieux de la validité de la clause compromissoire n'est dans ce système que *provisoire*. Les juridictions étatiques recouvrent en effet la possibilité de contrôler la compétence du tribunal dès que celui-ci s'est prononcé. ⁹¹⁵ De plus ce monopole est *précaire* puisque, au moins dans le droit français, il n'existe que lorsque les arbitres ont été saisis en premier. Dans le cas contraire, l'article 1458 NCPC accorde au juge national la possibilité de contrôler *prima facie* l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, puisqu'il ne doit pas renoncer à

⁹¹¹ P. SCHWEIZER et O. GUILLOD, "L'exception de litispendance et l'arbitrage international", in *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers. Ouverture ou repli?*, F. KNOEPFLER (éd.), Ed. Universitaires Fribourg, 1988, (71), 77. Ces auteurs assimilent ce mécanisme à l'introduction d'une véritable exception de litispendance dans les rapports entre justice étatique et arbitrale. En réalité il s'agit d'une exception temporaire et à sens unique.

⁹¹² Le bénéfice de cette disposition a été étendu à l'arbitrage international : Cass. fr., 7 juin 1989, *Reu Arb.*, 1992, 61, note Y. DERAÏNS et Cass. fr., 28 juin 1989, *Reu Arb.*, 1989, 653, note PH. FOUCHARD ; *J.D.I.*, 1990, 1004 et Cass., 7 juin 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 153, p. 137. V. également Cass. fr., 10 mai 1995, *Reu Arb.*, 1995, 617, note E. GAILLARD. Pour plus de détails, P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, 420-426, n° 671-682 ainsi que A. DIMOLITSA, *l.c.*, *Reu Arb.*, 1998, (305), 333-335, n° 34.

Le droit belge de l'arbitrage ne reconnaît pas l'effet négatif de la compétence de la compétence, puisque selon l'article 1679 C. Jud. le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage a la possibilité d'examiner si cette convention est "valable" ou n'a pas pris fin. D'aucuns ont cependant suggéré de s'orienter vers la solution française, v. J. LINSMEAU et J. VAN GELDER, "La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *J.T.*, 1973, (205), 210.

⁹¹³ V. l'article II-3 de la Convention de New York du 10 juin 1958, qui dispose que "Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention [...] renverra les parties à l'arbitrage [...] à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée". V. également l'article 8(1) de la loi-type sur l'arbitrage commercial international, adoptée par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 (selon lequel "le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage [...] à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée")

⁹¹⁴ L'article VI(3) de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (signée à Genève le 21 avril 1961 (484 U.N.T.S. 349)) prévoit que lorsqu'une des parties saisit un tribunal après qu'une procédure arbitrale ait été initiée, le tribunal doit surseoir à statuer sur la question de la validité de la clause et céder la priorité au tribunal arbitral. La Convention prévoit cependant que la priorité concédée au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence, n'empêche pas le juge étatique de contrôler la compétence de l'arbitre en cas de "motifs graves", ce qui correspond au contrôle *prima facie* prévu par le droit français dans l'hypothèse de la saisine antérieure du juge étatique.

⁹¹⁵ *Cons.* toutefois Cass. fr., 1 décembre 1999, 2^{ème} espèce, *Reu Arb.*, 2000, 96, note PH. FOUCHARD, dans lequel la Cour approuve la Cour d'Appel de Paris d'avoir renvoyé les parties à l'arbitrage après avoir constaté que la convention d'arbitrage n'était pas manifestement nulle, au motif « qu'il appartenait au tribunal arbitral *seul* de statuer sur sa propre compétence » (nous soulignons). Comme le fait remarquer l'annotateur, cette formule doit être nuancée puisque si la compétence de l'arbitre est prioritaire, elle n'est pas exclusive, la sentence étant exposée au contrôle ultérieur du juge de l'exécution ou de l'annulation.

connaître du litige lorsque la clause compromissoire est « manifestement nulle ». ⁹¹⁶ L'échelonnement du contrôle de la validité est alors tempéré par la possibilité pour le juge national de procéder à un examen sommaire de la clause.

On le voit, l'effet-négatif de la compétence-compétence peut s'organiser selon plusieurs modalités. A chaque fois il contribue à réduire le risque d'aboutir à des appréciations contradictoires d'une même clause. Il n'en a pas pour autant conquis les législateurs nationaux, malgré les plaidoyers d'une partie de la doctrine. ⁹¹⁷

196. Vers un effet négatif de la clause d'élection de for? - Peut-on envisager d'étendre aux clauses d'élection de for le système 'à deux degrés' prévu en droit français pour la clause compromissoire? Encore une fois, une telle réforme ne nous paraît envisageable que dans le cadre d'un accord conventionnel liant plusieurs Etats. A défaut de contrepartie directe, la reconnaissance d'un tel effet à l'autonomie de la volonté n'aurait en effet pas de sens comme mesure unilatérale dans le droit commun d'un Etat. ⁹¹⁸ S'il est un régime conventionnel qui gagnerait de l'introduction d'un tel système, c'est bien celui de l'espace judiciaire européen : les règles qui y régissent l'usage et les effets de l'autonomie de la volonté sont suffisamment uniformes et la confiance entre les juges nationaux suffisamment forte pour justifier l'échelonnement dans le temps du contrôle de la validité de la clause d'élection de for. Il reste toutefois à examiner si une telle modification du régime conventionnel ne se heurte pas à des inconvénients pratiques.

197. Inconvénients et avantages de l'effet négatif de la compétence-compétence - La centralisation temporaire du contentieux de la validité de la clause d'élection de for dans le chef du tribunal élu ne résoudra pas tous les problèmes, loin s'en faut.

On peut d'abord constater qu'une mesure de ce type n'est pas de nature à prévenir nécessairement les appréciations divergentes d'une seule et même clause. Cette possibilité est tout simplement *retardée*, puisque le défendeur conserve la possibilité de s'adresser ultérieurement à un for dérogé pour y invoquer l'inefficacité de la clause. C'est d'ailleurs ce qui a fait dire à certains que l'échelonnement du contrôle de la validité contribuerait à renforcer l'incertitude, puisque ce système impose aux parties d'*attendre* que le for élu se prononce avant d'en appeler éventuellement à d'autres tribunaux. ⁹¹⁹

On peut toutefois penser que le fait de retarder le moment du contrôle par un juge tiers aura au moins pour effet de *dissuader* certains plaideurs de mauvaise foi de tenter leur chance devant un for dérogé. Il en sera d'autant plus ainsi lorsque le for élu aura pris la peine de rencontrer de façon motivée les éventuelles objections à la validité de la clause. A ce titre, on peut dire que l'instauration d'un échelonnement chronologique aura un

⁹¹⁶ P. ex. Paris, 7 déc. 1994, *R.T.D. comm.*, 1995, 401, obs. J. C. DUBARRY et E. LOQUIN; *Reu arb.* 1996, 245, note CH. JARROSSON; Grenoble, 3 oct. 1996, *Reu Arb.*, 1997, 433, note Y. DERAIS.

⁹¹⁷ En particulier E. GAILLARD, *l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Pauchet*, 387 e.s.

⁹¹⁸ Il en irait autrement si la priorité était concédée au tribunal arbitral; par hypothèse aucune contrepartie n'est alors possible, la faveur accordée à l'autonomie des parties étant à sens unique.

⁹¹⁹ M. Mayer conteste ainsi une éventuelle extension de l'autonomie de l'arbitre que constituerait la généralisation de l'effet négatif de la compétence-compétence, en se demandant "pourquoi [...] imposer [à la partie qui conteste la clause d'arbitrage] les frais et la perte de temps d'un examen par l'arbitre, dont la position pourra de toutes façons être remise en cause par la suite?", P. MAYER, *ac.*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 347, n° 16. Dans le même sens, P. SCHLOSSER, *l.c.*, *Reu arb.* 1998, 298 ("la solution française de la compétence-compétence atténuée ne nous a pas [...] convaincu. On ne saurait faire trop attendre les plaideurs avant d'obtenir le 'dernier mot' du tribunal compétent sur la question de la validité ou de la portée de la clause d'arbitrage").

certain *effet de dissuasion* sur les manœuvres les plus dilatoires.⁹²⁰ Autoriser le recours immédiat au for dérogé permet sans doute aux parties d'obtenir plus rapidement toute la clarté sur la validité de la clause. Cette latitude offerte aux plaideurs peut toutefois également inciter, comme le reconnaît M. Gaillard,⁹²¹ certaines manœuvres dilatoires qui s'épanouissent dans la naissance d'un contentieux parallèle.⁹²² Dans le cadre de l'espace judiciaire européen, la priorité d'intervention accordée au for élu permettrait d'autant plus de déjouer de telles manœuvres que la décision de ce for s'imposerait aux autres fors en vertu des règles de reconnaissance. Ceux-ci ne conserveraient qu'un pouvoir de contrôle marginal limité au respect des compétences exclusives. Les règles de reconnaissance *prolongeraient* ainsi la centralisation du contentieux de la validité dans le chef du for élu.

198. L'effet négatif de la compétence-compétence, une réforme bienvenue du régime des clauses d'élection de for au sein de l'espace judiciaire européen – En définitive, la reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence contribuera certainement à prévenir la dispersion des contentieux et donc des coûts inutiles pour les parties. En outre, une telle mesure permettrait de renforcer aux yeux des justiciables le prestige de l'autonomie de la volonté, dont il faut bien avouer qu'il est cruellement desservi par l'existence d'appréciations divergentes d'une même clause d'élection de for.⁹²³

Sans prétendre vouloir clôturer le débat sur l'opportunité d'accorder au for élu un monopole, temporaire ou non, du contrôle de la validité de la clause attributive de juridiction,⁹²⁴ nous estimons en définitive que l'échelonnement du contentieux de la validité s'impose comme mesure de prévention des conflits de procédures. Une telle mesure, qui n'est sans doute pas (encore) susceptible d'application générale à l'arbitrage,⁹²⁵ nous paraît tout à fait opportune dans le cadre de l'espace judiciaire

⁹²⁰ Sur ce point, P. MAYER, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 347, n° 17.

⁹²¹ E. GAILLARD, *l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, 399-400, n° 15 et du même, "Efforts by a party to seek intervention by a national court for the purpose of delaying or disrupting the arbitration - Laws and Court Decisions in Civil Law Countries", in *Preventing Delay and Disruption of Arbitration*, A. J. VAN DEN BERG (éd.), ICCA Congress Series N° 5, Deventer, Kluwer Law International, 1991, (162-169), 165-166; D. DIMOLITSA, *l.c.*, *Reu Arb.*, 1998, (305), 338.

⁹²² Contentieux que M. FOUCHARD qualifie de « parasite » et dans lequel il voit « l'instrument commode de manœuvres dilatoires » (PH. FOUCHARD, note sous Cass., 1 décembre 1999, *Reu Arb.*, 2000, 98-99).

⁹²³ M. Gaillard souligne fort justement à propos de la clause compromissoire que l'absence d'effet négatif de la compétence-compétence peut aboutir paradoxalement à affaiblir l'effet positif de ce même principe, en incitant les arbitres, dont les vues ne pourront par définition pas l'emporter, à attendre que les juridictions nationales se prononcent sur la validité de la clause : note sous Cass. fr., 26 juin 2001, *Reu Arb.*, 2001, (530), 531.

⁹²⁴ M. Mayer remarque justement que ce débat n'est pas dénué d'une certaine "idéologie" (P. MAYER, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 346, n°14). On sent en effet poindre dans certains arguments la vieille défiance face à la justice arbitrale ou au contraire un 'tout-à-l'arbitrage' tout aussi borné ...

⁹²⁵ D. DIMOLITSA, *l.c.*, *Reu Arb.*, 1998, (305), 338, elle-même partisan de la priorité de l'intervention des tribunaux arbitraux, (elle explique ainsi que "[...] on ne voit pas pour quelle raison on devrait craindre a priori la manière dont les arbitres vont juger de leur compétence, crainte que sous-entend la non-consécration de la règle de priorité [...]") observe que "[l]a priorité dans le temps de l'exercice de la compétence [...] est loin d'être généralement acceptée par les ordres juridiques nationaux"; elle suggère que la Convention de New York elle-même ne favorise pas l'effet négatif de la compétence de la compétence parce qu'elle semble donner plein pouvoir au juge étatique (*l.c.*, *Reu Arb.*, 1998, (305), 329, n° 25). Dans le même sens, P. MAYER, *o.c.*, *Recueil des cours*, 1989, t. 217, 346, n°15 ("cette solution est plutôt rare en droit comparé"). *Comp. E. GAILLARD, l.c.*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, 387-482 (l'auteur croit déceler une reconnaissance de plus en plus grande de l'effet négatif et cite à l'appui de cette constatation la jurisprudence suisse (P. ex. la décision du Tribunal Fédéral dans l'affaire Fondation M., TF, 26 avril 1996, ATF 122 III 139 ; *Bull. ASA*, 1996, 527, note C. U. MAYER ; *R.S.D.I.E.*, 1996, 586, note F. KNOEPFLER (selon le tribunal, l'article 7(b) de la LDIP qui impose aux juges étatiques de renvoyer les parties à l'arbitrage n'empêche pas le juge d'examiner à titre préjudiciel la validité de la convention d'arbitrage, même si le juge doit se limiter "à un examen sommaire de l'existence prima facie d'une convention d'arbitrage, afin de ne pas préjuger de la décision du tribunal arbitral sur sa propre

européen. L'uniformité quasi-complète du statut des clauses attributives de juridiction et le principe d'équivalence substantielle entre tribunaux nationaux⁹²⁶ constituent les conditions nécessaires, mais aussi suffisantes pour une telle réforme. Les arguments déjà évoqués au soutien de la reconnaissance en droit européen d'un contrôle exclusif dans le chef du for élu, plaident *mutatis mutandis* pour l'introduction, au minimum, d'un effet négatif de la compétence-compétence au bénéfice du tribunal désigné par les parties.

On pourrait à cet égard se laisser inspirer par les modalités prévues par le droit français de l'arbitrage, qui prévoit, comme on l'a vu, une soupape de sûreté permettant au for dérogé de s'assurer qu'il n'y a pas abus manifeste dans le chef de la partie qui invoque une clause d'élection de for à l'appui d'un déclinatoire de compétence. L'échelonnement du contentieux de la validité serait alors tempéré par la possibilité pour le for dérogé de procéder à un examen *prima facie* de la clause. En pratique, le risque d'aboutir à des décisions contradictoires demeurerait réduit puisque le for dérogé n'interviendrait que dans des situations exceptionnelles. La difficulté réside alors dans la délimitation de la portée du contrôle 'sommaire'. Le for déroge pourra-t-il se contenter de l'allégation par le défendeur de l'existence d'une convention de juridiction? Comment faire la part des choses, sans se pencher sur les faits de la cause, entre une manoeuvre purement dilatoire dans le chef de la partie qui le saisit, et une objection sérieuse et fondée quant à la validité de la convention? Sans doute est-il impossible de tenir compte de toutes ces hypothèses et faudra-t-il se contenter d'une disposition générale, en faisant confiance pour le reste à la sagesse des tribunaux.⁹²⁷

199. Un effet négatif contractuellement prévu? - Dans l'attente d'une telle réforme, on peut conseiller aux justiciables de prendre l'initiative. Rien ne les empêche en effet d'assortir leur clause d'élection de for d'une stipulation accordant au for élu le monopole provisoire du contrôle de la validité de leur convention. On sait que la jurisprudence allemande permettait le recours à des stipulations de ce type sous l'empire de l'ancienne législation sur l'arbitrage. Depuis une décision du tribunal fédéral allemand de 1977, on acceptait que les parties puissent, par une convention supplémentaire, autoriser le tribunal arbitral à se prononcer par priorité sur sa propre compétence.⁹²⁸ Les

compétence". Notons que cette solution ne s'impose que lorsque le tribunal arbitral a son siège en Suisse. Lorsque tel n'est pas le cas, le juge suisse conserve les pleins pouvoirs d'examen, v. TF, 16 janvier 1995, ATF 121 III 38, *Bull. ASA*, 1995, 503, note; *R.S.D.I.E.*, 1996, 561; *Y.C.A.*, 1996, 690 et pour plus de détails, W. WENGER, « Article 186 », in *International arbitration in Switzerland*, S. V. BERTI (éd.), Bâle/La Haye, Helbing & Lichtenhahn/Kluwer Law International, 2000, 463-463) ainsi que certaines décisions rendues sous l'empire de l'article 8(3) de la loi type de la Cnudci).

⁹²⁶ Mme. *Dimolisa* note que la généralisation de l'effet négatif de la compétence-compétence nécessiterait précisément que l'on accepte « l'équivalence substantielle de la juridiction étatique et de la juridiction arbitrale » (*Reu Arb.*, 1998, (305), 338).

⁹²⁷ Plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation (Cass., 1 décembre 1999, 2 espèces, *Reu Arb.*, 2000, 96, note PH. FOUCHARD et Cass., 26 juin 2001, *Reu Arb.*, 2001, 529, note E. GAILLARD) apportent un éclairage bienvenu sur l'interprétation de la notion de clause manifestement nulle. Il en ressort que cette notion doit s'entendre de façon étroite, le juge devant en règle générale laisser aux arbitres le soin de trancher les contestations relatives à la validité de la clause.

A défaut de reconnaissance de la priorité du for élu pour se prononcer sur sa propre compétence, une mesure plus modeste consisterait à obliger le for dérogé à se prononcer *immédiatement* sur sa compétence. La partie qui souhaite soumettre la question de la validité de la convention de juridiction à une autre instance que l'instance élue ne pourrait dès lors plus bloquer l'issue du litige pendant de nombreuses années. V. par exemple le nouvel § 1032(2) ZPO qui instaure une procédure accélérée et simplifiée pour la décision du tribunal allemand sur la validité de la convention d'arbitrage.

⁹²⁸ V. P. SCHLOSSER, *lc.*, in *Arbitral Tribunals and State Courts. Who Must Defer to Whom?*, ac., (15), 27-28 et surtout BGH, 5 mai 1977, BGHZ, 68, 356; *N.J.W.*, 1977, 1397; *Z.Z.P.*, 1979, 470; *Reu arb.*, 1978, 578, note E. MEZGER (obiter dictum).

tribunaux se réservaient toutefois le contrôle de la validité de cette stipulation particulière.⁹²⁹ Cette solution, selon laquelle il revient aux parties de conférer contractuellement aux arbitres le monopole – provisoire – du contentieux de la validité de la clause compromissoire, a également été évoquée par la Cour Suprême américaine⁹³⁰ et, plus récemment, par le Tribunal Fédéral suisse.⁹³¹

Une telle stipulation devrait-elle être honorée par un tribunal de l'espace judiciaire européen dont les parties ont exclu la compétence ? Cette utilisation particulière de l'autonomie de la volonté n'est pas expressément réglée dans les textes européens. On peut toutefois douter qu'il soit permis d'invoquer une quelconque disposition du droit national d'un des Etats membres pour légitimer ou au contraire sanctionner ce type d'accord. Il est un principe général sur lequel se fonde la Convention de Bruxelles, qui peut apporter un début de solution : il s'agit du principe selon lequel il faut donner son plein effet à l'autonomie de la volonté. L'article 17, qui ne fait dépendre la validité de la clause attributive de juridiction d'aucune condition relative à son contenu, illustre parfaitement ce précepte.⁹³²

Il serait toutefois trop hasardeux de prétendre que ce seul principe suffit à justifier l'extension que les parties entendraient conférer à l'autonomie de leur volonté. Il faudra

⁹²⁹ Apparemment la jurisprudence allemande acceptait volontiers de voir dans la clause compromissoire la volonté des parties d'accorder la priorité aux arbitres pour les questions de compétence, tolérance qui était renforcée par le fait que les institutions arbitrales avaient prévu dans leurs règlements une clause à cet effet (P. SCHLOSSER, *l.c.*, in *Arbitral Tribunals and State Courts. Who Must Defer to Whom?*, a.c., (15), 28; P. SCHLOSSER, *l.c.*, *Reu arb.*, 1998, 297-298).

⁹³⁰ La Cour Suprême des Etats-Unis semble avoir laissé la porte ouverte à un tel prolongement contractuel du principe de la compétence de la compétence dans l'affaire *Kaplan (First Options of Chicago, Inc. v Kaplan et al.*, 514 U.S. 938, 115 S. Ct. 1920, 131 L.Ed. 2d. 985, Y.C.A., 1997, vol. XXII, 278 (1995). Cette décision, qui témoigne de la schizophrénie de la jurisprudence américaine à l'égard de l'arbitrage, posait la question de savoir si les époux Kaplan étaient liés par une clause compromissoire qu'ils n'avaient pas signée, mais qui liait leur société d'investissement – question qui de façon ambiguë est qualifiée de problème d'"arbitrability". Le tribunal arbitral passa outre le voile social et imposa aux époux d'avoir recours à l'arbitrage. Lors de l'examen de cette sentence par les juridictions américaines se posa la question de savoir si le tribunal arbitral avait pu légitimement se prononcer sur sa propre compétence. La Cour Suprême, dans une décision qui témoigne d'une certaine défiance à l'égard de l'arbitrage, décida qu'il revient en principe au juge national de trancher la question de la compétence du tribunal arbitral, sauf si les parties ont expressément conféré à l'arbitre le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence. La remise en question du principe de compétence de la compétence – et l'obligation corollaire pour les parties de récupérer ce vide par une stipulation contractuelle expresse – semble cependant limitée à la question de la portée *ratione materiae* de la clause compromissoire. V. sur cette affaire W. W. PARK, "The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan : What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?", *Arb. Int'l.*, 1996, 137 e.s.

Cette solution était déjà suggérée par C. SCHMITTHOFF, "The Jurisdiction of the Arbitrator", in *The Art of Arbitration. Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, A. J. VANDEN BERG et al (éds.), Kluwer, 1982, 293 (M. Schmitthoff considèrait que "the parties [...] must a fortiori be able to exclude the rule that the arbitrator cannot finally decide on his own jurisdiction [...]. The Courts should respect the contract of the parties, provided that the arbitrator exercises his power in good faith". M. Schmitthoff réservait donc le cas de l'abus dans le chef de l'arbitre).

⁹³¹ Affaire *Fomento* déjà citée. En l'espèce les demandeurs arguaient qu'il fallait conférer au tribunal arbitral un droit de priorité pour l'appréciation de la clause compromissoire. Le Tribunal fédéral a rejeté cette proposition, en expliquant qu'elle n'avait « aucun fondement juridique » et que dès lors « les deux tribunaux en concours (le tribunal arbitral et le tribunal étatique) ont une égale vocation à trancher la question litigieuse » (*Bull. ASA*, 2001, 552). Toutefois la Haute Cour avait fait remarquer qu'il ne ressortait pas des faits de l'espèce que « les parties seraient convenues, au moment de signer la mission, de charger le tribunal arbitral de trancher la question à la place des [tribunaux nationaux] » (*Bull. ASA*, 2001, 551). Avec M. *Vulliamin* on peut en déduire que « les parties ont la faculté de régler par convention la priorité qu'elles entendraient donner au tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence [...] » (*l.c.*, *Bull. A.S.A.*, 2001, (439), 449).

⁹³² Le droit anglais de l'arbitrage connaît une variante de cette clause, connue sous le nom de clause 'Scott v Avery' (*Scott v Avery*, (1856) 5 H.L.Cas. 811 et M. MUSTILL et. S. BOYD, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Londres, Butterworths, 1989, 161-166. La clause *Scott v Avery* prévoit que la détermination par les arbitres des droits et obligations des parties constitue une condition préalable à toute action en justice.

attendre que la jurisprudence, et singulièrement la Cour de Justice, soit confrontée à la question pour y voir plus clair.

200. **En guise de conclusion** – La conclusion d'une clause d'élection de for ne peut empêcher l'apparition de conflits entre for(s) dérogé(s) et for prorogé – de même que la jurisprudence révèle de nombreux conflits entre justice étatique et justice arbitrale.⁹³³ Le conflit peut d'ailleurs s'envenimer lorsqu'une des instances concernées statue sur le fond et que cette décision est invoquée dans l'autre procédure. La question est alors de savoir si cette décision doit être reconnue alors que le juge requis a une opinion différente sur la validité et l'efficacité de la clause d'élection de for.⁹³⁴

Les conflits de cette nature sont exceptionnels. Il n'en demeure pas moins qu'ils mettent à mal le prestige de l'autonomie de la volonté et les atouts de prévisibilité et sécurité juridique qu'elle est censée représenter. Il nous semble que la pratique de l'arbitrage commercial international peut, toutes proportions gardées, offrir des pistes intéressantes pour améliorer encore l'efficacité des clauses d'élection de for. C'est particulièrement le cas au sein de l'espace judiciaire européen, qui serait bien inspiré de faire une place au principe de la compétence *exclusive* du for élu pour le contentieux de la validité de la clause d'élection de for. L'introduction d'une telle compétence mettrait fin à un paradoxe : alors que les tribunaux nationaux ne peuvent, au nom de la confiance européenne, invoquer une éventuelle violation d'une clause d'élection de for pour priver une décision d'un autre Etat membre de l'efficacité qu'elle postule, ces mêmes tribunaux conservent pleine emprise sur le contentieux de la validité de la clause au stade de la compétence, avec les risques de contradiction qui en découlent. Il est permis de penser qu'à l'idée de libre circulation des décisions, qui informe l'interdiction de contrôle de la compétence indirecte par le juge requis, répond un souci tout aussi légitime de donner suite à la volonté des parties, souci qui justifie à notre sens que l'on s'emploie à mettre fin aux contentieux parallèles de la validité d'une même clause. Une telle réforme aurait le mérite de couper l'herbe sous le pied de certains tribunaux qui, redoutant la mauvaise foi ou plus simplement l'ignorance de leurs collègues étrangers, s'emploient à faire triompher coûte que coûte l'autonomie de la volonté, et ruinent par la même l'esprit européen de coopération et d'égalité.

⁹³³ Plus rares sont les conflits opposant deux tribunaux arbitraux. V. p. ex. la procédure dans laquelle un tribunal arbitral avait été constitué en Suède et un autre en Chine. Ce dernier a finalement reconnu l'autorité de chose jugée de la première sentence arbitrale suédoise qui avait donné raison au vendeur. Sur cette affaire J. HUGUES, "Foreign lis alibi pendens, Non-Chinese Majority Tribunals and Other Problems of Neutrality in CIETAC Arbitration", *Arb. International*, 1997, 63-83.

⁹³⁴ Cette question est particulièrement aiguë dans le cadre d'instruments qui à l'instar des Conventions de Bruxelles et de Lugano, réduisent au maximum les motifs de refus de reconnaissance. Elle ne fait pas de doute pour ce qui est des clauses d'élection de for, la violation de l'article 23 n'étant pas un motif de refus de reconnaissance. Elle est plus difficile à résoudre pour ce qui est de la clause compromissoire, v. p.ex. *The Heidelberg* [1994] 2 Lloyd's Rep. 287 (le tribunal anglais accepte de reconnaître la décision au fond du tribunal de commerce de Bordeaux qui avait écarté la clause d'arbitrage valable selon le juge anglais). Mme. *Muir Watt* exprime ses "doutes" quant à l'applicabilité éventuelle du régime de reconnaissance mis en place par la Convention de Bruxelles à une décision rendue dans un Etat membre alors que les parties avaient conclu une clause compromissoire qui est parfaitement valable aux yeux du juge requis : H. MUIR WATT, note sous Cass. fr., (1ère Ch. Civ.), 14 novembre 2000, *R.C.D.I.P.*, 2001, (174), 175. La décision commentée, également publiée in *R.G.D.A.*, 2000, 1131, note V. HEUZÉ, ne tranche pas la question, le défendeur n'ayant pas invoqué l'exception d'arbitrage devant le juge d'origine. Il en allait également ainsi dans l'espèce soumise au Tribunal Fédéral suisse, 9 février 2001, ATF 127 III 186 ; *Bull. ASA*, 2002, 74 (en l'espèce, un tribunal anglais s'était prononcé en faisant fi d'une clause compromissoire ; la défenderesse n'avait toutefois pas soulevé l'exception d'arbitrage, le Tribunal Fédéral s'abstint dès lors de se prononcer sur la question de savoir si une décision prononcée en violation d'une clause compromissoire pouvait être reconnue sur base de la Convention de Lugano, se contentant d'observer que la question était controversée). Sur l'ensemble de la question, v. H. VAN HOUTTE, "May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and the Lugano Convention?", *Arbitration Int'l*, 1997, 85-92.

* *
*

SYNTHÈSE DE LA PREMIÈRE PARTIE

201. Arrivé au terme de cette première partie de l'étude, il s'impose, au vu des nombreux détours empruntés, de faire la synthèse des enseignements.

Le point de départ des titres précédents était le souci d'examiner dans quelle mesure il est possible de *prévenir* les procédures concurrentes. La politique de prévention, objectif ambitieux, a révélé ses limites.

L'étude des règles de compétence, qui offrent la possibilité aux parties de saisir plusieurs fors pour le même litige et ouvrent ainsi la voie aux procédures concurrentes, a mis en lumière la situation particulière de ces règles au sein du droit international privé : longtemps délaissées, ou pour ainsi dire abandonnées, aux bons soins des procéduralistes, les règles de compétence internationale font l'objet ces dernières décennies d'une attention accrue de la part des internationalistes. Les nombreuses études sur la question n'ont toutefois pas encore permis de dégager un consensus sur un modèle universellement accepté, si tant est qu'il ne s'agisse pas là d'une chimère. Les travaux en cours ou déjà aboutis pour unifier plus avant les règles de compétence, qui sont restées jusqu'à fort récemment le privilège exclusif des Etats nationaux, ont certes permis de créer un solide noyau de règles unifiées. En dehors du petit monde de l'espace judiciaire européen, les traditions nationales restent toutefois encore fortes, ce qui n'est pas sans faire la joie des plaideurs désireux d'attirer un adversaire devant un juge dont ils pensent qu'il leur sera favorable.

En outre, il est difficile de prévoir si un consensus pourra s'établir sur un corpus de règles de compétence internationale acceptées universellement. Les incertitudes qui pèsent sur les négociations en cours au sein de la Conférence de La Haye témoignent bien de la difficulté de l'exercice d'unification. Alors qu'un accord s'est fait assez facilement sur le régime des jugements étrangers, ce sont les règles de compétence qui constituent l'obstacle majeur à la conclusion de cette convention tant attendue. L'orientation prise par les travaux montre en outre qu'un travail important de réflexion est encore nécessaire pour permettre d'envisager des règles qui reçoivent l'assentiment le plus large.

En définitive, force est de constater que même si un accord se faisait au niveau des principes sur une théorie générale de la compétence internationale, il ne résoudrait sans doute pas la question des conflits de compétence. Un système basé sur des règles de compétence strictes, ne laissant aucun choix aux parties, n'est en effet assurément pas viable. Les considérations qui sont à la base des revendications de compétence sont trop variées pour que l'on puisse envisager que les Etats acceptent de circonscrire leurs prétentions à des règles ainsi définies. Des règles de compétence unifiées ou construites sur le même modèle ne pourraient sans doute exclure la possibilité de procédures concurrentes.

Il reste qu'à plusieurs titres, il est important de poursuivre la réflexion sur les règles de compétence. Seul un travail approfondi de comparaison des pratiques nationales permettra de jeter les bases d'une unification progressive de ces règles. Il y va de la disparition de certains excès nationaux qui mettent en péril les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique.

202. De façon quelque peu arbitraire, on a choisi de s'interroger ensuite sur le rôle potentiel de l'*autonomie de la volonté*. Il ne fait pas de doute que, là où elle peut être tolérée, la volonté des parties constitue un antidote puissant aux procédures concurrentes. L'accord des parties sur le juge compétent demeure une excellente recette contre la multiplication de procédures. La clause d'élection de for demeure toutefois sujette au risque d'appréciations divergentes par le for élu et le(s) for(s) dérogé(s). Si la concurrence de procédures demeure l'accident, elle n'est pas nécessairement exclue. En pratique il faudra surtout composer avec les tentatives d'évasion des parties qui soumettent, le plus souvent à des fins dilatoires, la question de la validité ou de l'efficacité de la clause d'élection de for à un tribunal autre que celui désigné contractuellement. Bien souvent, le for dérogé donnera en dernière analyse effet à la volonté des parties. Il reste que, dans un premier temps au moins, deux tribunaux seront concurremment saisis.

Il nous a dès lors paru utile de s'interroger sur la possibilité d'assurer une meilleure efficacité aux accords des parties, tout en ayant conscience que la question est sensiblement différente de celle faisant l'objet de cette étude. Pour éviter le spectacle navrant de procédures concurrentes, on a tout d'abord examiné la possibilité d'unifier les statuts régissant les conditions de fond et de forme des conventions attributives de juridiction. L'analyse a toutefois mis en relief les limites de l'unification des statuts de ces accords. Le droit uniforme est le plus souvent soumis aux aléas de l'application par les tribunaux nationaux. Or l'expérience a montré que des divergences pouvaient apparaître dans l'interprétation des textes uniformes par les tribunaux nationaux. De plus, les règles uniformes ne peuvent se penser en dehors de toute référence à un droit national. Les lacunes, prétendues ou avérées, du droit uniforme sont autant d'occasions de faire appel aux règles nationales et, partant, d'aboutir à des appréciations divergentes d'une même convention de juridiction.

Dans cette mesure, il a paru nécessaire de s'interroger sur d'autres techniques de coordination. La pratique de l'arbitrage international, naturellement confrontée aux collisions entre ordres juridiques différents, a servi de source première d'inspiration. On a ainsi proposé un nouvel agencement des relations entre for dérogé et for prorogé, dans lequel ce dernier serait exclusivement compétent – du moins dans un premier temps – pour apprécier la validité et l'effet de la clause d'élection de for. Cette suggestion nous semble pouvoir être adoptée sans grande difficulté au sein de l'espace judiciaire européen. La redéfinition des relations entre for(s) dérogé(s) et for prorogé constitue à notre sens la piste la plus prometteuse pour résoudre ces conflits de procédure particuliers et renforcer la sécurité et la prévisibilité que les justiciables sont en droit d'attendre de leurs accords de volonté.

203. En définitive, la méthode préventive constitue une piste intéressante et prometteuse. Elle n'est cependant pas de nature à apporter une solution concrète à court ou moyen terme. De plus, toute solution préventive sera nécessairement partielle. Il importe donc d'examiner les possibilités de résoudre les conflits de procédures une fois ceux-ci nés.

* *
*

DEUXIÈME PARTIE
LE RÈGLEMENT DES CONFLITS DE PROCÉDURES

INTRODUCTION

204. La première partie de cette étude a été l'occasion d'envisager divers mécanismes permettant de prévenir l'apparition de procédures concurrentes. Le constat des limites de l'effort de prévention souligne la nécessité de se préoccuper de la *résolution* des conflits de procédures.

Pour ce faire, les Etats disposent d'une variété d'instruments, qui vont de l'intervention dans la procédure étrangère, solution la plus agressive, sans être pour autant la plus efficace, à l'attitude attentiste qui caractérise une certaine jurisprudence américaine, en passant par l'effort d'auto-limitation dont on verra qu'il peut à son tour se traduire de multiples façons.

De façon quelque peu arbitraire, on a choisi de regrouper ces solutions en deux ensembles. Dans un premier temps, l'on abordera les solutions qui ne sont à notre sens pas susceptibles d'être généralisées (Titre I). Là réside d'ailleurs leur seul point commun, puisqu'au demeurant elles se situent aux deux extrêmes du spectre des solutions envisageables. On abordera ainsi successivement l'injonction portant interdiction de procéder et le recours à l'exception de chose jugée pour constater que, loin de répondre au postulat qui fonde cette étude, ces mécanismes n'apportent au mieux qu'une solution partielle, et bien souvent tardive, aux procédures concurrentes. En définitive, ces solutions se comprennent dans le contexte particulier dans lequel elles sont nées, sans pour autant conserver leur pertinence lorsqu'elles sont appliquées de manière générale dans le contentieux international privé.

Dans un deuxième temps, l'on examinera les différentes traductions de l'idée d'auto-discipline, qui amène un tribunal à déférer la solution du litige qui lui est soumis au tribunal concurrentement saisi (Titre II). Cette idée nous paraît particulièrement féconde pour la résolution des conflits de procédures. Elle n'est toutefois pas sans susciter des réserves parfois vives auprès des tribunaux. Outre ces fortes hésitations, l'on verra également que cette solution se laisse dessiner de façon plurielle, plusieurs fondements pouvant être retenus pour justifier l'effacement d'un des fors concurrents. Il faudra dès lors en définir les contours de façon précise, en expliquant quel profil peut être donné à la déférence internationale. Il sera alors temps de conclure.

* *
*

TITRE I
LA CONTRAINTE ET L'INDIFFÉRENCE : DEUX SOLUTIONS
À REJETER

INTRODUCTION

205. **Généralités et plan** - Plusieurs mécanismes de solution peuvent être envisagés pour résoudre les conflits de procédures, une fois les limites de l'effort de prévention de ces conflits mises en exergue. On abordera dans un premier temps les solutions qui, à plusieurs titres, ne nous paraissent pas pouvoir faire l'objet d'une acceptation globale. Nous en relèverons deux. La première consiste à tenter de mettre fin par la contrainte à la procédure dont l'autre juge a été saisi. Elle n'est le fait que d'une poignée de juridictions, de tradition de *common law*. On aura reconnu la fameuse injonction *anti-suit*. Cette injonction peut se révéler d'une efficacité redoutable pour faire avorter une procédure concurrente, et partant, résoudre le conflit de procédures. On s'interrogera dès lors dans un premier chapitre sur l'opportunité, et la possibilité, d'en généraliser l'application. La seconde solution emprunte aux règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers la solution du conflit opposant deux procédures, en laissant ces deux procédures se poursuivre jusqu'à ce que l'une d'elle aboutisse à une décision. Cette solution de replis ne convainc pas plus que l'interdiction de procéder. On expliquera pourquoi dans un second chapitre.

* *
*

CHAPITRE I
LE RÈGLEMENT DES CONFLITS DE PROCÉDURES PAR LA
CONTRAINTÉ

INTRODUCTION

206. **Introduction** - Les tribunaux anglais et américains disposent d'un instrument original pour appréhender les conflits de procédures. Puisant dans les ressources considérables que leur offre leur juridiction d'équité, ils peuvent en effet interdire à une partie de commencer ou de poursuivre une procédure devant un for étranger. Une telle sanction prendra la forme d'une injonction dite *antisuit*.⁹³⁵ L'injonction *anti-suit* constitue une tentative de règlement des conflits de procédures par la *contrainte*. Le for de l'injonction exerce un véritable pouvoir de police en décidant si oui ou non la procédure étrangère mérite d'être poursuivie.

La récente affaire *Turner* illustre bien la portée et le fonctionnement de cet instrument.⁹³⁶ En l'espèce un juriste d'entreprise anglais travaillant à Madrid pour un groupe d'entreprises anglo-espagnol réclamait devant les tribunaux anglais de substantiels dommages et intérêts en alléguant la rupture abusive du contrat dans le chef de son employeur. En réponse à cette procédure, ce dernier fit assigner son adversaire devant les tribunaux espagnol. Au lieu de s'en remettre à ces tribunaux en leur demandant de se dessaisir en vertu de l'article 21 de la Convention de Bruxelles, l'ex-employé sollicita des tribunaux anglais qu'ils interdisent au défendeur de poursuivre la procédure engagée en Espagne. La Cour d'Appel accorda l'injonction, en dénonçant le comportement à ses yeux abusifs de l'employeur. Celui-ci se vit donc contraint de mettre fin à la procédure espagnole, sous peine de s'exposer aux sanctions draconiennes du *contempt of court*.⁹³⁷

L'interdiction de procéder permet, lorsque le défendeur y donne suite, de résorber le conflit de procédures sans qu'il ne se transforme en un conflit de décisions. Elle constitue une arme puissante dans la résolution de ces conflits. L'injonction *anti-suit* soulève toutefois chez le juriste formé à la tradition civile une forte réaction faite d'un mélange d'étonnement et de rejet, qui présage des difficultés liées à la généralisation du mécanisme.⁹³⁸ Avant d'examiner ces difficultés plus en détails, il convient d'expliquer

⁹³⁵ Ce mécanisme a attiré récemment l'attention des juristes de tradition civile, comme en témoigne l'étude récente de S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse dactyl., Paris I, 1999, que nous n'avons pu consulter. V. également M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero y medidas anti-proceso (anti-suit injunctions)*, De conflictu legum - estudios de Derecho internacional privado n° 1, 2000, 282 p. (compte-rendu par H. MUIR WATT, *R.C.D.I.P.*, 2001, 595-597); S. SCIOLLA, *The antisuit injunction in the practice of international commercial litigation*, Turin, ed. Giappichelli, 1998, 96 p. ainsi que les commentaires de J.-J. FORNER DELAYGUA, *Hacia un convenio mundial de "exequatur"*. *Algunos aspectos del derecho estadounidense de interés para España*, Madrid, Bosch, 1999, spéc. pp. 317-342. Ajouté pour l'espace judiciaire européen l'étude de M. MAACK, *Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 229 p.

⁹³⁶ *Turner v Grovit and others*, [1999] 1 All E.R. 616, [1999] 3 W.L.R. 794, [1999] I.L.Pr. 656, [1999] C.L.C. 1281, [1999] I.C.R. 114 (CA). En première instance : *Turner v Grovit et al.*, [1999] 1 All ER (Comm) 445. V. les commentaires de T. C. HARTLEY, "Antisuit Injunctions and the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention", *I.C.L.Q.*, 2000, 166-171 et de W. KENNET, "Current Developments. Private International Law", *I.C.L.Q.*, 1999, (966), 969-970.

⁹³⁷ Cette affaire a ensuite été soumise à la Chambre des Lords, qui a jugé bon d'en référer à la Cour de Justice des communautés européennes, [2002] 1 All ER (Comm) 320 ; [2002] I.L.Pr. 27 ; [2001] UKHL 65, v. la demande de décision préjudicielle présentée par la Chambre des Lords le 13 décembre 2001 dans l'affaire *Turner c Grovit*, aff. C-159/02, *J.O.C.E.*, 13 juillet 2002, C-169/8.

⁹³⁸ Comme le note J.-P. GEORGES, « Parallel Litigation », *Baylor L. Rev.*, 1999, (769), 781 : « Injunction is the most controversial of the remedies for parallel litigation, because it interferes with another court's power [...] ». V. aussi le commentaire des Principes de Leuven-Londres de l'ILA (C. McLACHLAN, "Third Interim Report : Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation", *International Law Association. Report of the London*

dans un premier temps les grandes lignes du mécanisme de l'injonction *anti-suit* et le rôle qu'il joue dans le règlement des conflits de procédures (section 1). Cet aperçu permettra ensuite d'expliquer pourquoi la méthode 'offensive' ne convient pas pour résoudre ces conflits (section 2).

Section 1: Une solution originale : l'interdiction de procéder

207. **Généralités** - L'injonction *anti-suit*⁹³⁹ peut se définir comme la décision d'un tribunal interdisant à une partie, le défendeur, de commencer ou, le cas échéant, de poursuivre une procédure déjà entamée devant une autre juridiction.⁹⁴⁰ L'interdiction prendra la forme d'une injonction adressée au défendeur, lui interdisant de procéder devant un autre juge.⁹⁴¹ A ce titre elle appartient à la famille des remèdes 'équitables', dont l'injonction (*injunction*) est sans doute la plus connue.

208. **Fondement historique de l'injunction** - Si l'on s'en tient à l'histoire, l'injonction est apparue en droit anglais pour répondre aux insuffisances des tribunaux de *common law*. Les règles de procédure appliquées par ces tribunaux ne permettaient le recours qu'à un nombre limité de sanctions. Or dans certains cas ces sanctions, et en particulier les dommages et intérêts compensatoires, s'avéraient insuffisants pour rendre justice au demandeur. Les tribunaux d'*equity*, dont les pouvoirs n'étaient pas liés par des règles formelles, sont dès lors intervenus pour rétablir l'équilibre entre les parties rompu par la rigidité de la *common law*. C'est ainsi que la *Court of Chancery* s'arrogea le pouvoir d'imposer à une partie une obligation de faire ou de ne pas faire, en vue de sanctionner une décision d'un tribunal de *common law*.⁹⁴² Cette obligation prenait la forme d'une injonction.⁹⁴³

Conference 2000, (137), 165), qui explique que la question de la place à accorder à l'interdiction de procéder au sein de ces principes a été « one of the most controversial and difficult parts of the Committee's task ».

⁹³⁹ Plusieurs graphies sont possibles : 'antisuit' (v. par exemple A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l. L.*, 1997, 314) ou 'anti-suit' (A. BRIGGS, "The Unrestrained Reach of an Anti-suit Injunction : a Pause for Thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 90).

Comme le note M. Spry, l'expression d'injonction *anti-suit* est récente. On parlait à l'origine de '*common injunction*', I. C. F. SPRY, *The Principles of Equitable Remedies. Specific Performance, Injunctions, Rectifications and Equitable Damages*, Londres, Sweet & Maxwell, 1990, 329-331. Sur la distinction entre 'common' et 'special' injunction, v. J. MCGHEE, *Snell's Equity*, 30ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, 714-715.

⁹⁴⁰ Les deux alternatives sont possibles, l'injonction peut viser une procédure future ou déjà entamée. Dans l'affaire *Midland Bank c Laker Airways* par exemple ([1986] 1 All. E.R. 526 (C.A.)), la banque Midland qui s'attendait à être atraite devant les tribunaux américains, a pris les devants pour prévenir un tel risque. Dans ce cas, on parle d'injonction '*quia timet*', v. p. ex. *Lord Coulely v Byas* (1877) 5 Ch. D. 944 et en général, J. MCGHEE, *ac*, 2000, 719-720.

Dans l'affaire *Airbus* par contre, l'injonction visait une procédure déjà pendante devant les tribunaux texans (*Airbus Industrie GIE v Patel et al.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631).

⁹⁴¹ Seules les langues germaniques paraissent en mesure de fournir une traduction concise du concept : '*Prozessfilingsverbot*' ou '*Prozessverbot*' en allemand, '*proceduerverbod*' en néerlandais. En français on pourrait parler d'une injonction portant '*interdiction de procéder*'.

⁹⁴² Sur l'historique de l'injonction, *cons.* E. DUMBAULD, "Judicial Interference with Litigation in Other Courts", *Dickinson L. Rev.*, 1969-70, (369-388), 369-380.

Paradoxalement, le recours à l'injonction faisait alors naître des procédures concurrentes puisque le demandeur devait d'abord s'adresser aux tribunaux de *common law* pour obtenir raison sur le fond avant de demander à la *Court of Chancery* de sanctionner le jugement.

⁹⁴³ Selon Black's Law Dictionary, une injonction est un "*court order prohibiting someone from doing specified act or commanding someone to undo some wrong or injury*". V. également la définition proposée par le législateur québécois à l'article 751 du Code de procédure civile.

209. **Apparition de l'injonction *anti-suit*** - Au départ, l'injonction constituait dès lors une sanction de l'*equity* visant à faire respecter la décision d'un tribunal de *common law*. Lors de la fusion des deux ordres judiciaires en 1875, le pouvoir d'injonction fut conféré indistinctement à tous les tribunaux. Entre temps, l'injonction avait pris de multiples formes, les tribunaux d'équité s'étant notamment réservé le droit d'interdire la poursuite d'une procédure dont était saisi un tribunal de *common law*.⁹⁴⁴

Dans un premier temps, l'injonction *anti-suit* fut invoquée dans le cadre d'espèces purement internes. Dans une espèce tranchée en 1665, la *Court of Chancery* avait même refusé d'accorder une injonction pour mettre fin à une procédure italienne, en s'appuyant sur le fait que la Cour ne pouvait lier par sa décision un tribunal étranger.⁹⁴⁵ Cette décision perdit toutefois vite sa valeur de précédent et les tribunaux anglais eurent très tôt eu recours à l'injonction dans des litiges internationaux. Les premières injonctions 'internationales' visaient, sans grande surprise, des procédures dont étaient saisis des tribunaux écossais ou irlandais, ainsi que les tribunaux des colonies anglaises.⁹⁴⁶ L'extension aux autres pays suivit rapidement.⁹⁴⁷ Déjà au 19^{ème} siècle, le caractère international de l'espèce ne constituait plus un obstacle rédhibitoire à l'exercice de la compétence d'injonction. Ainsi dans l'affaire *Mc Henry*, la Cour d'Appel a-t-elle pu décider en 1882 que

“ nous ne pouvons accepter [...] la proposition selon laquelle cette Cour n'aurait pas le pouvoir d'intervenir et de mettre fin à une procédure pour la simple raison que cette procédure serait pendante devant un tribunal étranger ”.⁹⁴⁸

Sur l'injonction en général, v. H. HANBURY et J. MARTIN, *Modern Equity*, 15^{ème} éd. par J. E. MARTIN, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, 733-815; G. W. KEETON et L. A. SHERIDAN, *Equity*, Chichester, Barry Rose Books, 1987, 383-42; J. MCGHEE, *ac*, 2000, 713-756 ainsi que I. C. F. SPRY, *ac*, 1990, 317-553.

⁹⁴⁴ Sur l'historique de l'injonction *anti-suit*, cfr. T. C. HARTLEY, “Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation”, *Am J. Comp. L.*, 1987, (487), 489-490 avec de nombreuses références historiques; G. BERMAN, “The Use of Anti-Suit Injunction in International Litigation”, *Cal. J. Trans. L.*, 1990, (589), 593-594; W. HAU, 191-192; I. C. F. SPRY, *ac*, 1990, 329-331.

V. également Lord Goff, *Airbus v. Platel*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631, 637.

⁹⁴⁵ *Lowe v. Baker* (1665), 1 Ch. Cas. 67, 22 Eng. Rep. 698, 2 Freeman's Reports 125 (Lord Chancellor Clarendon nota qu'il “has no authority to bind a foreign court”). Un dictum du même effet fut repris dans une décision ultérieure, *Kennedy v. Earl of Cassilis*, (1818) 2 Swans. 313.

⁹⁴⁶ Par ex. *Wharton v. May* (1799) 31 Eng. Rep. 454 (injonction contre une procédure écossaise); *Wedderburn v. Wedderburn* (1804) 4 My. & Cr. 585, 41 Eng. Rep. 225 (L.C.) (injonction contre une procédure en Ecosse); *Kennedy v. Earl of Cassilis* (1818) 36 Eng. Rep. 635 (injonction contre une procédure écossaise refusée); *Bushby v. Munday* (1821) 56 Eng. Rep. 908 (injonction contre une procédure écossaise). *Lord Portarlington v. Soulbey* (1834), 3 Mylne & Keen 104, 40 Eng. Rep. 40, [1824-1834] All ER Rep. 610 (Chancery Court) (dans cette affaire, les tribunaux anglais ont enjoint une procédure pendante devant les tribunaux irlandais).

⁹⁴⁷ Par ex. *Hope v. Carnegie* (1866) 1 Ch. App. 320 (injonction dirigée contre une procédure pendante devant les tribunaux néerlandais); *Pena Copper Mines v. Rio Tinto Co* [1911-1913] All E.R. Reprint 209, (1911) 105 L.T. 846 (C.A.) (en l'espèce la Cour d'Appel interdit à une entreprise minière anglaise de poursuivre une procédure qu'elle avait engagée devant les tribunaux espagnols, en violation d'une clause compromissoire prévue dans un contrat la liant à une entreprise belge).

L'injonction dite *Mareva* a suivi le même développement. Au départ elle visait à empêcher le défendeur à une instance anglaise de déplacer ses biens en dehors du ressort du tribunal. Aujourd'hui l'interdiction peut également viser des biens situés à l'étranger, v. *Babaraji Int'l Co. S.A. v. Bassatne*, [1990] Ch. 13 et *Derby & Co v. Weldon*, [1990] Ch. 48. Sur cette évolution, H. HANBURY et J. MARTIN, *ac*, 1997, 812-814.

⁹⁴⁸ *Mc Henry v. Lewis* (1882) 22 Ch. D. 397, 406 (par Cotton L.J.) : “we cannot accept [...] that this Court has no jurisdiction, simply because one of the actions is in a foreign tribunal, to interfere and to restrain one of the actions” et le dictum de Jessel, M.R., selon qui “I see no reason on principle why, if the court is satisfied that the Defendant is being improperly vexed, the mere fact of one of the actions being in this country and one on a foreign country should prevent the Court protecting the Defendant from being so improperly vexed”, 22 Ch. D. 397, 399). En l'espèce le demandeur ne cherchait pas à obtenir des tribunaux anglais une injonction à l'encontre de la procédure américaine, mais sollicitait du tribunal qu'il se dessaisisse, ce

Tout au plus les tribunaux observaient-ils une certaine réserve lorsqu'il leur était demandé d'intervenir à l'encontre d'une procédure étrangère.

Dans le même temps l'injonction *anti-suit* a conquis les autres pays de *common law*, à commencer par les Etats-Unis.⁹⁴⁹ Aujourd'hui, l'interdiction de procéder fait partie du droit positif de la plupart des juridictions de *common law*,⁹⁵⁰ même s'il faut constater que, paradoxalement, elle n'est plus qu'exceptionnellement utilisée dans les espèces purement internes (*infra*, n° 281).⁹⁵¹

210. Nature exceptionnelle de l'injonction *anti-suit* - En guise de préliminaire, il convient de souligner le caractère *exceptionnel* de l'interdiction de procéder. Il est en effet bon de rappeler que cette injonction ne fait pas partie du quotidien des tribunaux de *common law*.⁹⁵² La majorité des décisions publiées sont d'ailleurs des décisions rejetant la demande d'injonction.⁹⁵³ Il faudra tenir compte de ce caractère lors de la lecture de l'analyse qui suit.⁹⁵⁴

qui a été refusé. Les deux mécanismes obéissaient encore aux mêmes règles, cf. *infra*, n° 214. V. également le dictum de Lord Cranworth, L.C. dans l'affaire *Carron Iron* : "There is no doubt as to the power of the Court of Chancery to restrain persons within its jurisdiction from instituting or prosecuting suits in foreign courts, wherever the circumstances of the case make such an interposition necessary or expedient. The court acts *in personam*, and will not suffer anyone within its reach to do what is contrary to its notions of equity, merely because the act done may be, in point of locality, beyond its jurisdiction" (*Carron Iron C. v Mac Loren* (1855) 5 H.L.C. 416, 436-437).

⁹⁴⁹ Outre la jurisprudence citée *infra* n° 230 e.s., v. J. STORY, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 14^{ème} éd. par W. H. LYON, vol. II, Boston, Little, Brown & Co. 1918, 578, § 1224; J. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, I, New York, Baker, Voorhis & Co., 1935, 415-416, § 96.1 ainsi que F. WHARTON, *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law*, II, par G. H. PARMELE, Rochester, The Lawyer's Co-operative Publishing, 1905, 1471, n° 711.

⁹⁵⁰ En droit écossais v. notamment *Pan American World Airways Inc. v Andrews*, 1992 SLT 268 (refuse une injonction contre une future procédure américaine) et surtout *Shell UK Exploration and Production Ltd. v Innes*, 1995 STIL 807 (1994 Outer House) (confirme l'injonction accordée contre une procédure américaine à la suite d'un accident d'hélicoptère en Mer du Nord) et, dans un cas similaire, *Burnside Kemp Fraser v Davan*, Outer House, 31 août 1999. En général, E. C. BROWN, "Interdict Proceedings in Scotland to Prevent or Restrict Court Actions in the United States", *Scots Law Times*, 1995, 253-260.

Pour l'Australie : la décision la plus récente de la High Court d'Australie a été rendue dans l'affaire *Cigna Insurance Australia Ltd. et al.*, 146 ALR 402 (High Court). En outre, v. P. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, Sydney/Adelaide, Butterworths, 1995, 112-113.

Pour l'Irlande, p.ex. *Murphy (Joseph) Structural Engineers v Manitowoc (U.K.) Ltd.*, Sup. Ct. 30 juillet 1985, 328-384. V. déjà *Let v Let*, [1906] 1 I.R. 618 (injonction contre une procédure en Argentine). En général, W. BINCHY, *Irish Conflicts of Law*, Butterworths, 1988, 169-171.

La Cour Suprême du Canada s'est penchée sur les conditions présidant à l'injonction dans l'affaire *Amchem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.* [1993] 102 D.L.R. (4th) 96. V. également J. G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, Toronto/Vancouver, Butterworths, 1993, 241-245, n° 137; J. BLOOM, "Canada (Common Law Jurisdiction)", in *Declining Jurisdiction*, 140-142.

⁹⁵¹ Les choses n'en sont pas restées là. La flexibilité propre à l'*equity* a permis aux tribunaux d'adapter l'institution de l'injonction aux circonstances nouvelles - par exemple dans le cadre du contentieux provisoire, où les tribunaux ont eu recours aux ressources de l'*injunctive relief* pour pallier l'inexistence en droit anglais de la saisie conservatoire, ce qui a donné lieu à la création de l'injonction dite Mareva. M. CUNIBERTI a récemment livré une belle étude de cette injonction, v. G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, Paris, L.G.D.J., 2000, 57-114.

⁹⁵² *Cors.* également la note des rapporteurs du Restatement (Third) Foreign Relations Law, qui précisent que dans l'affaire *Laker*, "[a]ll the courts agreed that antisuit injunctions are exceptional remedies inconsistent with normal relations between states, and that challenges to the application of a state's law to a transnational controversy should ordinarily be raised before the courts of that state", (§ 403, Reporters' Notes n° 7, p. 252).

⁹⁵³ Ce fut ainsi le cas dans l'affaire *Airbus Industrie* précitée, ainsi que dans l'affaire *South Carolina Insurance Co. v Assurantie Maatschappij 'de Zeeen Provinciën' N.V.*, [1987] A.C. 24 (H.L.).

⁹⁵⁴ On observera en outre que la grande majorité des injonctions sollicitées et accordées par les juridictions anglaises concernent des procédures américaines (en ce sens également, L. COLLINS, "Provisional and Protective Measures

Avant d'examiner les circonstances qui justifient aux yeux des tribunaux anglais et américains le recours au pouvoir de police que leur confère l'injonction (B), il convient de dresser un panorama d'ensemble du mécanisme pour montrer qu'il dépasse la simple question des conflits de procédures (A).

§ 1. Les fondements de l'interdiction de procéder

211. Raison d'être de l'injonction *anti-suit* - Les conflits de procédures constituent sans aucun doute le terrain d'élection de l'injonction *anti-suit*. L'interdiction de procéder n'a toutefois pas pour vocation unique de résoudre ces conflits. Même s'il est difficile de décrire avec précision les limites du pouvoir d'injonction, - l'imprécision des expressions utilisées par les tribunaux, qu'ils se refusent d'ailleurs de définir de façon contraignante,⁹⁵⁵ se conjuguant aux différences qui séparent les juridictions de *common law*, pour rendre illusoire toute tentative de description exhaustive des circonstances dans lesquelles une injonction sera accordée⁹⁵⁶ - il n'est pas inutile de dépasser l'imprécision inhérente au

in International Litigation", *Recueil des Cours*, 1992-III, t. 234, (9), 140 ("It is remarkable that almost all of the modern decisions in England on the exercise of this power concern proceedings in the United States").

C'était le cas par exemple dans les affaires *Castanho v Brown and Root (U.K.), Ltd.*, [1981] A.C. 557, [1981] (HL); *British Airways Board v Laker Airways, Ltd. and others*, [1985] A.C. 58 (HL); *South Carolina Insurance Co. v Assurantie Maatschappij 'de Zeven Provinciën' N.V.*, [1987] A.C. 24 (HL); *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak and another*, [1987] A.C. 871, (P.C.); *Airbus Industrie GIE v Jaisukh Arjun Bhari Patel and others*, [1998] 2 All.E.R. 257 (HL); *Midland Bank plc and another v Laker Airways, Ltd. and others*, [1986] 1 All ER 526 (C.A.); *Du Pont de Nemours & Co. v Agnew and others*, [1988] 2 Lloyd's Rep 240 (C.A.); *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon and another*, [1987] 1 A.C. (C.A.); *Simon Engineering PLC and others v Butte Mining PLC and another*, [1996] 1 Lloyd's Rep. 91 et *Smith Kline French Laboratories v Bloch*, [1983] 1 W.L.R. 730 (C.A.). Le plus souvent ce sont d'ailleurs les juridictions du Texas qui provoquent l'ire des tribunaux anglais. On peut y voir une indication que les injonctions apparaissent dans un contexte particulier, celui des demandes de dommages et intérêts astronomiques dans un for qui n'est qu'indirectement lié au litige.

⁹⁵⁵ Dans l'affaire *Mc Henry c Lewis*, le juge Bowen s'est refusé à définir le concept de 'vexatious or oppressive proceedings', en notant que "it would be most unwise [...] to lay down any definition of what is vexatious or oppressive, or to draw a circle, so to speak, round this Court, unnecessarily, and to say it will not move outside it", (1822) 22 Ch. D. (397), 407-408. V. dans le même sens la décision *Amber* de la Cour Suprême du Canada, précitée, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 119 ainsi que *Airbus v Patel*, 1 Lloyd's Rep. 637 ("The basis of the jurisdiction has been traditionally stated in broad terms, which are characteristic of the remedy of injunction [...]")

A la question de savoir dans quelles circonstances une injonction sera accordée, l'observateur averti qu'est M. Carter répond que "It would be unrealistic to suppose that a precise answer emerges from the case law" : P. B. CARTER, *Anti-suit Injunctions in Private International Law*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut n° 368, Europa-Institut Universität des Saarlandes, 1997, 7.

⁹⁵⁶ V. en particulier pour l'injonction anti-suit *C.S.R. Ltd. v Cigna Insurance Australia Ltd. et al.*, 146 ALR 402, 433 (High Court) ("The inherent power to grant anti-suit injunctions [...] is not to be restricted to defined and closed categories"); *Aérospatiale v Lee Kui Jak*, [1987] 3 All ER 519 (Lord Goff souligne que la jurisprudence montre des juges "seeking to apply the fundamental principles in certain categories of cases, while at the same time never asserting that the jurisdiction is to be confined to those categories"); *Castanho v Brown & Root* [1981] AC 557 ("the width and flexibility of equity are not to be undermined by categorisation", par Lord Scarman).

Dans le même sens, DICEY & MORRIS, 12ème éd., 1993, 409 ("Although it is possible to identify certain categories of cases in which the jurisdiction has been exercised, the width and flexibility of equity are not to be undermined by categorisation"). On retrouve la même souplesse et le même refus de toute classification trop contraignante sur le continent, par exemple lorsqu'il s'agit de décrire les pouvoirs que possède en droit belge le juge des référés pour accorder des injonctions personnelles, p. ex. G. DE LEVAL, "Rapport belge", in *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'Association Henry Capitant (journées françaises), t. 36, 1985, (49), 59-60.

pouvoir discrétionnaire des tribunaux statuant en équité pour dresser un tableau d'ensemble illustrant le champ d'action de l'injonction *anti-suit*.⁹⁵⁷

Au départ l'injonction *anti-suit* a pour but de contrôler l'élection du for du demandeur. C'est ce qu'a souligné Lord Diplock dans l'affaire *Laker*, dans laquelle il expliqua que la compétence d'injonction vise à "contrôler la façon dont le demandeur fera utilisation de la prérogative qui lui revient de choisir le for".⁹⁵⁸ A ce titre l'injonction participe de la même idée que la doctrine du *forum non conveniens* : il s'agit dans les deux cas de corriger les conséquences jugées peu satisfaisantes de l'exercice d'une compétence.⁹⁵⁹ On ne s'étonnera dès lors pas que de nombreux parallèles soient tracés entre les deux doctrines.⁹⁶⁰

212. Deux formes d'injustice - Comme toute création de l'*Equity*, l'injonction est placée sous le signe de la 'justice'.⁹⁶¹ En l'occurrence, c'est la conduite d'une procédure devant un tribunal étranger qui est susceptible de faire naître une injustice et de justifier l'intervention des tribunaux. La jurisprudence permet de distinguer deux formes d'injustice auxquelles l'injonction est destinée à remédier.⁹⁶²

⁹⁵⁷ Pour une présentation générale des différentes catégories de circonstances justifiant une injonction *anti-suit*, v. W. HAU, 192-199; T. C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 490-495; G. BERMANN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 608-627; P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 6-17; A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1996, (237), 239-247.

⁹⁵⁸ *British Airways Board v Laker Airways Ltd. et al.* [1984] 3 All ER 39, 45 (g) (Selon Lord Diplock, la compétence d'injonction est une "jurisdiction to control how the choice of forum shall be exercised"). Dans le même sens, *Amchem*, décision précitée, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 105 (la Cour Suprême du Canada parle de de l'injonction comme d'un instrument visant à "control the choice of forum by the parties").

Comp. avec l'opinion de M. *Bermann* qui met en avant le caractère pluriforme de l'injonction, qui ne se laisse pas ramener à une seule situation. Il souligne que "the anti-suit injunction instrument serves a broad range of objectives" (*l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 608).

⁹⁵⁹ P. ex. le speech de Lord Goff dans l'affaire *Airbus*, précitée, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631, 636-637 et celui du juge Sopinka dans l'affaire *Amchem*, qui souligne le but commun du *forum non conveniens* et de l'injonction : "both the remedy of a stay and an injunction have as their main objectives the selection of an appropriate forum for the trial of an action". Après avoir souligné le parallélisme entre les deux instruments, le juge précise qu'ils se distinguent parce que "[I]n case of the stay, the domestic court determines for itself whether in the circumstances it should take jurisdiction whereas, in the case of the injunction, it in effect determines the matter for the foreign court" (*Amchem*, décision précitée, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 105).

⁹⁶⁰ V. également *C.S.R. Ltd v Cigna Insurance Australia Ltd et al.*, 146 ALR 402 (HC Australia 1997), 431 ("The question whether a dispute [...] should be litigated in the court of one country or those of another is one that permits resolution [...] by one court staying its proceedings in favour of the other or by its granting an anti-suit injunction [...]"). V. aussi *British Airways Board v Laker Airways, Ltd. and others*, [1985] A.C. 58, [1984] 3 All. E.R. 39, 45 (g) par Lord Diplock; *Timor v Grovit et al.*, [1999] 1 All ER (Comm) 445, *in fine*. Il est révélateur que les deux instruments, à savoir l'injonction et le 'stay' sont traités dans une et même règle du Dicey et Morris, règle 30 dans la 10^{ème} éd. de 1980, règle 39(1) dans la 12^{ème} éd., 1993, pp. 395-396. Cf. également K. KERAMEUS, "Enforcement in the International Context", *Recueil des cours*, 1997, t. 264, 399-400 ("Such anti-suit injunctions are, so to say, the other and more advanced and aggressive side of the *lis alibi pendens* defence").

⁹⁶¹ Une des maximes traditionnelles de l'*equity* veut que "Equity will not suffer a wrong to be without a remedy", J. E. MARTIN, *ac*, 1997, 25.

⁹⁶² Sur la distinction entre les deux, *cf.* H. HANBURY et J. MARTIN, *ac*, 1997, 743-745; A. BRIGGS, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 92-93; BRIGGS et REES, 1997, 268-277; I.C.F. SPRY, *ac*, 1990, 330 ("The basis of the relief may be [...] the protection of a legal right, such as a contractual right to have proceedings brought in the forum. [...] Alternatively, the basis of relief may be the protection or enforcement of equitable rights arising under or recognized by the law of the forum").

Cette analyse vaut *mutatis mutandis* pour le droit américain. En l'absence de décision de la Cour Suprême, il est toutefois plus difficile de se faire une idée exacte des conditions auxquelles l'injonction est soumise en droit américain. S'il ne fait pas de doute que les tribunaux américains ont recours à l'injonction pour sanctionner la violation d'une obligation équitable ("convenience-based injunction"), il est plus difficile de trouver des exemples d'injonctions américaines fondées sur la violation d'une obligation de 'common law' (v. sur ce point G. BERMANN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 620-623).

Les tribunaux vont tout d'abord intervenir pour remédier à la violation d'un droit reconnu par la *common law* ('legal right'). Cette première hypothèse vise principalement le cas d'une procédure étrangère engagée en violation (apparente) d'une clause d'élection de for ou d'une convention d'arbitrage, hypothèse déjà rencontrée dans cette étude (*supra*, n° 165 e.s.). On parle alors de '*convention-based injunction*'. L'*Equity* intervient dans ce cas comme adjuvant de la *common law* pour garantir un droit reconnu par cette dernière, à savoir celui d'exiger le respect de l'accord conclu entre parties.

Le pouvoir d'injonction peut également être invoqué pour protéger les justiciables contre la saisine d'un for étranger lorsque cette saisine est jugée en soi ne pas répondre aux exigences de la justice. Si l'on fait exception de quelques cas marginaux – qui visent essentiellement la situation dans laquelle une partie peut invoquer devant les tribunaux du for certains remèdes équitables, ce qui a pour effet de rendre toute procédure étrangère abusive ('unconscionable') - un accord semble se faire pour faire dépendre l'intervention du for de l'injonction du caractère '*vexatoire ou oppressif*' de la procédure engagée à l'étranger.⁹⁶³ Les tribunaux répugnent à définir cette expression de façon contraignante. L'analyse de la jurisprudence permet toutefois de dégager certaines catégories distinctes qui ne répondent pas toutes aux mêmes critères.⁹⁶⁴

213. Trois catégories de procédures vexatoires - La référence volontairement imprécise au caractère oppressif et abusif de la procédure étrangère se laisse décliner en plusieurs variations. On peut distinguer trois hypothèses principales. La première, qui nous intéresse au premier chef, voit l'injonction utilisée pour mettre fin à un affrontement direct entre une procédure engagée dans le for et une procédure dont a été saisi un tribunal étranger. C'est l'hypothèse du conflit de procédures *sensu stricto*, sur laquelle nous reviendrons en décrivant en détails l'évolution historique de la jurisprudence (*infra*, n° 214). Pour obtenir du tribunal anglais qu'il exerce son pouvoir de police, le demandeur devra, avant même de démontrer l'existence d'un abus ou d'une vexation dans le chef du demandeur, d'abord montrer que le for anglais constitue le for 'naturel' pour connaître du litige, au sens que reçoit cette expression dans la doctrine du *forum non conveniens* post-Spiliada (*infra* n° 430).

Au-delà de cette hypothèse traditionnelle, les tribunaux anglais – qui se distinguent sur ce point de leurs collègues américains – ont eu l'occasion d'avoir recours à l'injonction dans d'autres circonstances. C'est ainsi qu'ils ont accepté d'intervenir pour ordonner au

Notons que la même distinction entre 'legal' et 'equitable right' vaut pour la '*Mareva injunction*', v. *Siskina (cargo owners) v Distos Cia. Naviera SA, The Siskina* [1977] 3 All ER (803), 824; [1979] AC (210), 256.

⁹⁶³ En Angleterre, v. la décision fondatrice de la Chambre des Lords dans l'affaire *Aéropostale*, affaire précitée, [1987] 3 All ER 510, 522 (g) ("[...] courts will, generally speaking, only restrain the plaintiff from pursuing proceedings in the foreign court, if such pursuit would be vexatious or oppressive"); *Airbus*, affaire précitée, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 637 ("The broad principle underlying the jurisdiction is that it is to be exercised when the ends of justice require it. Generally speaking, this may occur when the foreign proceedings are vexatious or oppressive").

Pour les États-Unis, cf. par exemple *Babell v Peace*, 441 F. 2d 495, 498 (5th Cir. 1971) (la Cour décide que l'injonction est justifiée lorsque "the foreign suit would be vexatious [...]"); *Chase Manhattan Bank v State of Iran*, 484 F. Supp. 832, 835 (SDNY 1980) (qui renvoie au caractère "vexatious or unreasonable" du choix opéré par le demandeur). V. déjà J. STORY, *op. cit.* 1918, vol. II, 561, § 1195 l'injonction vise une procédure initiée "against conscience" qui constitue "an unfair use being made of the process of a Court of Law" et qui cause "some unjust vexation or injury").

⁹⁶⁴ Remarquons que la House of Lords s'est déjà prononcée à plusieurs reprises sur cette question, alors qu'aux États-Unis, la Cour Suprême n'a pas encore eu l'occasion d'aborder la question de l'injonction *anti-suit* dans un contexte international, ce qui explique les divisions de la jurisprudence américaine (*infra*, n° 233).

défendeur d'abandonner une procédure étrangère alors qu'ils n'étaient pas eux mêmes compétents pour connaître du fond de l'affaire, ni a fortiori saisis de celle-ci.⁹⁶⁵

L'affaire *Laker* illustre parfaitement cette utilisation originale du pouvoir d'injonction : redoutant de devoir répondre devant les tribunaux américains des accusations de comportement déloyal formulées par les curateurs de la faillite Laker, la banque Midland sollicita la protection des tribunaux anglais. L'injonction préventive qu'elle tentait d'obtenir visait une procédure qui par essence ne pouvait pas être soumise aux tribunaux anglais puisque fondée sur la violation du droit américain de la concurrence.⁹⁶⁶ En l'espèce l'injonction fut accordée parce que la banque, contrairement aux compagnies aériennes rivales également accusées par Laker, n'avait déployé aucune activité aux États-Unis, ce qui rendait la (future) saisine des tribunaux américains abusive.⁹⁶⁷

L'injonction prend dans cette hypothèse une connotation (encore) plus offensive, puisqu'elle ne vise pas à défendre l'intégrité de la procédure du for. En pratique une telle injonction aura pour effet de régler le fond de l'affaire, sous couvert de déterminer la seule compétence juridictionnelle.⁹⁶⁸ Si elle atteint son but, l'interdiction de procéder rendra impossible toute procédure sur le fond - un déni de justice qui explique que l'injonction ne sera accordée que dans les cas les plus exceptionnels.⁹⁶⁹

Avec l'affaire *Airbus* c'est une autre possibilité que se sont reconnus les tribunaux anglais, celle d'arbitrer un conflit entre deux juridictions relevant d'États tiers. En l'espèce la Chambre des Lords a accepté, du bout des lèvres il est vrai, qu'un tribunal anglais puisse trancher au moyen d'une injonction un conflit opposant les tribunaux texans et indiens.⁹⁷⁰

⁹⁶⁵ Cette hypothèse est communément désignée sous le nom de 'single forum cases'. V. la description qu'en donne Lord Goff, *Airbus Industrie GIE v Patel et al.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 639-640.

Comp. BRIGGS et REES, 1997, 277, n° 5.34 (selon qui les 'single forum cases' ne doivent pas faire l'objet d'un traitement spécial - "it ought to make no difference that the cause of action pursued by the foreign plaintiff would not be available to him in England").

⁹⁶⁶ *Midland Bank plc v Laker Airways Ltd.* [1986] 1 All ER 526; [1986] QB 689 (CA). Les tribunaux anglais se refusent de statuer sur une violation du droit étranger de la concurrence en vertu du principe de territorialité. Cfr. également *British Airways Board v Laker Airways Ltd.* [1984] 3 All ER 39, 45 (demande d'injonction visant une procédure américaine alors qu'en l'espèce, "there is a single forum that is of competent jurisdiction to determine the merits of the claim", en l'occurrence les États-Unis).

⁹⁶⁷ Sur l'affaire *Laker* et en particulier l'arrêt *British Airways Board v Laker*, v. P. B. CARTER, note, *British Yearb. Int'l L.*, 1984, 358 e.s.; J. G. COLLIER, "Conflict of Laws - Restraining Foreign Proceedings. Private Rights & Public Policy", *C.L.J.*, 1984, 253 e.s.; B. J. DAVENPORT, "Restraining Foreign Proceedings. *British Airways Board v Laker Airways Ltd.*", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1984, 563 e.s.; K. M. DUNN, "Clipping Laker's Wings and Telling it to Fly: *British Airways Board v Laker Airways*", *N. C. J. Int'l & Com Reg.*, 1985, 533 e.s.; J. HILL, "Injunctions. The Restraint of Foreign Proceedings and the Choice of Forum", *C.J.Q.*, 1985, 112 e.s.

⁹⁶⁸ C'est ce que n'a pas manqué de souligner Lord Diplock, qui écrit que "For an English court to enjoin the claimant from having access to that foreign court is, in effect, to take on itself a one-sided jurisdiction to determine the claim on the merits in his favour" : *British Airways v Laker Airways*, [1984] 3 All ER (39), 45 (e). Dans le même sens, F. RIGAUD, ac, *Recueil des cours*, 1989-I, t. 213, 310.

Selon des commentateurs avertis, es tribunaux américains se refuseraient à décerner une injonction dans pareille situation (G. BERMAN, *lc*, *Columbia J. Transnat. L.*, 1990, (589), 626 : "an anti-suit injunction ought not to issue if it would result in depriving the plaintiff of his or her only remedy" et T. C. HARTLEY, *lc*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 496).

⁹⁶⁹ V. déjà *Baird v Prescott & Co.*, (1890) 6 T.L.R. 231 (CA) (injonction refusée car seuls les tribunaux français pouvaient prendre connaissance de la cause).

⁹⁷⁰ *Airbus Industrie GIE v Patel et al.*, [1999] 1 AC 119, [1998] 1 Lloyd's Rep. 631 (HL). Dans cette affaire, v. également *Airbus Industrie GIE v Jaisukh A njun Bhai Patel et al.* [1997] I.L.Pr. 230; [1997] 2 Lloyd's Rep. 8 (CA).

V. aussi les commentaires de A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction. A pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 90-102; ID., "Decisions of British Courts during 1998. Private International Law", *British Yearb. Int'l L.*, 1998, 332-336; S. MALES, "Comity and Anti-Suit Injunctions", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, 543-553; R. FENTIMAN, "Comity and Antisuit Injunctions", *C.L.J.*, 1998, 467-469.

Le tribunal anglais intervient alors au soutien d'une instance en cours devant une juridiction étrangère. Il s'érige en quelque sorte en arbitre d'un litige opposant deux juridictions étrangères.⁹⁷¹ La Cour a toutefois précisé qu'il ne suffira pas dans ce cas de démontrer le caractère abusif et vexatoire de la procédure étrangère. Pour que l'intervention (exceptionnelle) du tribunal anglais soit justifiée, encore faut-il qu'existe un *lien étroit* entre l'objet du litige et le for de l'injonction. En l'espèce la Cour a conclu que le tribunal anglais n'avait pas un intérêt suffisant ('sufficient interest') pour départager les tribunaux texans et indiens.⁹⁷² Un tel intérêt eut-il été présent qu'il aurait encore fallu apporter la preuve du caractère vexatoire ou oppressif de la procédure étrangère. Cette nouvelle extension du pouvoir d'injonction, qui n'a pas encore connu de suites concrètes, n'est pas sans susciter de sérieuses difficultés. On voit mal en effet à quel titre un juge anglais peut prétendre arbitrer un conflit qui ne l'intéresse pas directement.

214. L'injonction comme solution aux conflits de procédure *sensu lato* – Les développements qui précèdent montrent que la jurisprudence anglaise fait preuve d'une grande créativité dans l'utilisation de l'injonction. Précisons enfin que l'injonction peut être sollicitée quelle que soit la matière. Elle n'est certainement pas confinée aux litiges commerciaux. Le contentieux familial semble d'ailleurs constituer un terrain particulièrement fertile pour les injonctions.⁹⁷³

Ainsi s'esquisse le tableau des limites, sans cesse changeantes, du pouvoir d'injonction. Le trait commun à toutes ces situations est la volonté d'obliger une partie à mettre fin à la procédure qu'il a engagée devant un tribunal étranger. L'injonction intervient dans le cadre d'un conflit entre deux juridictions, même si ce conflit ne se matérialise pas nécessairement dans la saisine parallèle de deux juridictions. Le champ d'application de l'injonction ne se résume dès lors pas aux seules procédures parallèles. Avant d'évaluer la validité et l'efficacité de l'interdiction de procéder, il faut tout d'abord examiner le rôle que joue l'injonction dans le règlement des conflits de procédures *sensu stricto*.

§ 2. L'interdiction de procéder et les conflits de procédures

215. Un critère général à interpréter – Tout comme le *forum non conveniens*, l'injonction *anti-suit* constitue un remède *discrétaire*. Il ne suffira pas au demandeur d'alléguer l'existence d'une procédure concurrente devant un for étranger pour obtenir

V. les décisions des juges texans dans cette affaire, *Linton v Airbus Industries*, 934 S.W. 2d 754 (Tex. App. – Houston (14th Dis.) 1996; *Linton v Airbus Industries*, 30 F.3d 592 (5th Cir. 1994).

⁹⁷¹ *Cors.* le titre révélateur d'un commentaire de l'arrêt : E. PEEL, "Anti-Suit Injunctions – The House of Lords Declines to Act as International Policeman", *L.Q.R.*, 1998, 543 e.s. L'injonction *Mareva* a connu une évolution similaire. Dans l'affaire *Dualier*, les tribunaux anglais ont en effet admis que l'injonction puisse intervenir au soutien d'une instance au fond en cours devant une juridiction étrangère (*Haiti (Republic of) v Dualier* [1990] 1 Q.B. 202 et les commentaires de G. CUNIBERTI, *ac.*, 2000, 104, n° 136 e.s.

⁹⁷² Selon la Cour, "in a world which consists of independent jurisdictions, interference, even indirect interference, by the courts of one jurisdiction with the exercise of the jurisdiction of a foreign court, cannot [...] be justified by the fact that a third jurisdiction is affected but is powerless to intervene. The basic principle is that only the courts of an interested jurisdiction can act in the matter". Sur l'interprétation de la condition du 'sufficient interest', *cfr.* S. MALES, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, 543-553.

⁹⁷³ P. *ex. Orr-Lewis v Orr-Lewis* [1949] P. 347; [1947] 1 All ER 504 (injonction in casu refusée); *Bryant v Bryant* [1980] 11 Fam. Law 85 (injonction accordée dans une procédure de divorce contre une procédure canadienne). V. déjà *Christian v Christian* (1897) 78 LT 86 (injonction accordée dans une procédure de divorce contre une procédure écossaise) et plus récemment : *Hemlin v Hemlin*, [1988] 2 FLR 388 (injonction contre une procédure en divorce en France) ainsi que, au Canada, *Kornberg v Kornberg* (1991) 76 DLR (4th) 379.

que le tribunal ordonne l'abandon de cette procédure. Encore faudra-t-il convaincre le tribunal que l'injonction est justifiée en raison du caractère 'vexatoire ou offensif' de la procédure étrangère. Il ne semble pas inutile de s'attarder sur l'interprétation que font les tribunaux de cette expression en insistant particulièrement sur son utilisation dans le cadre des conflits de procédures. Ceci permettra de montrer à la fois la permanence à travers l'histoire de certains concepts et les différences qui sont progressivement apparues entre les juridictions. Bien que les tribunaux anglais et américains se rejoignent en grande partie sur les circonstances qui justifient l'octroi de l'injonction, des différences non négligeables séparent les deux jurisprudences, qui appellent dès lors un examen séparé. On verra qu'au delà de ces différences, les jurisprudences anglaise et américaine se contentent le plus souvent de formules vagues et imprécises, qui laissent planer une certaine incertitude sur les conditions exactes dans lesquelles une injonction sera accordée.⁹⁷⁴

1. L'INTERDICTION DE PROCEDER EN DROIT ANGLAIS

216. Le lien originel entre l'injonction et le *forum non conveniens* - L'évolution de la jurisprudence anglaise relative aux injonctions *anti-suit* est inséparable de cette autre doctrine caractéristique des conflits de juridiction anglais qu'est le *forum non conveniens*. On ne s'en étonnera pas puisque ces deux instruments partagent un but commun, permettre au tribunal de sanctionner l'élection de for du demandeur. A l'origine ces doctrines ne constituaient d'ailleurs que les deux facettes d'un même mécanisme, celui du 'stay'. Le 'stay' - littéralement suspension ou sursis - pouvait prendre deux formes : le tribunal pouvait tout d'abord prendre ombrage de la procédure étrangère, auquel cas le 'stay' était dirigé contre cette procédure. Le tribunal ordonnait alors au défendeur de mettre fin à la procédure étrangère. Inversement le tribunal pouvait décider de s'en prendre à sa propre saisine, en accordant un sursis à statuer.

A l'origine, ces deux manifestations du 'stay' étaient soumises aux mêmes conditions, d'ailleurs fort restrictives. C'est que les tribunaux anglais répugnaient à interférer dans le choix de for du demandeur. Comme nous aurons l'occasion de le voir, la jurisprudence anglaise faisait preuve d'un grand respect pour ce choix, qui n'était qu'exceptionnellement sanctionné. En pratique le demandeur bénéficiait d'une véritable *présomption de légitimité* de son élection de for, présomption que le défendeur ne pouvait que difficilement renverser. On verra que cette présomption a progressivement été assouplie et l'équilibre rétabli entre les intérêts du demandeur et ceux du défendeur sollicitant un sursis en faveur d'une procédure étrangère (*infra*, n° 405). Si l'on fait exception d'une courte période qui a vu le libéralisme du *forum non conveniens* déteindre sur l'injonction, la présomption en faveur du for élu par le demandeur a au contraire gardé toute sa force pour l'autre versant du 'stay', l'interdiction de procéder. Dans l'ensemble les tribunaux ont dès lors réservé l'injonction aux hypothèses les plus exceptionnelles, se démarquant ainsi de l'évolution qu'a connu le *forum non conveniens*.

217. Le lien originel entre l'injonction et le *forum non conveniens* (suite) - Cette réticence à intervenir et à passer outre le choix du demandeur procédait à l'origine d'un chauvinisme éhonté et d'une croyance dans la supériorité des tribunaux anglais. Qu'elle

⁹⁷⁴ C'est ce qu'a indiqué une Cour d'Appel américain dans l'affaire *Laker Airways*, précitée, 731 F.2d 909, 927 : "There are no precise rules governing the appropriateness of antisuit injunctions. The equitable circumstances surrounding each request for an injunction must be carefully examined to determine whether [...] the injunction is required to prevent an irreparable miscarriage of justice".

ait déteint sur l'autre facette du 'stay', conduisant à une hésitation marquée des tribunaux anglais à ordonner l'abandon d'une procédure étrangère, n'est pas le moindre des paradoxes de la jurisprudence anglaise. Plus qu'un respect pour le choix du demandeur, cette hésitation traduisait sans doute le souci des tribunaux de ne pas s'immiscer dans la conduite d'une procédure étrangère. Car dès l'origine, et même si les tribunaux se sont toujours empressés d'expliquer que l'injonction ne visait que le défendeur et non le tribunal étranger, ces mêmes tribunaux étaient conscients de la nature exorbitante de l'interdiction de procéder.

218. Distinction entre trois périodes - Si les tribunaux ne se sont jamais départis d'une certaine réserve, on peut cependant distinguer trois périodes dans l'évolution de la jurisprudence.⁹⁷⁵ La première s'étend des origines aux années 1970 et se caractérise par une grande constance dans l'hésitation à enjoindre. La deuxième est contemporaine de la libéralisation progressive du 'stay' et fait figure d'intermède. La dernière enfin s'ouvre avec l'arrêt *Aérospatiale* et inaugure un retour à la traditionnelle réserve que va confirmer l'arrêt *Airbus*.

A. Les origines : une solution exceptionnelle

219. Le flottement des premières décisions - On a déjà indiqué l'origine 'équitable' de l'injonction. Cette origine a exercé une influence déterminante sur les circonstances qui justifient l'octroi de l'interdiction de procéder. L'*equity* n'intervient que pour remédier à une 'injustice', concept qui prend une connotation quasi-morale.⁹⁷⁶ Dans le contexte de l'injonction *anti-suit*, l'injustice porte sur l'existence et les circonstances de la conduite d'une procédure étrangère. La présomption en faveur du choix du demandeur déteindra naturellement sur l'appréciation des conditions régissant l'octroi de l'injonction, qui sera réservée aux situations révélant un abus du droit d'action du demandeur : les tribunaux n'interviendront que lorsque la conduite de la procédure étrangère constitue un abus flagrant dans le chef de celui qui l'a engagée.

Quelques décisions anciennes semblent certes adopter une attitude plus libérale – c'est pas exemple le cas de l'affaire *Bushby*,⁹⁷⁷ dans laquelle la soumission d'une reconnaissance de dette litigieuse au droit anglais semble constituer la seule véritable justification de l'interdiction prononcée à l'encontre de la procédure écossaise.⁹⁷⁸ Cette décision ne fera

⁹⁷⁵ V. également les compte-rendus historiques de l'injonction *anti-suit* par D. JASPER, *Forum Shopping in England und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 81-89 et J. KURTH, *Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 13-29.

⁹⁷⁶ Le but étant de remédier à une injustice, les juges s'attachent au comportement du défendeur et plus encore à sa conscience. Les Lords Chancellors étaient à l'origine des ecclésiastiques.

⁹⁷⁷ *Bushby v Munday* (1821) 5 Madd. 297.

⁹⁷⁸ *Bushby*, citoyen anglais, avait signé une reconnaissance de dettes portant sur 5000 livres en faveur de Munday. Celui-ci céda la reconnaissance à un tiers, Cloves, qui s'empressa de citer le débiteur récalcitrant devant les tribunaux écossais. Le débiteur refusa de laisser ces tribunaux trancher le litige et demanda à la Court of Chancery anglaise d'ordonner au créancier d'abandonner la procédure écossaise. La Cour prit argument de l'enracinement exclusivement anglais de la cause pour accéder à la demande de *Bushby*. Selon la Cour, la procédure écossaise constituait une manoeuvre inutile, puisque seuls les tribunaux anglais étaient en mesure de statuer sur l'existence d'une dette régie par le droit anglais : "It must be admitted that this Court is a more convenient jurisdiction for determining the question, whether the Defendant [...] has by the law of England a right to recover upon the bond in question" ((1821) 5 Madd. 297, 308).

cependant pas jurisprudence, les tribunaux réservant l'interdiction de procéder aux cas d'abus les plus manifestes.⁹⁷⁹

220. **L'affaire Carron Iron et le critère de l'abus** – Les principes régissant l'octroi de l'injonction furent fixés par la Chambre des Lord dans une décision rendue en 1855.⁹⁸⁰ En l'espèce une entreprise établie en Ecosse réclamait devant les tribunaux locaux une forte somme des héritiers d'un de ses principaux actionnaires, qui avant son décès avait représenté l'entreprise à Londres. L'administrateur de la succession avait auparavant obtenu d'un tribunal anglais une décision ordonnant à tous les créanciers et les débiteurs de la succession de se faire connaître. Contestant l'utilité de la procédure ouverte par l'entreprise, il persuada le tribunal anglais d'ordonner à celle-ci d'y mettre fin. Cette décision fut réformée par la Chambre des Lords. Lord Cransworth expliqua qu'une injonction ne pouvait être envisagée que "sur le fondement des principes de convenance, pour prévenir une procédure qui doit être considérée comme complètement inutile, et dès lors vexatoire, ou peu adéquate pour obtenir pleine justice".⁹⁸¹

Selon la Cour, l'injonction devait dès lors être réservée aux situations d'abus de procédure ("abuse of the process of the Court"), lorsqu'il est démontré que l'institution de la procédure étrangère constituait "a vexatious harassing of the opposite party".⁹⁸² L'injonction fut ainsi promue au rang de sanction de l'abus de procédure.⁹⁸³ Restait à savoir comment les tribunaux allaient appliquer ce critère aux conflits de procédures.

221. **Application du critère de l'abus aux procédures parallèles dans les années 1880** - Les décisions qui suivirent confirmèrent la tendance restrictive initiée dans l'affaire *Carron Iron* et la déférence des tribunaux pour le choix du demandeur. Dans une série d'espèces mettant en jeu des procédures parallèles intentées par la même partie, les tribunaux anglais se refusèrent à considérer que la multiplication des procédures par la même partie constituait en soi un acte vexatoire appelant une intervention. Ainsi dans l'affaire *McHerry*, le demandeur avait assigné au Royaume-Uni les trustees chargés de la liquidation d'une société américaine.⁹⁸⁴ Il se plaignait de la violation par ceux-ci de leurs obligations fiduciaires. Un mois plus tard, il reporta ses espoirs devant les tribunaux américains qu'il saisit d'une demande similaire. Les trustees demandèrent au tribunal anglais de constater que le dédoublement de procédures constituait une vexation

⁹⁷⁹ La Chambre des Lords a d'ailleurs plus tard observé que la décision dans l'affaire *Bushby* se situait à "l'extrême limite du droit ("very verge of the law") : *Carron Iron Co v MacLaren* (1855) 5 H.L.Cas. 416, 446.

⁹⁸⁰ *Carron Iron Co v MacLaren* (1855) 5 H.L.Cas. 416.

⁹⁸¹ *Carron Iron Co v MacLaren* (1855) 5 H.L.Cas. 416, 438 : "on principles of convenience, to prevent litigation which it has considered to be either unnecessary, and therefore vexatious, or else ill adapted to secure complete justice"

⁹⁸² *Carron Iron Co v MacLaren* (1855) 5 H.L.Cas. 416, 437 : "Where therefore, pending a litigation here, in which complete relief may be had, a party to the suit institutes proceedings abroad, the Court of Chancery in general considers that act as a vexatious harassing of the opposite party and restrains the foreign proceedings" (nous soulignons). Dans une opinion dissidente, le juge Saint Leonards plaidait toutefois pour une approche plus flexible.

⁹⁸³ Les tribunaux écossais ont à la même époque adopté le même critère, v. p.ex. *Young v Barday* (1846) 8 S.C. (Session Cases) D. (Dunlop) 774, 784 (Lord Jeffrey explique que les tribunaux interviendront pour "preventing the immediate emergence of an unjust and oppressive course of action", et le Lord President Boyle pose la question de la façon suivante : "The question is whether the procedure complained of is, or is not, pregnant with injustice? For, if it be so, it is our duty to give redress and to restrain it". En l'espèce, la Cour interdit aux demandeurs à l'étranger de poursuivre leur action devant les tribunaux du Canada. Notons que pour Lord Jeffrey, l'injustice à laquelle l'injonction devait remédier résultait entre autre de l'existence d'une dualité d'actions portant sur le même litige (p. 782)). V. également *Dawson's Trustees v MacLears* (1860) 22 S.C. (Dunlop) 685 et *California Redwood Co Ltd (Liquidators of the) v Walker* (1886) 13 S.C. (Rettie) 810.

⁹⁸⁴ *McHerry v Lewis*, 22 Ch. D. 397 (C.A. 1882), dont un résumé a été publié au *J.D.I.*, 1883, 197. Sur cette affaire, v. également A. NUYTS, 86, n° 72.

justifiant une réprimande.⁹⁸⁵ La Cour rejeta l'exception en constatant l'absence dans le chef du demandeur de comportement vexatoire. Le Master of the Rolls expliqua que :

“Il ne peut être présumé, sauf preuve contraire, que le simple fait de saisir à la fois le juge du for et un juge étranger constitue un comportement vexatoire”⁹⁸⁶

La Cour n'exclut donc pas que la poursuite de deux procédures puisse constituer un abus. En l'espèce cependant, la double procédure ne présentait pas le caractère vexatoire ou oppressif requis. La Cour se fonda pour arriver à cette conclusion sur les différences qui séparaient les deux procédures : bien qu'instituées par la même partie, elles ne visaient pas les mêmes adversaires puisque la procédure américaine était dirigée non seulement contre les trustees, mais également contre la société et ses administrateurs. De plus une éventuelle décision américaine contre le trustee aurait été privée d'effet en Angleterre. Au total on ne pouvait donc, selon les juges, reprocher au demandeur d'avoir multiplié les procédures.⁹⁸⁷

222. Application du critère de l'abus aux procédures parallèles dans les années 1880 (suite) – Avec cette première décision, le ton était donné ; les tribunaux ne cachent pas la faveur dont jouit à leurs yeux le choix du for du demandeur, et corrélativement la réticence à le sanctionner. Si la Cour n'exclut pas la possibilité d'une intervention, elle exige pour qu'elle soit justifiée la preuve d'un abus qu'il sera difficile au demandeur à l'exception de rapporter. La rigueur et l'interprétation restrictive dont témoigne cette décision reçut un bon accueil dans les décisions ultérieures.

Ainsi, dans l'affaire *Peruvian Guano*, le demandeur tentait d'obtenir compensation pour le dommage causé par la perte de marchandises qu'il avait confiées au défendeur. Il introduisit une première action en Angleterre puis, profitant de l'escale d'un navire de son adversaire dans un port français, réitéra son action devant les juridictions de ce pays. La Cour rejeta l'accusation du défendeur qui se prétendait victime de l'abus de son adversaire.⁹⁸⁸ Elle releva au contraire que ce dernier avait un intérêt légitime à saisir plusieurs tribunaux, en l'occurrence en raison des risques pesant sur l'exécution en France d'une éventuelle décision anglaise.⁹⁸⁹

⁹⁸⁵ En l'espèce, les défendeurs ne sollicitaient pas une mesure dirigée contre la procédure américaine, mais bien un sursis de la procédure anglaise elle-même. Dans la mesure où, comme le rappelle *Cotton J (Mc Henry v Lewis*, 22 Ch. D. 397, 405), ces deux remèdes ne constituaient à l'époque que les deux facettes du même mécanisme, et étaient soumis au même critère de l'abus, cette décision nous paraît pertinente pour illustrer les limites étroites assignées au mécanisme de l'injonction.

⁹⁸⁶ *McHenry v Lewis*, (1882) 22 Ch. D. 397, 402 (Jessel, M.R.) : “It is by no means to be assumed in the absence of evidence that the mere fact of suing in a foreign country as well as in this country is vexatious”.

⁹⁸⁷ Remarquons que le Cour adopte une toute autre position à l'égard de la concurrence de procédures au sein d'un même ordre juridique. Les juges n'ont aucune hésitation à dénoncer le caractère vexatoire d'une telle situation : “It appears to me that very different considerations arise where both the actions are brought in this country and where one of them is brought in a foreign country. In this country, where the two actions are by the same man in courts governed by the same procedure, and where the judgments are followed by the same remedies, it is prima facie vexatious to bring two actions, where one will do. [...] But where it is in a foreign country it certainly appears to me that we cannot draw the same inference” : (1882) 22 Ch. D. 397, 400 (Jessel M.R.).

⁹⁸⁸ *Peruvian Guano Co v Bockwoldt*, (1883) 23 Ch. D. 225.

⁹⁸⁹ V. également *Hyrton v Helm* (1883) 24 Ch. D. 531, 538 (un conflit opposait une procédure anglaise et une procédure américaine, la Cour décida par la voix de Brett MR que “where a party claims this interference from the Court to stop another action, it lies upon him to show to the Court that the multiplicity of actions is vexatious [...] He does not satisfy that burden of proof by merely showing that there is a multiplicity of actions, he must go further”, et le juge de poursuivre en ajoutant que “even when the plaintiff brings two actions, one in England and the other in a foreign court, then the same prima facie case of vexation does not arise, because he might have a reasonable ground for bringing the action abroad, that is to say, it may be of some advantage to him to do so”); *Dawkins v Simonetti* (1881) 44 L.T. 266; *North London Railway Co v Great Northern Railway Co*

Encore une fois la Cour se montra pleine de déférence à l'égard du droit du demandeur de saisir la justice, sans se soucier de la multiplication des procédures. Le passage suivant, emprunté au speech du Master of the Rolls, est révélateur de cet état d'esprit : selon le juge, "le fait de saisir plusieurs juges ne constitue pas un comportement vexatoire, lorsque le demandeur peut espérer obtenir un avantage substantiel dans chaque pays. Il a un droit de saisir la justice, et si des raisons impérieuses le poussent à intenter deux actions, pourquoi devrions nous le priver de ce droit?"⁹⁹⁰

On ne saurait montrer plus de bienveillance et de compréhension à l'égard de la *libido* procédurale du demandeur.⁹⁹¹ Ces premières décisions confinaient l'injonction à un rôle exceptionnel, qui ne viendra que rarement bousculer le demandeur.⁹⁹² Les tribunaux ne se réservaient qu'un contrôle marginal sur l'élection de for du demandeur, en ne se permettant d'intervenir qu'en cas d'abus manifeste de sa part – la nature offensive du mécanisme n'étant sans doute pas étrangère à la réserve observée par les tribunaux.

223. Le critère de l'abus et les procédures engagées par deux parties - La présomption dont bénéficiait le demandeur jouait *a fortiori* lorsque les procédures concurrentes étaient le fait des deux parties. C'est ce qu'a confirmé le King's Bench dans l'affaire *Cohen* : Cohen, exploitant une entreprise établie en Angleterre, avait nommé Rothfield comme agent pour l'Ecosse. Le soupçonnant d'agir pour son propre compte en négligeant de l'intéresser aux bénéfices, Cohen assigna Rothfield devant les tribunaux anglais pour obtenir un décompte détaillé de toutes les transactions opérées par son agent. Celui-ci répliqua en saisissant les tribunaux écossais, sur quoi Cohen tenta de faire interdire la procédure écossaise. Après avoir analysé la jurisprudence, Lord Justice Scrutton conclut que les tribunaux devaient être plus réticents encore à intervenir lorsque chacune des parties avait pris l'initiative de saisir un tribunal que dans l'hypothèse où les deux procédures étaient l'oeuvre de la même partie.⁹⁹³ Cette réticence s'expliquait sans

(1883) 11 Q.B.D. 30; *Cohen v Rothfield*, (1919) 1 K.B. 410 (procédures initiées par deux parties différentes, la Cour constate au passage que lorsque le même demandeur est à l'origine des deux procédures, cette situation "is not prima facie vexatious" : "It is not prima facie vexatious for the same plaintiff to commence two actions relating to the same subject-matter, one in England and one abroad. The applicant must prove a substantial case of vexation resulting from the identity of proceedings, remedies and benefits").

⁹⁹⁰ "It is by no means vexatious to bring an action in each country where there are substantial reasons of benefit for the plaintiff. He has a right to bring an action, and if there are substantial reasons to induce him to bring the two actions, why should we deprive him of that right?", *Peruvian Guano Co v Bockwoldt*, (1883) 23 Ch. D. 225, 230 (Jessel MR) Et Lindley LJ d'ajouter dans la même affaire que "Where the plaintiff is suing in this country and also abroad in respect of the same matter, and a motion is made to compel the plaintiff to elect, it is not sufficient for the person so moving to point out that there are two proceedings being taken with reference to the same matter; he must go a step further and show that there is vexation in point of fact, that is to say, that there is no necessity for harassing the Defendant by double litigation" ((1883) 23 Ch. D. 225, 232).

⁹⁹¹ Les tribunaux allaient d'ailleurs plus loin puisqu'il acceptaient même de *présumer* l'existence d'un intérêt légitime dans le chef du demandeur, qui explique sa fringale de procédures. Dans l'affaire du guano péruvien, la Cour observa ainsi que "Persons who sue in different countries very often have reasons for doing so that are not easily explained", *Peruvian Guano Co v Bockwoldt*, (1883) 23 Ch. D. 225, 234 et "The Court here is not and cannot be alive to all the advantages which a person may expect from suing in a foreign court", 23 Ch. D. 225, 232. Il appartient donc au défendeur de renverser cette présomption en montrant l'inexistence d'un intérêt dans le chef du demandeur.

⁹⁹² Cette déférence n'empêche toutefois pas les tribunaux d'être pleinement conscients des désavantages qu'entraînent pour le défendeur le dédoublement de procédures, comme en témoigne le passage suivant : "it is very unpleasant, no doubt, to be sued twice – it is unpleasant to many people to be sued once – but still that does not make it vexatious where the plaintiff seeks to get a real and substantial advantage" : *Peruvian Guano Co v Bockwoldt*, (1883) 23 Ch. D. 225, 230.

⁹⁹³ *Cohen v Rothfield*, (1919) 1 K.B. 410, 414 : "Where the plaintiff in the foreign action is not plaintiff, but defendant in the English action, the case against interference is even stronger, for the person to be stayed has not himself initiated the two proceedings". Dans le même sens, *Hymn v Helm*, (1883) 24 Ch.D. 531 (CA).

doute par le souci d'éviter de priver une partie d'une instance qui lui est légitimement ouverte. Et Lord Scrutton de résumer la position des tribunaux dans les termes suivants :

“Même si les tribunaux sont en principe compétents pour interdire à une partie de poursuivre une procédure devant un juge étranger, cette compétence ne sera que rarement utilisée; elle ne le sera qu'avec une grande prudence et si la preuve est rapportée que la procédure étrangère est réellement vexatoire et sans utilité aucune”.⁹⁹⁴

On ne saurait mieux exprimer l'extrême réticence des tribunaux à intervenir pour contraindre une partie à mettre fin à une procédure étrangère.⁹⁹⁵ En retenant le critère de l'*abus de procédure* pour justifier une éventuelle intervention, les juges adoptèrent une interprétation restrictive du caractère vexatoire et oppressif de la procédure étrangère. Il ne suffisait pas de démontrer l'existence d'une concurrence de procédures, il fallait en outre prouver que le demandeur à l'étranger ne pouvait espérer retirer aucun avantage légitime de la procédure qu'il a initiée. Le juge avait la difficile tâche de se pencher sur les mobiles sous-jacents à la saisine du juge étranger, pour déterminer si le demandeur à l'étranger cherchait à harceler ou à gêner son adversaire plus qu'à obtenir un avantage légitime. On comprendra qu'avec de pareils critères, l'injonction constituait l'exception et non la règle. On ne relève d'ailleurs qu'une poignée d'instances dans lesquelles les tribunaux anglais ont effectivement interdit à une partie de procéder devant un for étranger.⁹⁹⁶

224. **Persistance du critère de l'abus au 20^{ème} siècle** - La très grande tolérance des procédures concurrentes et la déférence quasi-obséquieuse à l'égard du choix du demandeur se perpétueront jusque dans les années 1970. C'est ainsi que dans la dixième édition de leur ouvrage, Dicey et Morris pouvaient encore écrire que “le simple fait que la même partie assigne son adversaire pour les mêmes faits en Angleterre et à l'étranger, ne constitue pas une raison suffisante pour suspendre la procédure anglaise ou ordonner l'abandon de la procédure étrangère”.⁹⁹⁷

Au total l'interdiction de procéder n'avait dès lors qu'une incidence *exceptionnelle* sur les conflits de procédures, la règle générale étant celle de la non-intervention. Il n'en allait

⁹⁹⁴ *Cohen v Rothfield*, (1919) 1 K.B. 410, 415 : “While, therefore, there is jurisdiction to restrain a defendant from suing abroad, it is a jurisdiction very rarely exercised, and to be resorted to with great care and on ample evidence produced by the applicant that the action abroad is really vexatious and useless” (par LJ Scrutton) (nous soulignons). Et le juge d'ajouter que “[...] the burden is on the person asking for relief from the English court to satisfy it that the plaintiff in the foreign court cannot obtain any advantage from the foreign procedure that he would not obtain in the English court. It is not prima facie vexatious for the same plaintiff to commence two actions relating to the same subject matter, one in England and one abroad. The applicant must prove a substantial case of vexation [...]” (1 K.B. 410, 413). En l'espèce la Cour refusa l'injonction, Cohen n'avait pas démontré à suffisance la nature abusive de la procédure écossaise. Au contraire, celle-ci se comprenait parfaitement, s'agissant d'activités commerciales déployées en Ecosse. De plus la procédure écossaise semblait avoir mieux progressé que celle engagée en Angleterre.

⁹⁹⁵ A cette époque, v. également *Lett v Lett* (1906) 1 I.R. 618; *In Re Connolly Brothers*, (1911) 1 Ch. 731; *Heilmann v Falkenstein* (1917) 33 T.L.R. 383; *Ellerman Lines, Ltd. v Read*, (1928) 2 K.B. 144. Pour le contentieux du divorce, v. *Moore v Moore*, (1896) 12 T.L.R. 221; *Christian v Christian* (1897) 67 L.J.P. 18; *Vardopoulos v Vardopoulos* (1909) 25 T.L.R. 518.

⁹⁹⁶ P. ex. *Armstrong v Armstrong* [1982] P. 98; *Moore v Moore* (1896) 12 T.L.R. 221 et *Christian v Christian* (1897) 67 L.P.J. 18 Le juge Goff relèvera plus tard, après avoir étudié la jurisprudence ancienne, que le test du caractère vexatoire de la procédure étrangère, “was very rarely fulfilled” : *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon* [1987] 1 A.C. 59, 60 (C.A.).

⁹⁹⁷ *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 10ème éd., Londres, Stevens & Sons, 1980, I, 251 (“[t]he mere fact that the same plaintiff starts proceedings against the defendant in respect of the same transaction in England and in a foreign country is not a ground for staying the English proceedings or restraining the foreign proceedings”).

toutefois pas de même lorsqu'il s'agissait de protéger une compétence du for. Dans ce cas, les tribunaux montraient en effet moins d'hésitation à interdire une procédure étrangère. Le créancier qui tentait d'échapper à une situation de concours en jetant son dévolu sur des biens situés à l'étranger, s'exposait ainsi facilement à l'ire des tribunaux anglais. Ceux-ci intervenaient par exemple pour sanctionner le créancier d'une société faillie qui cherchait à obtenir satisfaction sur le patrimoine étranger du failli,⁹⁹⁸ le créancier d'une société mise en liquidation⁹⁹⁹ ou encore le créancier d'une succession.¹⁰⁰⁰ La faveur traditionnelle dont jouissait le demandeur ne le protégeait plus lorsque la procédure engagée par ses soins devant un tribunal étranger visait à contourner une procédure anglaise.¹⁰⁰¹ Ces circonstances particulières expliquent que les tribunaux anglais se départissent de leur réserve face à l'injonction. La règle générale était toutefois que l'injonction n'était justifiée qu'en cas d'abus. Les choses vont changer avec la libéralisation du *stay*. Cette évolution n'est pas restée sans effet sur la possibilité pour un justiciable d'obtenir une injonction.

B. L'intermède des années 1970

225. **Maintien du parallélisme entre injonction et *forum non conveniens*** - On verra plus loin comment la jurisprudence anglaise a au début des années 1970 progressivement abandonné son attitude quasi-nationaliste tout en faveur du demandeur pour accueillir avec plus de bienveillance les demandes de sursis au profit d'un juge étranger (*infra*, n° 421). Le critère traditionnel du caractère 'vexatoire et oppressif' de la procédure incriminée fut assoupli pour être finalement remplacé par un examen sans a priori des liens existant entre le litige et les deux fors. La question s'est dès lors posée de savoir si les principes régissant l'interdiction de procéder devaient connaître une même évolution. La Chambre des Lords a dans un premier temps tenté de conserver le parallélisme traditionnel entre les deux mécanismes. Dans l'affaire *Castanho*, la plus haute cour – sans doute influencée par le caractère éhonté de la tentative de *forum shopping* auquel le demandeur se livrait en l'espèce – a manifesté son intention de faire subir à l'interdiction de procéder la même évolution que celle imposée au 'stay'.¹⁰⁰² Lord Scarman expliqua ainsi que

"Le principe est le même, que le demandeur sollicite du tribunal qu'il surseoit à statuer ou qu'il ordonne l'abandon de la procédure étrangère".¹⁰⁰³

Il poursuivit en transposant à l'injonction les principes dégagés dans les affaires *Atlantic Star* et *McShannon* (*infra*, n° 422 et 425). Selon cette nouvelle interprétation, il suffisait au défendeur à l'étranger pour obtenir l'interdiction de la procédure dont il se prétendait

⁹⁹⁸ P. ex. *In re Distin*, (1981) 24 L.T. 157.

⁹⁹⁹ P. ex. *In re North Carolina Estate Co Ltd* (1889) 5 T.L.R. 328.

¹⁰⁰⁰ P. ex. *Graham v Maxwell*, (1849) 1 Mac. & G. 71.

¹⁰⁰¹ On peut ajouter à cette catégorie, qui est étrangère aux conflits de procédures, les injonctions décernées contre une procédure intentée en violation d'une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais ou d'un accord de ne pas saisir la justice étrangère, p. ex. *Lett v Lett* [1906] 1 I.R. 618. Sur cette situation particulière, v. *supra* n° 165.

¹⁰⁰² *Castanho v Brown & Root Co (UK) Ltd* [1981] AC 557.

¹⁰⁰³ *Castanho v Brown & Root Co (UK) Ltd* [1981] AC 557, 574 ("The principle is the same whether the remedy sought is a stay of English proceedings or a restraint upon foreign proceedings").

victime, de montrer que le for anglais était le for 'naturel' de la cause.¹⁰⁰⁴ Dès lors que cette condition était remplie, l'injonction était justifiée, sauf lorsqu'elle aboutissait à priver le demandeur d'un avantage légitime dont il aurait pu se prévaloir devant le juge étranger.¹⁰⁰⁵

On aperçoit facilement combien cette position contribua à libérer l'injonction du carcan restrictif qui était le sien depuis le siècle dernier. Les tribunaux pouvaient désormais recourir à l'injonction non seulement pour sanctionner les abus les plus manifestes, mais également chaque fois que le for anglais estimait être le for naturel de la cause, quoi qu'en pense le for étranger.

226. L'après *Castanho* : une période floue - La décision de la Chambre des Lords fut rapidement critiquée,¹⁰⁰⁶ et les tribunaux manifestèrent peu d'empressement à suivre Lord Scarman dans la voie libérale qu'il avait tracée. La Cour d'Appel prit ainsi le contre-pied du jugement *Castanho* en insistant sur la charge de la preuve plus lourde pesant sur une partie qui tente d'obtenir l'interdiction d'une procédure étrangère que sur celle qui se contente d'une abstention du juge anglais.¹⁰⁰⁷ Formellement cependant la ligne défendue par Lord Scarman demeurait la règle. Elle a d'ailleurs été approuvée par une Chambre des Lords autrement constituée dans l'affaire *South Carolina*.¹⁰⁰⁸ En l'espèce une compagnie d'assurance sollicitait l'interdiction d'une procédure américaine par le biais de laquelle son adversaire demandait au tribunal américain d'ordonner à une tierce personne de produire certains documents qu'il comptait invoquer dans la procédure au fond dont les tribunaux anglais étaient saisis.¹⁰⁰⁹ Dans cette espèce, qui ne concernait pas un véritable conflit de

¹⁰⁰⁴ Au sens où cette expression était entendue avant l'arrêt *Spliliada*, c'est-à-dire un for qui peut revendiquer un titre plus fort à connaître de la cause parce que la justice peut y être rendue aux parties avec moins de difficultés et de frais. Sur cette jurisprudence, *infra* n° 421.

¹⁰⁰⁵ Dans les mots de Lord Scarman, "[...] to justify an injunction the defendants must show : (a) that the English court is a forum to whose jurisdiction they are amenable in which justice can be done at substantially less inconvenience and expense and (b) the injunction must not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage which would be available to him if he invoked the [foreign] jurisdiction" : *Castanho v Brown & Root Co (UK) Ltd* [1981] AC 557, 575.

¹⁰⁰⁶ P. ex. A. BRIGGS, "No Interference with Foreign Court", *I.C.L.Q.*, 1982, (189-198), spéc. 193-195. M. Briggs notait p. 193 que "[...] Lord Scarman in *Castanho* falls into error, and produces a judgment that will cause all manner of uncertainties". Et l'auteur de s'étonner de l'adoption pure et simple d'un standard visant le stay : "how can one test, concocted to liberalise one part of the law, when applied to another area that needs no liberalisation on policy grounds, be prevented from liberalising that area too?". *Cons.* également D. G. MORGAN, "Discretion to Stay Jurisdiction", *I.C.L.Q.*, 1982, 582-587.

¹⁰⁰⁷ *Metall und Rohstoff AG v A.C.L.I. Metals (London) Ltd* [1984] 1 Lloyd's Rep. 598, 613 (CA) ("In my view, this different approach can and should be given effect by requiring a clearer balance in favour of the defendant when considering the critical equation in cases where it is sought to stop, by injunction, proceedings in another forum than where it is sought to stop proceedings here" (Parker, L.J.).

V. également les critiques à peine voilées de Goff L.J., qui s'étonnait de l'absence de justification dans le jugement de Lord Scarman de la nécessité de maintenir le parallèle entre le stay et l'injonction (*Bank of Tokyo Ltd v Karoon* [1987] 1 A.C. 59, 61-62 (C.A.)) : "Lord Scarman did not apparently consider it necessary to give reasons for his opinion that the principle is the same whether the remedy sought is a stay of English proceedings or a restraint upon foreign proceedings [...]".

¹⁰⁰⁸ *South Carolina Insurance Co. v Assurantie Maatschappij 'De Zeeen Provinciën' N.V.* [1987] 1 A.C. 24. En appel [1986] QB 348. Sur cette affaire, Note, *L.Q.R.*, 157. V. également *Sneath Kline & French Laboratories Ltd v Bloch* [1983] 1 WLR 730, [1983] 2 All ER 72 (la Cour applique la jurisprudence *Castanho*).

¹⁰⁰⁹ La procédure américaine s'appuyait sur le 28 U.S.C. 1782, qui permet de demander au juge américain d'ordonner la production de documents à l'appui d'une procédure étrangère. V. sur cette disposition, H. SMIT, "American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals: Section 1782 of Title 28 of the U.S.C. Revisited", *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 1998, 1 e.s.

procédures, la Cour réaffirma qu'une injonction pouvait être accordée à l'encontre d'une partie qui a saisi un for autre que le for naturel.¹⁰¹⁰

Au total, la jurisprudence de cette époque, partagée entre la réserve traditionnelle et le libéralisme prôné par *Castanho*, trahit un certain flottement. L'indécision sera définitivement levée en 1987 dans l'affaire *Aérospatiale*, qui inaugure un retour aux sources.

C. De *Aérospatiale* à *Airbus* : un retour aux sources

227. **La fin du jumelage entre le *stay* et l'injonction** - Dès 1987 la Chambre des Lords profita de l'affaire *Aérospatiale* pour trancher définitivement le cordon ombilical qui unissait encore l'injonction et l'exception du *forum non conveniens* – encore en formation.¹⁰¹¹ Dans le même temps, cette décision inaugurerait un retour à la traditionnelle réserve confinant l'injonction aux situations les plus exceptionnelles. Une fois encore, c'est une catastrophe aérienne qui avait généré une pluralité de procédures. En l'espèce, un accident d'hélicoptère dans le sultanat de Brunei avait entraîné la mort d'un homme d'affaire. Sa veuve tenta d'obtenir réparation auprès des tribunaux du Brunei. Elle n'en resta cependant pas là puisque ses avocats saisirent également les tribunaux français et texans. C'est évidemment contre cette dernière procédure qu'*Aérospatiale* cherchait à se protéger, l'entreprise redoutant la générosité des jurys américains. Les tribunaux du Brunei refusèrent cependant d'interdire la poursuite de la procédure texane, en se fondant sur la jurisprudence *Castanho*.¹⁰¹² Le *Privy Council*, siégeant en dernière instance, réforma la décision.¹⁰¹³

Lord Goff s'en prit tout d'abord au jumelage de l'injonction avec le 'stay'.¹⁰¹⁴ Il lui fut facile de démontrer que l'approche plus souple adoptée par les tribunaux anglais pour le 'stay' ne pouvait être appliquée à l'injonction sans risquer de mettre en danger l'équilibre entre nations.¹⁰¹⁵ Intégrant les avancées du *forum non conveniens*, il proposa une approche en

¹⁰¹⁰ Selon la Cour, "[...] where one party has brought proceedings against another party in a foreign court which is not the forum conveniens for the trial of the dispute between them [...]". Et la Cour d'ajouter plus loin que "The Court nevertheless has power to restrain him from continuing his foreign proceedings on the ground that there is another forum in which it is more appropriate, in the interests of justice, that the dispute between the parties should be tried" ([1987] 1 A.C. 24, 40). En l'espèce la Chambre des Lords réforma l'injonction.

¹⁰¹¹ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, [1987] 3 All. E.R. 510 (P.C.). Sur cette décision, v. les notes de A. BRIGGS, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1987, 391 et de A. KUNZLIK, *C.L.J.*, 1987, 407.

¹⁰¹² L'injonction fut refusée en particulier pour éviter de priver la demanderesse des avantages qu'elle pouvait légitimement attendre de la justice texane et notamment du pacte de *quorum litis* avec ses avocats.

¹⁰¹³ Le *Privy Council* est l'émanation judiciaire du Conseil privé du monarque anglais. Il exerce encore aujourd'hui la fonction de Cour Suprême pour de nombreuses juridictions de l'ancien empire anglais.

¹⁰¹⁴ V. du même juge la décision dans l'affaire déjà *Bank of Tokyo Ltd v Karoon* [1987] 1 A.C. 59, 62-63 (C.A.) (le juge Goff s'attache à démontrer dans cette décision, même si c'est à mots couverts, qu'il est artificiel de vouloir lier les deux mécanismes). Le rôle de Lord Goff dans l'évolution de la jurisprudence en matière de droit judiciaire international est remarquable. Après avoir été élevé à la pairie et à la Chambre de Lords, il a écrit les opinions décisives dans les affaires *Aérospatiale*, *Spiliada* et *Airbus* qui ont donné leur forme actuelle au *forum non conveniens* et à l'injonction *anti-suit*.

¹⁰¹⁵ Commentant l'approche de Lord Scarman, Lord Goff observe que "Their Lordships cannot think that this is right. [...] it leads to the conclusion that, in a case where there is simply a difference of view between the English court and the foreign court as to which is the natural forum, the English court can arrogate to itself, by the grant of an injunction, the power to resolve that dispute. [...] with all respect, such a conclusion appears to their Lordships to be inconsistent with comity, and indeed to disregard the fundamental requirement that an injunction will only be granted where the ends of justice so require" (*Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, 895).

deux temps pour apprécier le bien-fondé de l'interdiction de procéder. Dans un premier temps, le juge devra vérifier que le for anglais constitue bel et bien le 'forum conveniens' tel que défini dans la jurisprudence *Spiliada*. Cette circonstance ne suffit cependant pas à elle seule pour justifier l'interdiction de procéder. Encore faudra-t-il, ajouta le juge, démontrer l'existence d'un abus ou d'une intention de nuire dans le chef du demandeur à l'étranger.¹⁰¹⁶ On en revient donc aux origines de l'injonction comme remède équitable visant à combattre l'injustice née d'une saisine abusive.¹⁰¹⁷ Lord Goff indiqua d'ailleurs que la jurisprudence ancienne conserve toute sa valeur pour l'interprétation du caractère 'vexatoire et oppressif' de la procédure étrangère.¹⁰¹⁸

La plus haute juridiction a ainsi mis un frein à la généralisation de l'injonction à laquelle *Castanho* ouvrait la porte.¹⁰¹⁹ Comme le note très justement M. Nuyts, il ne suffit plus pour justifier l'injonction *anti-suit*, que le for de l'injonction soit mieux placé que le for étranger pour connaître de la cause.¹⁰²⁰ Il n'est pas sans intérêt de noter que le revirement opéré par *Aérospatiale* se justifiait par le souci des juges anglais de ne pas porter atteinte à l'équilibre des relations internationales et en particulier à la fameuse courtoisie internationale ('*comity*').¹⁰²¹ En l'espèce la Cour approuva toutefois la décision ordonnant au défendeur d'abandonner la procédure texane, le Brunei constituant le for naturel de la cause puisque l'accident y avait eu lieu et que la victime et la demanderesse y résidaient. La Cour conclut – sans doute un peu vite –¹⁰²² au caractère vexatoire de la procédure texane en raison de l'impossibilité pour *Aérospatiale* d'y intenter une action récursoire contre la société malaisienne propriétaire de l'appareil, alors que les tribunaux du Brunei pouvaient prendre connaissance de l'entière du litige.

¹⁰¹⁶ Selon Lord Goff, "[...] the [...] court will, generally speaking, only restrain the plaintiff from pursuing proceedings in the foreign court if such pursuit would be vexatious or oppressive. This presupposes that, as a general rule, the [...] court must conclude that it provides the natural forum for the trial of the action; and further, since the court is concerned with the ends of justice, that account must be taken not only of injustice to the defendant if the plaintiff is allowed to pursue the foreign proceedings, but also of injustice to the plaintiff if he is not allowed to do so" (*Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, 896).

¹⁰¹⁷ Les mêmes principes sont applicables en droit écossais, v. *Shell UK Exploration and Production Ltd. v Imres*, 1995 STL 807, 814 (1994 Outer House) (après avoir rappelé la teneur de la décision *Aérospatiale*, le juge Abernethy décide que "that statement is also a correct statement of the law of Scotland").

¹⁰¹⁸ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, 896, [1987] 3 All. E.R. 510, 522 ("The long line of English cases concerned with injunctions restraining foreign proceedings still provide useful guidance on the circumstances in which injunctions must be granted [...]").

¹⁰¹⁹ M. Carter parle à ce propos de "salutary restriction upon the availability of anti-suit relief in the great majority of cases", (P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 10). Dans son entreprise de prévention radicale des conflits de procédures au sein de l'espace judiciaire européen, M. Radish a toutefois proposé de retenir une solution qui s'apparente à celle rejetée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Aérospatiale* : son modèle de 'tolérance zero' de ces conflits veut en effet que le tribunal fédéral saisi d'un litige également pendant devant un tribunal d'un Etat, surseoit à statuer lorsqu'il n'interdit pas la procédure concurrente et inversement, de manière à ne laisser aucune place à la concurrence de procédures (M. A. REDISH, "Intersystemic Redundancy and Federal Court Power : Proposing a Zero Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem", *Notre Dame L. Rev.*, 2000, (1347), 1361 : "[...] under the zero tolerance model a federal court's refusal to stay its own proceedings automatically requires that court to enjoin the state action. On the other hand, a federal court's decision to stay its own proceedings necessarily implies that the parallel state action may continue"). V. les critiques de S. B. BURBANK, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 229.

¹⁰²⁰ A. NUYTS, 384, n° 358.

¹⁰²¹ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kwi Jak and another* [1987] A.C. 871, 895, [1987] 3 All. E.R. 510, 522 (Lord Goff). V. également J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad : The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, (205), 212 ("The consideration underlying this decision [*Aérospatiale*] was that such a wide approach towards restraining foreign proceedings appeared to their Lordships to be inconsistent with comity").

¹⁰²² V. les critiques de P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 9 ("It was perhaps less obvious that to allow the Texas action to continue would be vexatious or oppressive").

228. **Confirmation de l'approche restrictive – l'affaire *Airbus*** - Les tribunaux anglais ne se sont plus départis par la suite de l'approche restrictive adopté dans l'affaire *Aéropatiale* – même si celle-ci n'a apparemment eu aucune influence sur la possibilité de recourir à l'injonction dans des situations particulières et notamment lorsque les parties ont choisi contractuellement le for anglais (*supra*, n° 165), ou que celui-ci entend protéger l'intégrité d'une procédure portant sur la patrimoine d'une personne.

La Chambre des Lords a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence dans l'affaire *Airbus* déjà évoquée, qui concernait une autre catastrophe aérienne.¹⁰²³ En l'espèce l'avion s'était écrasé en Inde, où diverses procédures étaient en cours. L'injonction sollicitée visait à obliger les victimes à s'en remettre au tribunal du lieu de l'accident. Comme il a déjà été indiqué, la Chambre des Lords a à cette occasion accepté que le juge anglais puisse, par le biais de l'injonction, s'ériger en arbitre d'un conflit opposant deux tribunaux étrangers. Cet élargissement de la portée de l'injonction, que la Cour s'est empressée de réserver aux situations les plus exceptionnelles, a nécessité une modification des principes en vigueur depuis la décision *Aéropatiale* puisque par hypothèse, lorsqu'il départage deux procédures étrangères concurrentes, le tribunal anglais ne sera pas le for naturel de la cause. La Cour a dès lors modifié la première partie du test en substituant à la condition du for naturel celle de l'existence dans le chef du for de l'injonction d'un 'intérêt suffisant' – notion plus large, mais aussi plus vague.¹⁰²⁴ Pour le reste, la Cour s'en est tenue au traditionnel caractère 'vexatoire ou oppressif' de la procédure étrangère.¹⁰²⁵ En d'autres termes, la jurisprudence du siècle dernier, qui réservait l'injonction aux cas d'abus les plus flagrants, conserve toute sa valeur.

D. Conclusion : l'injonction *anti-suit* comme sanction exceptionnelle des conflits de procédures

229. **Un rééquilibrage entre demandeur et défendeur** - Que conclure au terme de cette évolution? Il faut tout d'abord constater que le lien entre l'injonction et l'exception de for non approprié a été définitivement rompu. Il n'est plus question aujourd'hui de maintenir le parallélisme (artificiel) entre les deux mécanismes, et d'appliquer à l'interdiction de procéder le même traitement qu'à l'exception. Est-ce à dire qu'on en est revenu à la traditionnelle présomption en faveur du demandeur? On pourrait le croire au vu du retour en force du critère de l'abus, qui laisse présager une lourde charge de la preuve pour le défendeur à l'étranger désireux d'obtenir la cessation de la procédure étrangère.

Il ne faut cependant pas oublier que le test conditionnant l'octroi de l'injonction se compose dorénavant de deux parties et que la première a manifestement servi à rééquilibrer la balance entre les intérêts des deux parties : il n'est pas question pour le for de l'injonction d'accepter, sans autre examen, l'allégation du demandeur selon laquelle le

¹⁰²³ *Airbus Industrie GIE v Jaisukh Arjun Bhai Patel and others* [1999] A.C. 119, [1998] 2 All.E.R. 257, [1998] 2 W.L.R. 68 6, [1998] 1 Lloyd's Rep 631, (1998) 37 I.L.M. 1076 (H.L.) (v. aussi dans la même affaire : *Airbus Industrie GIE v Patel and others*, [1997] 2 Lloyd's Rep 8, [1997] I.L.Pr. 230 (C.A.) et en première instance, *Airbus Industries GIE v Patel*, [1996] I.L.Pr 465 (Q.B)).

¹⁰²⁴ En l'espèce les tribunaux anglais n'avaient pas selon la Cour un intérêt suffisant pour régler le conflit entre les deux tribunaux. Sur l'interprétation de cette condition, v. S. MALES, "Comity and anti-suit injunctions", *Lloyd's MCLQ*, 1998, (543), 54X. Logiquement la condition de l'intérêt suffisant ne se posera pas lorsque le tribunal anglais constitue le for 'naturel' de la cause.

¹⁰²⁵ Les juges ont toutefois expressément réservé l'hypothèse particulière où l'injonction vise à réprimer la violation d'une convention de juridiction, sur cette hypothèse v. *supra* n° 165 e.s.

for étranger doit nécessairement s'effacer devant la procédure anglaise dont il usurpe le titre naturel. Le juge anglais (et écossais)¹⁰²⁶ devra d'abord vérifier qu'il possède un titre légitime à vouloir revendiquer le monopole de la procédure, en soumettant le choix par le demandeur du for anglais à un examen critique à la lumière de la jurisprudence *Spiliada*. En intégrant les principes du *forum non conveniens* dans l'appréciation de la légitimité de l'injonction, la Chambre des Lords a rétabli l'équilibre entre le demandeur et le défendeur. Ce n'est que lorsqu'il peut légitimement prétendre exercer une emprise naturelle sur la cause que le for anglais pourra envisager de rappeler le défendeur à l'ordre. Il ne le fera que s'il est démontré que le comportement de ce dernier est manifestement abusif.

230. Le critère de l'abus et les procédures concurrentes - La simple circonstance que le for de l'injonction soit mieux placé pour connaître de la cause que le for étranger ne suffit en effet pas pour justifier l'octroi de l'injonction. Le juge anglais devra dans un *deuxième temps* déterminer si la conduite de la procédure étrangère peut être qualifiée de manoeuvre *vexatoire et abusive*. Il faut avouer d'emblée que ce concept pour le moins vague ne se laisse pas définir de façon exhaustive, les tribunaux s'y refusent d'ailleurs de peur de limiter par trop leur pouvoir d'appréciation.¹⁰²⁷ La jurisprudence permet toutefois de distinguer certaines règles générales. Il semble ainsi qu'on puisse plus facilement parler d'abus lorsque la procédure étrangère procède d'une violation d'une convention de juridiction.¹⁰²⁸

En dehors de cette hypothèse particulière, le recours à l'injonction pour réprimer une procédure étrangère concurrente nécessite la preuve d'éléments qui vont au-delà du simple parallélisme de procédures. On s'accorde en effet pour reconnaître que la simple circonstance que la procédure étrangère constitue un doublon de la procédure du for, ne suffit pas à justifier la mesure d'interdiction.¹⁰²⁹ On doit voir là une traduction de la plus

¹⁰²⁶ *Shell UK Exploration and Production Ltd. v Imes*, 1995 STL 807, 814-815 (1994 Outer House) (la Cour confirme que le juge écossais ne peut avoir recours à l'injonction que pour autant qu'il constitue le for naturel de la cause).

¹⁰²⁷ *Supra*, note 944.

¹⁰²⁸ Dans ce cas, l'abus est quasiment présumé, *cfr. supra*, n° 165 e.s.

¹⁰²⁹ Ainsi *M. Males* observe-t-il "the absence of any presumption that multiple actions are necessarily vexatious", *S. MALES, l.c., Lloyd's M.C.L.Q.* 1998, (543), 546. Il poursuit en notant que "It may be vexatious and oppressive to commence proceedings in respect of the same subject matter both in this country and abroad, but that will not necessarily be so. The English court has declined to intervene where, even though the cause of action in the two jurisdictions is the same, different procedures or different remedies may be available in the foreign court [...]" (545-546).

Cette analyse est partagée par de nombreux observateurs : L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum Non Conveniens und International Comity. Eine Analyse der US-amerikanischen und englischen Rechtsprechung nach *Gau Shan v Bankers Trust* und *Barclays Bank v Hornar*", *R.I.W.*, 1993, (802), 805 ("Das englische recht steht einer doppelten Prozessführung im internationalen Rahmen nicht entgegen vorausgesetzt dies sei weder Schikanös noch belastend"); A. BRIGGS, "Restraint of Foreign Proceedings", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1988, (391), 394 ("the onus of proof which is required [...] is the high one of vexation or oppression. This is not satisfied simply by showing that [...] there would be otherwise a multiplicity of proceedings", et plus loin "Certainly it is not oppressive or vexatious simply for two actions to be prosecuted in two fora", p. 397); S. CROMIE e.a., *International Commercial Litigation*, London, Butterworths, 1997, 439 ("The mere continuation of proceedings in what is, ex hypothesi, not the appropriate forum, is not oppressive").

La Haute Cour australienne a fait sienne cette analyse dans l'affaire *C.S.R. Ltd. v Cigna Insurance Australia Ltd. et al.*, 146 ALR 402, 434-435, (1997) 189 CLR 345 ("[...] the mere coexistence of proceedings in different countries does not constitute vexation or oppression" et plus loin "[...] neither principle nor authority supports the view that foreign proceedings become vexatious or oppressive [...] in the event that the party against whom they are brought later commences proceedings with respect to the same subject matter in this country". En l'espèce la Haute Cour cassa l'injonction visant une procédure américaine parce que celle-ci permettait au demandeur d'obtenir d'autres remèdes, et notamment le fameux 'treble damages', que ceux offerts par le droit australien. Il n'y avait donc pas comportement abusif. V. la note critique de A. BRIGGS, "Self-Restraint in the High Court of Australia", *L.Q.R.*, 1998, 28-33 et les commentaires de A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping,

grande tolérance des juridictions anglaises à l'égard des procédures concurrentes (*supra* n° 9).

Il en ira seulement autrement lorsque les deux procédures sont le fait d'une seule et même partie. Dans ce cas, l'existence d'un abus dans le chef du demandeur est quasiment présumée – un revirement remarquable par rapport aux premières décisions.¹⁰³⁰ En dehors de ces hypothèses spécifiques, le défendeur à l'étranger devra apporter la preuve de circonstances particulières, qui démontrent l'existence d'un abus. Il faudra par exemple qu'il montre que la procédure étrangère vise uniquement à le harceler, ou n'a été introduite que pour des raisons purement tactiques, par exemple lorsqu'elle est intentée bien après le début de la procédure anglaise, dans un for à la compétence manifestement exorbitante.¹⁰³¹ Dans l'affaire *Airbus*, la Cour d'Appel a ainsi mis l'accent sur une série de circonstances qui, considérées dans leur ensemble, permettaient selon les juges de conclure au caractère vexatoire de la procédure texane : compétence exorbitante du tribunal texan, absence de volonté des tribunaux texans de considérer une exception de *forum non conveniens*, application par ces tribunaux de la *lex fori* dénuée de tout lien avec la cause, responsabilité objective en matière délictuelle, difficulté pour Airbus de se retourner contre d'autres parties faute de compétence, etc.¹⁰³²

Au-delà de ces quelques principes généraux, tout est affaire de circonstances et l'on ne saurait s'enfermer dans des règles trop précises.¹⁰³³ Ce qu'il importe de constater c'est que l'injonction est réservée à des hypothèses proprement *exceptionnelles*. Cette réticence à intervenir en interdisant la procédure étrangère n'est toutefois pas la copie exacte de la position réservée des tribunaux au 19^{ème} siècle. A l'origine l'hésitation s'expliquait

Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l L.*, 1997, 314 e.s. En matière de *forum non conveniens* toutefois, la Cour Suprême d'Australie a donné une interprétation plus souple au test du caractère vexatoire et oppressif, à telle enseigne que M^{me} Briggs et Rees notent que selon cette jurisprudence, "if the plaintiff has commenced proceedings in the forum, it is oppressive and/or vexatious for the defendant to institute proceedings in a foreign court which will duplicate the first set of proceedings" (BRIGGS et REES, 1997, 273, qui renvoient à la jurisprudence *Henry v Henry*, *supra*, n° 219).

¹⁰³⁰ La *Chancery Division* a confirmé en 1989 la position plus sévère des tribunaux à l'égard du double demandeur : "Where a plaintiff seeks to pursue the same defendant in two jurisdictions in relation to the same subject matter, the proceedings verge on the vexatious" : *Australian Commercial v ANZ Bank*, [1989] 3 All ER 69; en l'espèce il s'agissait d'une demande de dessaisissement et non d'un demande d'injonction. V. également Dicey et Morris, 10^{ème} éd., 251 : "it is not likely [...] that the court will allow, except in very unusual circumstances, the continuance of proceedings by the same plaintiff against the same defendant for the same cause of action in two different jurisdictions". A voir BRIGGS et REES, 1997, 272, n° 5.30 ("Vexation' may exist if [...] the plaintiff sues in two courts at the same time when there is no real or tangible advantage to the overseas plaintiff").

La position semble être la même en Australie, v. *C.S.R. Ltd v Cigna Insurance Australia Ltd et al.*, 146 ALR 402, 434, (1997) 189 CLR 345 ("[...] foreign proceedings are to be viewed as vexatious or oppressive only if there is nothing which can be gained by them over and above what may be gained in local proceedings. On the other hand, they are vexatious or oppressive if there is a complete correspondence between the proceedings or [...] if complete relief is available in the local proceedings").

¹⁰³¹ Au siècle dernier, la jurisprudence avait donné quelques exemples d'une action vexatoire : "pure vexation occurs when the proceedings are so utterly absurd that they cannot possibly succeed. Another occurs when the plaintiff, not intending to annoy or harass the defendant, but thinking he could get some fanciful advantage, sues him in two courts at the same time", *Pennian Guano Co v Bodevoldt* (1883) 23 Ch.D. 225, 230.

¹⁰³² V. l'analyse par A. BRIGGS, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 99-100. La Chambre des Lords n'a pas eu à se prononcer sur cet aspect de l'affaire puisqu'elle a décidé que le tribunal anglais ne possédait pas un intérêt suffisant pour user de son pouvoir d'injonction. En l'espèce il n'y avait cependant pas de réel conflit de procédures, le juge anglais n'étant pas saisi au fond.

¹⁰³³ M. Males tente toutefois de décrire les circonstances dans lesquelles une procédure peut être considérée comme vexatoire : "where the jurisdiction asserted by the foreign court has been so wide and extraterritorial as to be contrary to accepted principles of international law; where the judicial or legislative policies of England and the foreign court are so at variance that normal considerations of comity are overridden; or where the plaintiff has resorted to foreign proceedings in order to evade important public policies of the English jurisdiction" (*l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, (543) 546).

surtout par le souci de ne pas intervenir dans le choix du for du demandeur, qui bénéficiait d'une présomption de validité et de légitimité. Si les tribunaux font preuve d'une même réserve aujourd'hui, la *raison* de cette réticence a toutefois changé : il ne s'agit plus tellement de protéger le demandeur, mais bien de ne pas porter atteinte à la courtoisie internationale. Cette nouvelle justification a notamment été mise en exergue par Lord Goff dans l'affaire *Airbus*, dans laquelle il rappelle fort opportunément que le tribunal étranger dont la procédure est visée, peut prendre offense de la volonté du for de l'injonction de faire cesser cette procédure.

231. Une relative indifférence à la concurrence de procédures - Ce qu'il importe de retenir pour notre étude, c'est que l'injustice à laquelle l'injonction vise à mettre fin ne tient pas, comme on pourrait s'y attendre, au dédoublement de procédures en tant que tel. Les inconvénients liés à la concurrence de procédure n'apparaissent pas à eux seuls décisifs pour justifier l'injonction. Si le juge anglais se permet d'intervenir, c'est parce que certaines circonstances particulières propres à la conduite de la procédure étrangère l'autorisent à conclure au caractère abusif de la saisine du juge étranger, indépendamment de l'existence d'une dualité de procédures.

Cette analyse est confirmée par la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Du Port de Nemours*.¹⁰³⁴ La célèbre entreprise américaine tentait en l'espèce d'obtenir de ses assureurs compensation pour un jugement américain la condamnant à d'importants dommages et intérêts au profit d'un patient - dont on avait dû amputer les deux jambes suite à une réaction provoquée par un médicament fabriqué par l'entreprise pharmaceutique. Une fois assigné devant les tribunaux anglais, les assureurs s'empressèrent d'ouvrir un second front en saisissant les tribunaux de l'Illinois. La Cour refusa toutefois de leur ordonner d'abandonner cette procédure. Elle reconnut certes qu'il pouvait être difficile, voire vexatoire, pour une partie de devoir se défendre simultanément devant deux tribunaux.¹⁰³⁵ Elle constata toutefois qu'en l'espèce le demandeur n'avait pas apporté la preuve du caractère abusif de la procédure américaine. Il s'était contenté de montrer que le for anglais était *forum conveniens*, ce qui ne suffisait pas pour justifier l'interdiction de procéder.

Cette affaire montre bien que le mécanisme de l'injonction est relativement indifférent à l'existence d'une concurrence de procédures, qui n'est pas considérée comme une injustice en soi.¹⁰³⁶ Cette constatation - que l'on fera également à propos de la doctrine du *forum non conveniens* - constitue un important bémol à la vocation de l'injonction *anti-suit* comme instrument de régulation des conflits de procédures. On va voir que l'on peut faire la même constatation à l'égard d'une partie de la jurisprudence américaine.

¹⁰³⁴ *E. I. Du Port de Nemours & Co et al. v I. C. Agnew et al. (No 2)* [1988] 2 Lloyd's Rep. 240.

¹⁰³⁵ "It may be oppressive to a party - for a variety of reasons - if a dispute is litigated in several jurisdictions", *E. I. Du Port de Nemours & Co et al. v I. C. Agnew et al. (No 2)* [1988] 2 Lloyd's Rep. 240, 243.

¹⁰³⁶ La même constatation vaut pour le droit écossais, v. *Shell UK Exploration and Production Ltd. v Imres*, 1995 STL 807, 823 (1994 Outer House) (pour déterminer si la conduite d'une procédure aux Etats-Unis constitue une injustice, le juge Abernethy prend en compte une série de facteurs, parmi lesquels le fait que le litige a donné lieu à un série de procédures concurrentes. Il y voit "an element of injustice", en particulier parce qu'il ne semble pas possible de joindre les différentes procédures. Cet élément n'est toutefois pas décisif en lui-même, il vient à l'appui de 11 autres pour justifier la nature abusive de la procédure américaine).

2. L'INTERDICTION DE PROCEDER EN DROIT AMERICAIN

232. Généralités - Tout comme leurs collègues anglais, les tribunaux américains fondent leur pouvoir d'injonction sur leur juridiction d'équité. Jusqu'à une période récente, ce pouvoir n'était que rarement mis à profit dans des espèces véritablement internationales. Comme l'on pouvait s'y attendre, l'interdiction de procéder a toutefois trouvé un terrain d'action privilégié au sein de l'espace judiciaire américain. Selon un schéma maintes fois éprouvé, les règles dégagées pour ces espèces ont servi de modèle pour les affaires mettant en jeu une procédure étrangère. Pour la commodité de l'exposé, on peut diviser l'évolution de la jurisprudence en trois périodes.

A. Les origines : doutes sur la constitutionnalité

233. La timidité des premières décisions - A l'origine on a pu douter de la compatibilité de l'injonction *anti-suit* avec la loyauté fédérale et en particulier avec la clause du *Full Faith and Credit* de la Constitution. Certains tribunaux voyaient en effet dans cette utilisation particulière du pouvoir d'injonction une atteinte à la courtoisie s'imposant entre tribunaux souverains.¹⁰³⁷ La jurisprudence se permettait toutefois, dans des circonstances jugées exceptionnelles, de passer outre les impératifs de la courtoisie pour interdire une procédure pendante dans un autre Etat.¹⁰³⁸ Dans les rares cas où elle a été accordée, l'injonction visait à protéger certaines compétences du for de l'injonction. Dans une affaire tranchée en 1867, un créancier hypothécaire tentait ainsi d'obtenir paiement de son dû devant les tribunaux de New York. Une fois assigné, le débiteur s'empressa de demander aux tribunaux du Vermont de prononcer la nullité de l'hypothèque. Tout en rendant hommage à l'interdiction de principe de l'injonction entre Etats américains, les juges new yorkais admirèrent en l'espèce la nécessité d'une exception à la règle générale pour sanctionner la tentative de fraude du débiteur.¹⁰³⁹

234. La Cour Suprême ouvre la voie à l'interdiction de procéder au sein de l'espace judiciaire américain - Il fallu attendre 1890 pour que la Cour Suprême lève les derniers doutes sur la constitutionnalité de l'interdiction de procéder.¹⁰⁴⁰ Dans l'affaire qui lui était soumise, un créancier avait appris que son débiteur allait prochainement faire aveu de faillite. Désireux d'échapper à la dure loi du concours, le créancier, établi comme le débiteur au Massachusetts, céda sa créance à un homme de paille new yorkais. Celui-ci assigna devant les tribunaux de son domicile un tiers qui était redevable d'une forte somme au débiteur. La faillite de ce dernier une fois ouverte, les curateurs obtinrent des tribunaux du Massachusetts qu'ils ordonnent l'abandon de la procédure new yorkaise

¹⁰³⁷ *Mead v Merritt and Peck*, 2 Paige (N.Y.) 402, 405 (1831) ("Not only comity, but public policy forbids the exercise of such a power"). V. aussi *Williams v Aynault* (1860) 31 Barb. (N.Y.) 364; *Bidenell v Field*, 8 Paige (N.Y.) 439 (1840); *Hammond v Baker*, 5 N.Y. Super. Ct. (3 Sandf.) (1851); *Harris v Pullman* (1876) 84 Ill. 20; *Lockwood v Nye* (Tenn. 1852) 2 Swan. 515.

¹⁰³⁸ P.ex. *Burgess v Smith*, 2 Barb. Ch. (N.Y.) 276, 280 (1874) ("[...] it must be a very special case which will induce [the court] to break over the rule of comity, and of policy, which forbids the granting of an injunction to stay the proceedings in a suit, which has already been commenced in a court of competent jurisdiction in a sister state"); *Debon v Foster* (1862) 86 Mass. 545; *Angle v Scheuerman* (1869) 40 Ga. 206; *Miller v Gittings* (1897) 85 Md. 601, 37 Atl. 372; *Claffin & Co v Hamlin* (1881) 62 How Pr. 284; *Kittle v Kittle* (1878) 8 Daly. 72.

¹⁰³⁹ *Vail v Knapp* (1867) 49 Barb. 299, 305 : "[...] yet there are exceptions to this rule, and when a case is presented, fairly constituting such exception, extreme delicacy should not deter the court from controlling the conduct of a party within its jurisdiction to prevent oppression and fraud. No rule of comity or public policy forbids it".

¹⁰⁴⁰ *Cole v Cunningham*, 133 U.S. 107, 10 S. Ct. 269, 33 L. Ed. 538 (1890).

jugée frauduleuse. La Cour Suprême confirma à cette occasion que la Constitution ne s'opposait pas à une telle mesure, en décidant que :

“Ne constitue pas une violation de la règle du ‘full faith and credit’ une décision d’un tribunal du Massachusetts ordonnant aux citoyens de cet Etat l’abandon d’une procédure de saisie dont ils ont saisi les tribunaux new yorkais en vue d’échapper à l’application de la loi de leur domicile”.¹⁰⁴¹

Cette décision, fortement critiquée par une minorité de juges,¹⁰⁴² ouvrit la voie à l’injonction entre tribunaux d’états différents. Entre tribunaux fédéraux et étatiques, l’absence de hiérarchie et la loyauté fédérale interdisaient toutefois le recours à l’injonction. Cette interdiction, qui subsiste encore aujourd’hui, a d’ailleurs très tôt été consacrée par le législateur.¹⁰⁴³

Une fois l’obstacle constitutionnel levé,¹⁰⁴⁴ encore fallait-il s’entendre sur les circonstances justifiant l’octroi d’une injonction.¹⁰⁴⁵ La jurisprudence s’y est employée dans une deuxième période.

B. L’injonction comme remède aux conflits de procédures

235. Une jurisprudence plus sévère à l’égard du demandeur - Dès le départ, les tribunaux américains ont marqué moins d’hésitation à recourir à l’injonction que leurs collègues anglais. De nombreuses – et anciennes – décisions s’autorisent à intervenir pour ordonner à une partie d’abandonner une procédure lorsqu’elle constitue la simple copie d’une procédure dont cette même partie a saisi le for. Cette simple circonstance

¹⁰⁴¹ “A decree of the [Court] of Massachusetts restraining citizen of that Commonwealth from the prosecution of attachment suits in New York brought by them for the purpose of evading the laws of their domicil, is not void as being in violation of [the full faith and credit clause]”.

¹⁰⁴² Trois juges se sont désolidarisés de cette décision en soulignant le caractère anti-constitutionnel de l’injonction. Selon Justice Miller, la *Full Faith and Credit Clause* interdisait à un tribunal d’interférer avec une procédure pendante devant un autre, la clause s’appliquant aussi bien à une procédure achevée qu’à une procédure simplement pendante : “The meaning of [the Full Faith and Credit Clause] is to prevent conflicts between courts of different states, over the same matters, by establishing the rule that whatever is done or decided in one State shall be respected in every other State [...]”. M. *Bermann* rejoindra plus tard les doutes dont ces juges se faisaient l’écho, sur la justesse de cette décision, en écrivant que « [...] sister-state anti-suit injunctions plausibly constitue just the sort of denial of the full faith and credit to ‘Judicial Proceedings’ in courts of other states that the Clause means to forbid [...] » (I.c., *Columbia J. Transnat. L.*, 1990, 599).

¹⁰⁴³ C’est le fameux ‘Anti Suit Injunction Act’. La première version de cette législation date du 2 mars 1793 (ch. 22, § 5, 1 Stat. 35 - “No writ of injunction shall be granted to stay proceedings in any court of a state”). Aujourd’hui cette disposition figure au 28 U.S.C. 2283. Sur l’histoire de l’*Anti Suit Injunction Act*, v. l’étude de MM. DURFEE et SLOSS, “Federal Injunctions against Proceedings in State Courts : the Life History of a Statute”, *Mich. L. Rev.*, 1932, 1145-1169 ainsi que celle de MM. TAYLOR et WILLIS, “The Power of Federal Courts to Enjoin Proceedings in State Courts”, *Yale L. J.*, 1933, 1169-1197 et de M. MAYTON, “Ersatz Federalism under the Anti Injunction Statute”, *Colum. L. Rev.*, 1978, 320 e.s. La Cour Suprême a eu l’occasion de préciser que cette législation était fondée sur la “fundamental constitutional independence of the State and their courts”, *Atlantic Coast Line R. R. v Brotherhood of Locomotive Engrs.*, 398 U.S. 281, 287 (1970). V. également Note, “Anti Suit Injunctions Between State and Federal Courts”, *U. Chi. L. Rev.*, 1965, 471 e.s. Cette législation tolère quelques exceptions à l’interdiction du recours à l’injonction, v. p. ex. *Chick Kam Choo v Exxon Corporation*, 486 U.S. 140 (1988) et *Donovan v City of Dallas*, 377 U.S. 408 (1964) et en général, WARREN, “Federal and State Courts Interference”, *Harvard L. Rev.*, 1930, 345 e.s. Sur cette question, *infra*, n° 340.

¹⁰⁴⁴ Cf. toutefois *infra* l’affaire *Baker v GM Motors*, qui pourrait bien inaugurer un revirement de la jurisprudence constitutionnelle à propos de l’injonction *anti-suit*.

¹⁰⁴⁵ V. en général R. POUND, “The Progress of Law – Equity”, *Harvard L. Rev.*, 1920, (420), 425-428 ainsi que G. BERMANN, I.c., *Columbia J. Trans. L.*, 1990, (589), 595-597.

suffisait, semble-t-il, à rendre la procédure étrangère vexatoire et à justifier dès lors l'injonction.¹⁰⁴⁶

L'affaire *Gaurt* illustre bien cette moindre réticence à passer outre le choix du for du demandeur. En l'espèce, une entreprise new yorkaise, *Nemours Trading*, cherchait à récupérer une importante somme dont son agent lui était redevable.¹⁰⁴⁷ L'entreprise s'adressa d'abord aux tribunaux new yorkais et réitéra ensuite sa demande devant les tribunaux du Massachusetts, où elle espérait pouvoir se faire payer sur les titres d'une entreprise qui étaient la propriété de l'agent. Celui-ci constitua une garantie bancaire au profit de son adversaire pour satisfaire une éventuelle décision new-yorkaise et demanda ensuite l'interdiction de la seconde procédure. Les juges new yorkais lui donnèrent raison en soulignant le parallélisme exact entre les deux demandes qui rendait la seconde procédure vexatoire. Selon les juges, l'interdiction d'une procédure étrangère se justifiait parce que le for de l'injonction était lui-même déjà saisi d'une action "entre les mêmes parties et portant sur le même litige, dans laquelle le demandeur peut espérer obtenir pleine justice".¹⁰⁴⁸ Dans ces circonstances, poursuivit la Cour, l'institution d'une procédure étrangère "doit être considérée comme un harcèlement vexatoire de la partie étrangère, qui est contraire à l'équité et aux bonnes moeurs et justifie le recours au mécanisme de l'injonction"¹⁰⁴⁹

Cette jurisprudence se montre singulièrement plus sévère à l'égard du double demandeur que ne l'étaient les décisions anglaises de la même époque (*supra*, n° 217). Alors que les tribunaux anglais acceptaient alors de présumer que le demandeur avait un intérêt légitime à saisir le juge étranger, nonobstant l'existence d'une procédure en cours dans le for, les juges américains étaient bien plus prompts à déceler une tentative de fraude ou une manoeuvre dilatoire dans la saisine répétitive du juge étranger. Si le critère retenu est en apparence le même – le caractère vexatoire et abusif de la procédure étrangère – la signification attribuée à cette expression par les tribunaux américains dépasse les seules situations exceptionnelles d'abus et de harcèlement.

La règle n'était certes pas absolue, le juge conservant un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y avait lieu d'ordonner l'abandon de la seconde procédure. Ceci explique

¹⁰⁴⁶ P. ex. *White v Caxton Bookbinding Co*, 10 Civ. Pro. (N.Y.) 146 (1886); *Monumental Saving Assoc v Fentress*, 125 Fed. 812 (1903); *Old Dominion Copper Co v Bigelow*, 203 Mass. 159, 89 N.E. 193 (1909); *Home Insurance Co v Howell*, 24 N.J. Eq. 238 (1874); *United Cigarette Machine Co v Wright* (EDNC 1907), 156 Fed. 244; *Field v Hallbrook* (NY 1856) 3 Abb. Pr. 377; *Commercial Acetylene Co v Avery Lighting Co* (CC 1906) 152 Fed. 642; *aff'd* (7 C.C.A. 1908) 159 Fed. 935; *Gordon v Mum* (1910) 81 Kan. 536, 106 Pac. 286; *French v Hay*, 22 Wall. (U.S.) 250 (1874).

¹⁰⁴⁷ *Alfred C. Gaurt v Nemours Trading Corp. et al.*, 194 A.D. 668, 186 N.Y.S. 92 (1921 N.Y.S.C.).

¹⁰⁴⁸ "A court of equity has ample power to restrain the prosecution of an action in a foreign jurisdiction subsequently commenced, where there is an action pending in this State, between the same parties arising out of the same subject matter, in which full and adequate relief can be given" : 194 A.D.; 668, 671.

¹⁰⁴⁹ "Under such circumstances, the court views the commencement of the foreign action as a vexatious harassing of the opposite party, which is contrary to equity and good conscience, and will restrain the prosecution of the foreign action" : 194 A.D. 668, 671-672. V. également *Locomobile Company of America v American Bridge Corp.*, 80 A.D. 44, 80 N.Y.S. 288 (S.C.N.Y. 1903); *Eitel M. Colson v Naomi L. Pelgram*, 259 N.Y. 370, 182 N.E. 19 (C.A.N.Y. 1932); *Block & Co, Inc v Storm Printing Co*, 40 Ill. App. 3d 92, 351 N.E. 2d 271 (1976); *Carson v Durham*, 149 Mass. 52, 20 N.E. 312 (1889); *Allegheny & K.R. Co v Weidenfeld*, 5 Misc. 43, 25 N.Y.S. 71 (1893); *Connecticut Mutual Life Insurance Co v Merritt-Chapman & Scott Corp.*, 19 Del. Ch. 103, 163 A. 646 (1932).

Comp. Merritt-Chapman & Scott Corp. v Mutual Benefit Life Insurance Corp., 237 A.D. 70, 260 N.Y.S. 374, 379 (S.C.N.Y. 1932) (La Cour refuse l'injonction contre une procédure au New Jersey, elle note que cette procédure a été commencée avant celle du for, mais que cette circonstance à elle seule n'est pas décisive parce que la différence entre les deux procédures tient à une question de jours : "[...] mere precedence in point of time of serving process, in and of itself, is not of such controlling importance as to [...] warrant [a court] in issuing and injunction to frustrate pending litigation in another forum [...]").

d'ailleurs que dans certaines espèces, ce soit le tribunal second saisi qui ait pris l'initiative de paralyser la procédure concurrente, notamment lorsque le juge premier saisi ne pouvait prendre connaissance que d'une partie de la cause.¹⁰⁵⁰ Toujours est-il que ces premières décisions témoignent d'un plus grand interventionnisme des tribunaux, qui se refusaient à confiner l'injonction aux cas d'abus les plus flagrants – ce qui se comprend sans doute en raison du caractère interne des litiges.¹⁰⁵¹

236. Une plus grande sévérité même en dehors des procédures concurrentes -
En dehors de l'hypothèse particulière des conflits de procédure, la jurisprudence américaine faisait également preuve d'une plus grande souplesse dans l'interprétation du caractère 'oppressif et vexatoire' de la saisine du juge étranger.¹⁰⁵² Les tribunaux acceptaient ainsi d'ordonner l'abandon d'une procédure lorsque celle-ci avait été intentée en dehors du for naturel de la cause. L'abus qui justifiait l'intervention du tribunal, ne se déduisait alors pas tant des *mobiles subjectifs* qui animent le plaideur, mais bien des *circonstances objectives* de la cause qui rendaient la poursuite de la procédure étrangère désavantageuse pour un des adversaires et peu satisfaisante pour l'administration de la justice. Pour obtenir l'injonction, le défendeur à l'étranger devait montrer que le demandeur ne pouvait espérer retirer aucun avantage substantiel de la procédure

¹⁰⁵⁰ P. ex. *Peyton v Williams C. Peyton Corp.*, 21 Del. Ch. 229, 187 A. 849 (1936); *Air Products & Chemicals v Lummus Co.*, 43 Del. Ch. 429, 235 A. 2d 274 (1967); *Freick v Hirkely*, 141 N.W. 1096 (Minn. 1913).

¹⁰⁵¹ La doctrine de l'époque confirme que les procédures concurrentes constituaient une hypothèse type justifiant l'octroi d'une injonction, p.ex. Note, "Injunctions to Restrain Foreign Proceedings", *Harvard L. Rev.*, 1920, (92-94), 92 où l'annotateur observe que "Practically all courts are agreed today that a multiplicity of suits, if vexatious – and such is true in most instances – presents a fair case for the exercise of the [court's] discretion"; Note, "Enjoining Suits in Foreign Jurisdictions", *Columbia L. Rev.*, 1917, (328-330), 329 ("When a suit is already pending, [...] and one of the [parties] begins or threatens to begin in a foreign jurisdiction another suit against his adversary involving the same subject matter, the better view is that if full and complete relief is obtainable in the former action, he will be enjoined from instituting or proceeding with the foreign suit"). V. également dans la doctrine plus récente, E. DUMBAULD, *l.c.*, *Dickinson L. Rev.*, 1969-70, (369), 381 ("Injunctions against actions at law is also an incidental part of the jurisdiction exercised when a court of equity takes jurisdiction of a case in order to prevent multiplicity of suits"); D. RE, *Cases and Materials on Remedies*, Foundation Press, 1987, NY, 177 (selon qui l'hypothèse de la 'concurrent litigation' est la deuxième catégorie dans laquelle un tribunal peut enjoindre une partie – "If legal proceedings have already begun or must begin in the domestic forum, equity, to prevent concurrent litigation as to the same matter, will generally restrain the institution or continuance of foreign proceedings"); M. LEFLAR, selon qui "reasons given in support of such injunctions include the vexatious multiplicity of suits when similar action is already pending at the forum [...]" (R. LEFLAR, *American Conflicts Law*, Bobbs-Merrill Co., NY, 1977, 102, § 53); R. B. GINSBURG, "Judgments in Search of Full Faith and Credit : the Last-In-Time Rule for Conflicting Judgments", *Harvard L. Rev.*, 1969, (798), 823 ("Such injunctions have generally been based on [the determination that] maintenance of the action sought to be enjoined would constitute vexatious duplication or proliferation of litigation"); W. L. M. REESE, "Full Faith and Credit to Foreign Equity Decrees", *Iowa L. Rev.*, 1957, (183), 198-199 ("Such injunctions are commonly issued on the ground that [...] (3) the threatened suit would result in a vexatious multiplicity of actions"). A *de* J. E. ROGERS, "Injunctions Against Suits in Foreign Jurisdictions", *Louisiana L. Rev.*, 1950, 302-319, spéc. 315-317.

¹⁰⁵² Comme en droit anglais, l'interdiction de procéder n'était pas réservée aux conflits de procédures. Outre cette situation particulière, l'injonction pouvait également viser à réprimer une tentative de *fraude à la loi*, v. p. ex. *Miller v Gittings* (1897) 85 Md. 601, 623, 37 Atl. 372 : "Equity will enjoin suits in other states where there is fraud [...] and most especially where there is an attempt to evade or defeat the operation of the laws of the state where both parties to the suit reside". On retrouve sous cette finalité des espèces identiques à celles qui avaient déjà attiré les foudres des tribunaux anglais au 19^{ème} siècle. Ainsi un créancier qui faisait saisir le salaire ou d'autres biens de son débiteur dans un Etat pour échapper à une règle d'insaisissabilité, s'exposait à une intervention du tribunal de son domicile : *Allen v Buchanan* (1892) 97 Ala. 399, 11 So. 777; *Keyser v Rice* (1877) 32 Hun. 204, 47 Md. 203; *Zimmerman v Franke* (1886) 34 Kan. 650, 9 Pac. 47; *Burlington & Missouri Railroad v Thompson*, 31 Kansas 180; *Mumper v Wilson* (1887) 72 Iowa 163, 33 N.W. 449; *Stewart v Thomson* (1895) 97 Ky. 575, 31 S.W. 133; *Wiense v Thomas*, 145 N.C. 261, 59 S.E. 58 (1907); *Snook v Snetzer*, 25 Ohio St. 516 (1886). La même chose valait en cas de faillite du débiteur, p. ex. *Hazen v Lydonville Bank* (1898) 70 Vt. 543, 41 Atl. 1046; *Dehon v Foster* (1862) 86 Mass. 545, 552 ("The defendants, citizens of this State, are bound by its laws. They cannot be permitted to do any acts to evade or counter-act their operation, the effect of which is to deprive other citizens of rights which those laws are intended to secure"); *Cunningham v Butler* (1886) 142 Mass. 47, 6 N.E. 782; *Hawkins v Ireland* (1896) 64 Minn. 339, 67 N.W. 73; *Sercomb v Catlin*, 128 Ill. 556, 21 N.E. 606 (1889).

étrangère, alors qu'elle lui imposait de considérables dépenses additionnelles. Généralement il s'agissait alors de sanctionner une tentative manifeste de *forum shopping*.

L'affaire *McGirly* illustre bien cette hypothèse : un employé d'une entreprise ferroviaire établie au Wisconsin avait été gravement blessé lors d'un accident. Bien qu'il fut lui-même domicilié au Wisconsin et que l'accident ait eu lieu dans cet Etat, il assigna son employeur devant les tribunaux du Minnesota.¹⁰⁵³ L'entreprise sollicita l'aide des tribunaux du Wisconsin pour paralyser cette procédure en indiquant que tous les témoins se trouvaient au Wisconsin et que le jury du Minnesota ne pourrait se rendre sur les lieux de l'accident. L'injonction fut toutefois refusée.¹⁰⁵⁴ L'intention du demandeur à l'étranger ne semble pas dans ce cas décisive pour décider du caractère abusif ou vexatoire de la procédure étrangère. Ce qui compte c'est l'absence de motifs légitimes dans son chef pour saisir un juge étranger et les difficultés et dépenses additionnelles que la procédure cause au défendeur.¹⁰⁵⁵ Cette jurisprudence se démarque ainsi de la position plus restrictive des tribunaux anglais, qui n'accordaient que peu de poids aux difficultés qui naissent de la conduite d'une procédure dans un for inapproprié, et préféraient à cette période s'en tenir à une analyse des mobiles animant le demandeur à l'étranger.

Ces quelques exemples montrent que les tribunaux américains ont dès l'origine éprouvé moins de difficultés que leurs collègues anglais à condamner la poursuite d'une procédure engagée devant un tribunal étranger. La plupart de ces décisions étaient toutefois confinées à l'intérieur de l'espace judiciaire américain. Il restait donc à déterminer si la plus grande propension des tribunaux américains à recourir à l'interdiction de procéder allait se répercuter sur le plan international. L'explosion du contentieux international dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle va permettre aux tribunaux de répondre à cette question.

C. Internationalisation et schisme de la jurisprudence

237. **Sanction de la fraude à la loi** - À partir des années 1970, les espèces internationales vont se multiplier, forçant les tribunaux à se prononcer sur les conditions dans lesquelles une injonction peut être décernée à l'encontre d'une procédure étrangère. Sans surprise, la jurisprudence antérieure a largement servi d'inspiration. Les tribunaux ont ainsi reconnu de façon unanime qu'une intervention visant à paralyser la procédure étrangère était justifiée lorsque celle-ci avait pour but de contourner l'application de la loi du for. La Cour d'Appel a fait appel à cet argument pour justifier l'injonction dans l'affaire *Laker* : selon le juge Wilkey, la procédure intentée en Angleterre par les compagnies aériennes visait avant tout à échapper à la législation *anti-trust* américaine, ce

¹⁰⁵³ *Chicago, U & St. P. Ry v McGirly*, 185 N.W. 218 (Wisc. 1921).

¹⁰⁵⁴ V. les critiques de la note anonyme, "Exercise of the Power of Equity to Enjoin Proceedings in Another State", *Columbia L. Rev.*, 1922, (360), 363-364.

¹⁰⁵⁵ P. ex. *Hayfill v Buffalo Marine Const. Co.*, 266 F. 533 (W.D.N.Y. 1919); *Main v Field*, 13 Ind. App. 401, 40 N.E. 1103 (1985); *Standard Roller Bearing Co v Crucible Steel Co.*, 71 N.J. Eq. 61, 63 A. 546 (1906); *Bankers Life Co v Loring*, 217 Iowa 534, 250 N.W. 8 (1933); *Gaunt v Nemours Trading Corp.*, 194 App. Div. 668, 186 N.Y.S. 92 (1921); *H. B. Claflin & Co v J.W. Harlin et al.*, 62 How. Pr. 284 (N.Y.S.C. 1881).

qui ne pouvait être toléré.¹⁰⁵⁶ Cette justification sera adoptée par les tribunaux dans d'autres domaines.¹⁰⁵⁷

Pour appeler une sanction, la tentative de fraude devait cependant viser une règle que le for juge essentielle. Il n'y avait pas fraude à la loi, et l'injonction n'est pas justifiée, lorsque le demandeur à l'étranger ne vise qu'à profiter d'un avantage que peut lui conférer la procédure étrangère. Ainsi la Cour d'Appel du 6^{ème} Circuit a-t-elle refusé de considérer que le fait d'intenter une procédure à Hong Kong constituait une tentative de fraude même si le for américain prévoyait en l'espèce des dommages et intérêts multiples, inconnus à Hong Kong.¹⁰⁵⁸

238. Protection de la compétence du for - Le souci de réprimer la fraude à la loi n'est pas la seule justification possible de l'injonction *anti-suit* en droit américain. Celle-ci peut être également décernée afin de protéger la compétence juridictionnelle du for. Le demandeur peut par exemple revendiquer l'interdiction de la procédure étrangère lorsque celle-ci menace de paralyser la procédure du for. Encore une fois, l'affaire *Laker* permet d'illustrer cette hypothèse. En l'espèce la procédure anglaise avait pour seul but de saboter les efforts de Laker devant les juges américains, la saisine des juges anglais ne visant qu'à obtenir une injonction *anti-suit* ou subsidiairement un jugement déclaratoire neutralisant le résultat de la procédure américaine. La Cour d'Appel y vit une justification supplémentaire pour l'injonction.¹⁰⁵⁹ Plus généralement, la procédure étrangère appelle une intervention lorsqu'elle constitue une menace pour la compétence *in rem* des tribunaux américains.

239. Interdiction de procéder et conflit de procédures - division de la jurisprudence - Lorsqu'elle vise à protéger la compétence législative ou juridictionnelle du for, l'injonction constitue un instrument au service direct de la politique du for de l'injonction. Comme par le passé, le mécanisme continue également à être mis au service des intérêts des justiciables, pour leur éviter les affres de l'abus de procédures. C'est ici qu'on rencontre les conflits de procédures. A ce sujet, la période contemporaine a été l'occasion d'une nette division entre différents courants de la jurisprudence - division à laquelle la Cour Suprême n'a pas encore, faute d'occasion, pu mettre fin.

¹⁰⁵⁶ *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909, 931-933 (D.C.Cir. 1984) : "the [...] injunction properly prevented appellants from attempting to escape application of the antitrust laws to their conduct of business here in the United States". Paradoxalement, les tribunaux anglais en ont également appelé à la nécessité de prévenir toute fraude à la loi pour justifier leur intervention musclée. En l'occurrence il s'agissait de fraude à la loi étrangère, puisque selon les tribunaux anglais, la procédure américaine avait entraîné une application extra-territoriale injustifiée des lois anti-trust américaines.

¹⁰⁵⁷ P. ex. en matière de divorce, *Vendier v Vendier*, 203 Cal. App. 2d 724, 22 Cal. Rptr. 93 (1953) (procédure en France); *Greenberg v Greenberg*, 218 App. Div. 104, 218 N.Y.S. 87 (1926) (procédure au Mexique); *Venizelos v Venizelos*, 30 App. Div. 2d 856, 293 N.Y.S. 2d 20 (1968) (procédure en Grèce); *Selkowitz v Selkowitz*, 179 Misc. 608, 40 N.Y.S. 2d 9 (1943) (procédure au Panama); *Psaty v Psaty*, 93 Misc. 2d 454, 402 N.Y.S.2d 779 (1978) (procédure au Bahamas) et *Young v Young*, 16 Pa. 287 (1932) (procédure au Mexique)

¹⁰⁵⁸ *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1357 (6th Cir. 1992) : "If any advantage in law was sufficient to justify application of the public policy exception, antisuit injunctions would become common and international comity a consideration of secondary importance. Procedural or substantial advantages offered by the forum law do not, of themselves, provide grounds for an antisuit injunction" (en l'espèce, l'injonction contre une future procédure à Hong Kong fut refusée, la Cour adopta expressément l'analyse restrictive de *Laker* et fit sienne la conclusion que l'injonction n'est pas justifiée par le simple fait que procédure étrangère est parallèle. Seuls le souhait de protéger une politique législative importante du for ou la menace d'atteinte à la compétence du for justifient l'injonction).

¹⁰⁵⁹ *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et. al.*, 731 F. 2d 909, 927-931 (D.C.Cir. 1984).

Continuant sur la lancée des décisions plus anciennes, une partie de la jurisprudence a en effet adopté une interprétation assez large de la notion de procédure 'vexatoire ou oppressive', qui en justifie l'application aux conflits de procédures. C'est ainsi que dans l'affaire *Bremen*, la Cour d'Appel du 5^{ème} Circuit en a appelé, pour justifier l'injonction paralysant la procédure anglaise, à la circonstance que le for américain avait été saisi le premier et que "permettre la poursuite simultanée de deux procédures, dont l'une dans un for éloigné de plusieurs milliers de kilomètres, serait inéquitable et retarderait la résolution du litige".¹⁰⁶⁰

Avec cette décision va s'imposer l'idée que l'injonction peut se justifier lorsque la procédure étrangère constitue un doublon inutile et coûteux de la procédure dont est saisi le for de l'injonction. L'affaire *Seattle Totems* illustre bien ce glissement. La Cour d'Appel du 9^{ème} circuit était saisie d'une demande visant à obtenir l'annulation d'un contrat conclu entre un club de hockey et la ligue nationale, contrat dont le demandeur prétendait qu'il violait les lois anti-trust américaines. Près de deux ans après le début de cette procédure, le défendeur saisit les tribunaux canadiens, exigeant des dommages et intérêts pour la non-exécution du contrat litigieux. La Cour accepta d'intervenir pour mettre fin à la procédure concurrente en notant que "permettre que le litige fasse l'objet de deux procédures séparées conduira à un retard inutile ainsi qu'à des dépenses et des désagréments importants pour les parties et les témoins. En outre, la conduite de procédures concurrentes pourrait mener à des décisions contradictoires ou même à une course au for".¹⁰⁶¹

L'abus ou le comportement vexatoire consiste dans cette perspective à soumettre l'adversaire à une deuxième procédure, ce qui a pour effet d'augmenter les coûts et dépenses. On ne peut cependant s'empêcher de penser que la Cour a surtout voulu sanctionner une tentative manifeste de *forum shopping*, et non le simple dédoublement de procédures. Les décisions qui vont suivre vont toutefois intégrer le *ratio decidendi* de la Cour d'Appel, sans prendre en compte les circonstances particulières de la cause qui justifiaient la décision. Le tribunal du district méridional de New York par exemple, dont on connaît l'importance pour les affaires internationales, relèvera parmi les circonstances justifiant l'octroi d'une injonction le fait que "la poursuite simultanée des deux procédures peut retarder l'issue du litige, augmenter les dépenses pour les parties et conduire à une course au jugement ou des décisions contradictoires".¹⁰⁶² Pris séparément

¹⁰⁶⁰ "[...] Allowing simultaneous prosecution of the same action in a foreign forum thousands of miles away would result in inequitable hardship and tend to frustrate and delay the speedy and efficient determination of the cause" : *In Re Unterweser Reederei, GmbH (Zapata Off-Shore Co. v M/S Bremen and Unterweser Reederei GmbH)*, 428 F. 2d 888, 896 (5th Cir. 1970), *aff'd on rehearing en banc*, 446 F. 2d 907 (1971), *rev'd on other grounds sub nom Bremen v Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L.Ed. 2d 513 (1972).

¹⁰⁶¹ *Seattle Totems Hockey Club, Inc. v The National Hockey League, et al.*, 652 F. 2d 852 (9th Cir. 1981), *cert. denied sub nom Northwest Sports Enterprise, Ltd. v Seattle Totems Hockey Club, Inc.*, 457 U.S. 1105 (1982) : "adjudicating this issue in two separate actions is likely to result in unnecessary delay and substantial inconvenience and expense to the parties and witnesses. Moreover, separate adjudication could result in inconsistent rulings or even a race to judgment".

¹⁰⁶² "[...] (5) adjudication of the same issue in separate actions would result in delay, inconvenience, expense, inconsistency or a race to judgment" : *American Home Assurance Co. v Ins. Corp. of Ireland*, 603 F. Supp. 636, 643 (S.D.N.Y. 1984).

Cette décision n'est pas isolée, v. *Medtronic, Inc. v Catalyst Research Corp.*, 518 F. Supp. 946 (D. Minn.), *aff'd*, 664 F. 2d 660 (8th Cir. 1981); *Philips Medical Systems International BV. v Martin E. Bruetman, et al.*, 8 F. 3d 600, 605 (7th Cir. 1993) (obiter dictum); *Allendale Mut. Ins. Co. v Bull Data Systems, Inc.*, 10 F. 3d 425, 431 (CA 7th Cir. 1993) (la Cour accorde une injonction contre une procédure engagée en France par un assuré qui visait à obtenir une indemnisation, pour protéger une procédure américaine qui visait à obtenir un jugement déclaratoire. Elle résuma les positions contradictoires des différentes juridictions et adopta une position assez flexible – même si elle essaya de la déguiser en expliquant qu'elle tenait compte de la courtoisie internationale, du moins lorsque celle-ci était réellement en danger. Au final la position de la Cour est certainement très souple, puisque le seul fait que la

cet élément peut faire penser que la concurrence de procédures justifie en elle même l'octroi d'une injonction.

240. Une partie de la jurisprudence moins disposée à accorder une injonction - C'est en tout cas ce qu'en a conclu l'autre partie de la jurisprudence, dont il est devenu coutume de dire qu'elle adopte une position plus réservée face à l'injonction. La Cour d'Appel du 6^{ème} Circuit, analysant les décisions des tribunaux 'libéraux', a ainsi conclu que pour ces derniers, "*a duplication of the parties and issues, alone, is sufficient to justify a foreign antisuit injunction*".¹⁰⁶³ S'élevant contre ce prétendu laxisme, cette partie de la jurisprudence considère l'injonction comme une atteinte à la courtoisie internationale qu'il convient de réserver aux circonstances les plus exceptionnelles. Elle en déduit que l'injonction ne sera au contraire justifiée que si elle vise à prévenir une tentative de fraude à la loi ou si elle entend protéger la procédure du for contre une interférence étrangère.¹⁰⁶⁴ Il est devenu classique de citer pour illustrer cette partie de la jurisprudence le passage de la décision *Laker*, dans lequel la Cour d'Appel décide que l'injonction ne peut être envisagée que lorsqu'elle s'avère "nécessaire pour préserver la compétence du for de l'injonction ou pour prévenir toute tentative par un justiciable de contourner les intérêts publics fondamentaux du for".¹⁰⁶⁵

Cette même jurisprudence souligne qu'il ne suffit pas d'alléguer l'existence d'une concurrence de procédures pour obtenir l'interdiction de la procédure étrangère. C'est encore une fois la décision *Laker* qui est le plus souvent invoquée pour appuyer cette constatation, la Cour d'Appel ayant indiqué qu'une "*duplication of parties and issues alone is not sufficient to justify issuance of an antisuit injunction*".¹⁰⁶⁶

procédure étrangère est parallèle semble justifier l'injonction); *Cargill, Inc. v Hartford Accident and Indemnity Company*, 531 F. Supp. 710, 714-715 (DC Minn. 1982) ("An injunction is in order when adjudication of the same issue in two separate actions will result in unnecessary delay, substantial inconvenience and expense to the parties and witnesses, and where separate adjudication could result in inconsistent rulings or a race to judgment", "It would be vexatious to Cargill and a waste of judicial resources to require adjudication of Federal's liability in two separate forums. Separate adjudications could further prejudice Cargill by the risk of inconsistent results and a possible race to judgment").

¹⁰⁶³ *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1353 (6th Cir. 1992).

¹⁰⁶⁴ V. déjà *Canadian Filters (Harwich) Ltd. v Lear-Siegler, Inc.*, 412 F.2d 577, 587-579 (1st Cir. 1969) (Cour d'Appel casse l'injonction accordée en première instance contre la procédure canadienne en notant que le respect et la déférence due à la procédure étrangère ne seront écartées que "when the forum seeks to enforce its own substantial interests, or in limited circumstances when relitigation would cover exactly the same points as, for example, when both suits are in rem, and the burden of a second suit thus renders reliance on res judicate alone inappropriate").

¹⁰⁶⁵ *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et al.*, 731 F. 2d 909, 927 (D.C.Cir. 1984) (l'injonction n'est envisageable que lorsqu'elle est "necessary to protect the jurisdiction of the enjoining court, or to prevent the litigant's evasion of the important public policies of the forum").

¹⁰⁶⁶ *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et al.*, 731 F. 2d 909, 924 (D.C.Cir. 1984).

Motif qui a été repris à de multiples occasions : *China Trade and Development Co. v M.V. Choong Yong*, 837 F. 2d 33, 36 (2nd Cir. 1987) (la Cour refuse une injonction contre procédure coréenne commencée bien après la procédure américaine et qui ressemble beaucoup à une tentative de *forum shopping* visant à bloquer la reconnaissance d'un éventuel jugement américain. La Cour décide que le simple fait que la procédure étrangère soit parallèle ne suffit pas à justifier injonction : "Since parallel proceedings are ordinarily tolerable, the initiation before a foreign court of a suit concerning the same parties and issues as a suit already pending in the US does not, *without more*, justify enjoining a party from proceeding in a foreign forum". Le fait que des procédures parallèles conduisent à une course au jugement ne suffit pas à justifier injonction parce que "these factors are likely to be present whenever parallel actions are proceeding concurrently", donc "an anti-suit injunction grounded on these additional factors alone would tend to undermine the policy that allows parallel proceedings to continue and disfavor anti-suit injunctions". Seuls deux facteurs justifient l'injonction selon la Cour : lorsque la procédure étrangère menace la compétence même de la juridiction américaine (p.ex. compétence in rem basée sur présence d'un bien) et lorsque procédure étrangère menace de violer ordre public du for, p.ex. ne pas appliquer une loi de police du for); *Sea Containers Ltd., et al. v Stena AB, et al.*, 890 F. 2d 1205, 1213 (D.C. Cir. 1989); *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1355 (6th Cir. 1992) ("Thus, the better rule is that duplication of parties and issues alone is

241. Une césure entre deux courants ? - En apparence, la césure entre les deux courants est nette : pour une partie de la jurisprudence, le recours à l'injonction peut se justifier pour éviter le gaspillage de ressources et la contradiction de décisions – ce qui rend fort probable son utilisation dans les conflits de procédures. Pour d'autres tribunaux ces inconvénients ne sont pas à eux seuls de nature à renverser la présomption, dictée par la courtoisie internationale, qui limite le recours à l'injonction. On a pu voir dans cette division l'influence qu'exercent différents précédents, les tribunaux 'laxistes' se fondant principalement sur la jurisprudence relative aux relations entre tribunaux fédéraux et entre tribunaux étatiques, alors que les autres prendraient exemple sur les règles régissant les relations entre tribunaux fédéraux et étatiques, ce qui expliquerait leur plus grande hésitation à intervenir.¹⁰⁶⁷

On ne peut nier qu'initialement au moins, les tribunaux se sont laissés inspirer par la jurisprudence interne et que celle-ci a eu une influence sur leurs décisions.¹⁰⁶⁸ On ne peut toutefois s'en tenir à cette seule explication pour consacrer une division dont on a parfois l'impression que sa seule vertu est qu'elle permet d'expliquer de manière pédagogique les contradictions apparentes entre tribunaux.¹⁰⁶⁹

242. Une césure à nuancer - Il est certain que les tribunaux des différents circuits font montre de sensibilités différentes, certains accordant un poids important à la courtoisie internationale, d'autres s'y montrant relativement indifférents.¹⁰⁷⁰ Il n'empêche

not sufficient to justify issuance of an antisuit injunction"); *Mutual Serv. Cas. Ins. Co. v Frit Industries, Inc.*, 805 F. Supp. 919, 923 (M.D. Ala 1992) *aff'd* without opinion, 3 F. 3d 442 (11th Cir. 1993) ("This Court rejects the argument that duplication of parties and issues, supplemented by some showing of judicial economy, race-to-judgment or potentially inconsistent judgments, would justify an injunction"); *Black and Decker Corporation et al. v Saneey American Corp.*, 650 F. Supp. 406, 408 (N.D. Ill. 1986) ("the better view of the law on this question is that the policies behind the parallel proceedings rule outweigh the expense caused by the duplication of parties and issues and the possibility of inconsistent adjudications"); *Garnon v Payne*, 706 S. W. 2d 304 (Tex. Supreme Court 1986) (la Cour réforme la décision du juge du fond qui avait accordé une injonction en posant que "That further expenses will be incurred by Payne is not a sufficient reason to grant an anti-suit injunction. If additional expense were a sufficient reason [...] an injunction would be proper in every case"); *Compagnie des Baucites de Guinée v Insurance Co. of North America*, 651 F.2d 877, 887 (3d. Cir. 1981) (la Cour casse l'injonction accordée en première instance contre une procédure concurrente devant les tribunaux anglais en notant que les arguments invoqués en première instance pour justifier l'injonction, à savoir le parallélisme de procédures et la priorité de la procédure américaine, ne suffisaient pas pour justifier l'injonction : "[...] duplication of issues and the insurers' delay in filing the London action were the sole bases for the district court's injunction, and we hold that these factors alone did not justify the breach of comity among the courts of separate sovereignty").

¹⁰⁶⁷ En ce sens par exemple, S. BURBANK, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", *Am J. Comp. L.*, 2001, 203, 214. Dans le même sens, S. R. SWANSON, "The Vexatiousness of a Vexation Rule : International Comity and Antisuit Injunctions", *Georges Washington J. Int'l. Law & Econ.*, 1996, (1-37), 12 et 24.

¹⁰⁶⁸ P. ex. *Compagnie des Baucites de Guinée v Insurance Co. of North America*, 651 F.2d 877, 887 (3d. Cir. 1981) (la Cour cite expressément des décisions relatives aux relations fédéral-étatique, qui plaident pour une tolérance des procédures concurrentes et un refus de l'injonction, en particulier *Donovan v City of Dallas*, 377 U.S. 408 (1964) et *Princess Lida v Thompson*, 305 U.S. 456 (1939)).

¹⁰⁶⁹ La division entre les différents courants de jurisprudence est parfois élevée au rang de sacro-sainte séparation, v. surtout les exposés qu'en donnent M. TREVINO DE COALE, "Stay, Dismiss, Enjoin or Abstain?", *Boston U. Int'l L. J.*, 1999, (79), 90 e.s. et Y. FURUTA, "International Parallel Litigation : Disposition of Duplicative Civil Proceedings in the United States and Japan", *Pacific Rim Law & Policy J.*, 1995, (1), 18 e.s.

¹⁰⁷⁰ V. par exemple le dictum de la Cour d'Appel dans l'affaire *Kaepa* selon lequel "We decline [...] to require a district court to genuflect before a vague and omnipotent notion of comity every time that it must decide whether to enjoin a foreign proceedings" : *Kaepa Inc v Adhilles Co.*, 76 F. 3d 624, 627 (5th Cir. 1996). V. également les remarques du juge Posner dans l'affaire *Bull*, précitée. Le juge refuse d'accepter que l'injonction violera *ipso facto* la courtoisie et demande au défendeur de prouver que l'injonction irait en l'espèce à l'encontre de ce principe en soumettant une note en ce sens du Ministère des Affaires étrangères ou autre, une note du comité français de contrôle des assurances étant jugée insuffisante : *Allendale Mut. Ins. Co. v Bull Data Sys, Inc.*, 10 F. 3d. 425, 431

que la présentation dialectique qui est faite de la jurisprudence pêche par manque de nuance. En particulier il semble erroné de prétendre que selon l'approche 'laxiste', une injonction peut se justifier par la seule circonstance que la procédure étrangère constitue une réplique inutile de la procédure du for. Force est en effet de constater que la plupart des décisions que l'on range dans le camp de la jurisprudence dite 'laxiste' concernaient en réalité des hypothèses où le *forum shopping* du demandeur à l'étranger confinait à l'abus.

Les différentes espèces montrent une étonnante similitude : à chaque fois, la procédure étrangère a été initiée bien après la saisine du for de l'injonction, alors que la procédure engagée dans ce for avait déjà bien progressé. Dans l'affaire *Seattle Totems* déjà évoquée, les défendeurs ont ainsi attendu pas moins de 27 mois après le début de la procédure américaine pour saisir les tribunaux canadiens, une manoeuvre qui était manifestement destinée à paralyser la reconnaissance éventuelle dans ce pays d'un ultérieur jugement américain.

L'affaire *Kaepa* constitue le plus bel exemple des circonstances particulières qui ont poussé certains tribunaux à adopter une attitude dite 'laxiste'. Le litige opposait une entreprise japonaise à un fabricant américain de chaussures de sport à propos de l'exécution par le premier d'un contrat de distribution exclusive au Japon. Le fabricant assigna son cocontractant devant les tribunaux texans. Alors que cette procédure était déjà bien engagée, le processus de 'discovery' étant achevé, le distributeur saisit les tribunaux japonais. La Cour d'Appel du 5^{ème} Circuit confirma l'injonction décernée en première instance.¹⁰⁷¹ Ecartant l'objection tirée d'une possible atteinte à la courtoisie internationale, la Cour souligna que "la poursuite de la procédure japonaise conduirait à une duplication absurde des efforts et à une multiplication vexatoire des dépenses et des désagréments".¹⁰⁷² Plus que la volonté de sanctionner une procédure étrangère pour la simple raison que celle-ci portait sur le même litige que celui soumis au tribunal américain, il faut sans doute voir dans cette injonction la tentative du for de protéger sa propre procédure qui avait déjà dépassé le stade de la 'discovery'.

243. Une césure à nuancer (suite) - Le prétendu laxisme de ce courant de la jurisprudence américaine peut dès lors s'expliquer, au moins en partie, par les circonstances tout à fait particulières des espèces soumises aux tribunaux et en particulier par le caractère manifeste de la manoeuvre du demandeur à l'étranger. Cette analyse rejoint l'explication séduisante proposée par M. Baumgartner, qui a montré que la division entre les courants de la jurisprudence tenait également aux circonstances des espèces qui ont été soumises aux tribunaux.¹⁰⁷³ Cet auteur explique que dans la plupart des espèces qui ont vu les tribunaux américains refuser l'injonction et réserver celle-ci à des situations limitées, les deux procédures mettaient aux prises les mêmes parties et les mêmes questions. Le parallélisme quasi-parfait entre les deux litiges permettait dès lors de faire jouer sans risque la règle de tolérance (*infra*, n° 334) et d'attendre qu'une procédure

(7th Cir. 1993). V. les critiques de Mme. Teitz sur cette décision : L. E. TEITZ, *Transnational Litigation*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1996, 246-247.

¹⁰⁷¹ *Kaepa Inc. v. Achilles Co.*, 76 F. 3d 624, 627 (5th Cir. 1996). Sur cette affaire, A. S. HAP, "Note : *Kaepa, Inc. v. Achilles Corp.* : Comity in International Judicial Relations", *N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.*, 1996, 365-387.

¹⁰⁷² "[...] the prosecution of the Japanese action would entail an absurd duplication of effort and would result in unwarranted inconvenience, expense and vexation" : *Kaepa Inc. v. Achilles Co.*, 76 F. 3d 624, 627 (5th Cir. 1996).

Le contrat de distribution prévoyait en l'espèce la compétence exclusive des tribunaux texans. La Cour fait mention de cet élément, sans lui accorder une importance décisive. *Comp.* avec la jurisprudence anglaise déjà étudiée, cfr. *supra* n° 165.

¹⁰⁷³ S. BAUMGARTNER, "Related Actions", *ZZP Int.*, 1998, (203), 215-216.

s'achève. Par contraste, il relève que les tribunaux qui ont adopté une attitude dite 'laxiste', étaient confrontés à des procédures plus complexes, mettant en jeu une pluralité de parties, pas nécessairement les mêmes, devant chaque tribunal. Dans ce cas, on ne peut compter sur la première décision pour vider entièrement le litige. Ceci contribuerait à expliquer pourquoi certains tribunaux ont plus facilement recours à l'injonction.¹⁰⁷⁴

Cette explication est importante en ce qu'elle attire l'attention sur la grande diversité des circonstances factuelles qui sont à la base des différentes décisions, sans se contenter d'évoquer une séparation nette, mais artificielle entre deux courants. Au fond on pourrait même dire que ces deux courants se rejoignent sur un point, à savoir que l'injonction se justifie lorsqu'il s'agit de protéger la compétence ou la procédure du for – soit que la procédure étrangère vise directement à la saboter, par le biais d'une injonction, soit qu'elle ne le fasse qu'indirectement, parce que le demandeur à l'étranger cherche à bloquer la reconnaissance d'un futur jugement en obtenant une décision contraire. Dans le premier cas, l'injonction sera justifiée dans l'approche stricte, tandis que les tribunaux adoptant l'approche dite "libérale" accepteront d'intervenir dans le second cas.

En dernière analyse, et même s'il faut nuancer la distance qui sépare les deux courants de la jurisprudence, il faut reconnaître que le droit américain fait preuve d'un manque certain de clarté – qui ne pourra sans doute être levé que si la Cour Suprême se saisit de la question.

244. Synthèse des données historiques - Au terme de cet aperçu on peut tenter de dresser un bilan provisoire de la fonction attribuée à l'injonction *anti-suit* dans la résolution des conflits de procédures. L'évolution historique a permis de montrer la diversité des critères utilisés pour justifier l'exercice du pouvoir d'injonction : tantôt la procédure étrangère sera sanctionnée en raison de l'existence d'un abus manifeste dans le chef du demandeur à l'étranger, dont les mobiles seront soigneusement examinés; tantôt la conduite d'une procédure dans un for jugé inapproprié suffira à justifier l'intervention du tribunal; tantôt enfin le for de l'injonction s'attachera au parallélisme de procédures, jugé en soi inacceptable.

A ces premières variations s'en ajoutent d'autres, puisque le pouvoir d'injonction a également été mis à contribution pour répondre à des impératifs nettement plus *publicistes*, comme par exemple le souci de protéger la compétence (législative ou juridictionnelle) du for.

S'il est une constante qui se dégage de toutes ces variations c'est bien l'hésitation des tribunaux à recourir à l'injonction pour mettre un terme aux conflits de procédures. Lorsque l'injonction est décernée, elle est le plus souvent justifiée non pas par la simple existence d'une dualité de procédures, mais par celles de circonstances supplémentaires qui rendent intolérables la poursuite de la procédure étrangère. L'injonction apparaît en effet comme un instrument destiné à réprimer l'abus de procédure, que ce concept soit entendu de façon restrictive comme dans l'Angleterre du 19^{ème} siècle, ou avec plus de souplesse, comme le fait une partie de la jurisprudence américaine contemporaine. Au total c'est donc seulement à une minorité de conflit de procédures que l'injonction tente de mettre fin. Il faudra tenir compte de cette limitation dans l'évaluation du modèle de la contrainte à laquelle nous allons maintenant procéder.

¹⁰⁷⁴ Idem, 215-216.

* *
*

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

245. Observations préliminaires - On a esquissé le cadre de référence dans lequel évolue l'injonction *anti-suit*. Il reste maintenant à examiner la pertinence et l'efficacité de cette solution comme mécanisme de résolution des conflits de procédures. Pour ce faire, nous procéderons en trois temps. En premier lieu, il y a lieu de vérifier la conformité de l'interdiction de procéder aux grands principes de souveraineté et de territorialité. Ceci nous permettra, après avoir dissipé quelques malentendus, de constater qu'en principe l'interdiction de procéder ne dépasse pas les limites, certes floues, du droit international. (§ 1)

Elle n'en constitue pas pour autant un modèle de solution approprié pour les conflits de procédures. L'injonction pêche en effet par *manque d'efficacité* : le for dont la procédure est visée par l'injonction, ne se prêtera pas à la sanction de celle-ci, ce qui réduit d'autant sa force de persuasion. Bien plus, le risque est grand de voir l'injonction précipiter une aggravation du conflit (§ 2). Ou comment le remède se transforme en poison ! Au-delà du manque d'efficacité, il faudra bien constater que dans l'état actuel du droit comparé, l'injonction ne peut être le fait que de certaines juridictions (§ 3). Si solution il y a, elle n'est donc que *partielle*.

§ 1. L'interdiction de procéder et le droit international

246. Introduction et plan - L'injonction *anti-suit* se laisse-t-elle concilier avec le respect de la souveraineté des Etats, et en particulier de l'Etat dont la procédure est visée? On pourrait en douter, la conduite d'une procédure judiciaire avec laquelle l'injonction prétend interférer constituant à première vue une prérogative exclusive de l'Etat qui en permet l'ouverture (2). Avant d'examiner la validité de ce raisonnement, il convient de s'attarder sur la question de la portée territoriale de l'injonction *anti-suit* (1). On refermera cette première section en examinant l'injonction sous l'angle du droit à un procès équitable (3).

1. L'INJONCTION ANTI-SUIT : UNE EXTRA-TERRITORIALITE INDIRECTE

247. Portée territoriale de l'interdiction de procéder - La question de l'extra-territorialité continue à préoccuper aujourd'hui les internationalistes, sans qu'une réponse définitive ne paraisse se dessiner.¹⁰⁷⁵ Nous ne prétendons nullement donner un aperçu exhaustif de la question. Notre but est simplement d'examiner si l'on peut reprocher à l'injonction *anti-suit* un effet extra-territorial répréhensible.

Pour répondre à cette question, il faut d'abord examiner quelle est la portée territoriale exacte de l'effet revendiqué par l'interdiction de procéder. Celle-ci vise à empêcher la poursuite d'une procédure judiciaire étrangère. Lorsqu'il a recours à cette arme, le juge se contente généralement de formuler l'interdiction, sans préciser quels actes de procédure

¹⁰⁷⁵ Il est significatif que les travaux de l'Institut de Droit international sur le sujet qui ont débuté en 1983, ne se sont pas encore achevés, v. récemment le rapport provisoire de F. RIGAUX, paru à l'*Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1999, vol. 68-I, Travaux préparatoires, session de Berlin, 507-564.

le défendeur doit poser pour satisfaire à son obligation.¹⁰⁷⁶ Qu'il s'agisse d'une renonciation, d'un désistement d'instance, d'une demande de sursis ou tout simplement de la renonciation dans les faits à saisir le juge étranger, les démarches de la partie sous le coup de l'injonction devront nécessairement avoir lieu devant la juridiction étrangère. Il est dès lors difficile de nier que l'injonction *anti-suit* postule un certain effet extra-territorial.

On va voir que la revendication d'un tel effet n'est pas en soi contraire au droit international (1). Il faudra ensuite examiner si l'octroi d'une interdiction de procéder ne constitue pas une tentative d'exercice à l'étranger du pouvoir de contrainte (2).

(A) Le déclin du paradigme de la territorialité

248. Licéité de principe de l'extra-territorialité - S'il est une constatation qu'il est permis de faire en cette matière, c'est que le droit international n'interdit pas de façon absolue aux Etats de conférer à leurs actes et aux ordres prononcés en leur nom une portée qui dépasse leurs frontières. Comme l'a souligné la Cour Permanente Internationale de Justice à propos de la compétence normative, l'absence de répartition impérative des compétences entre les Etats s'accompagne d'une "large liberté" dans leur chef pour "étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors de leurs territoires".¹⁰⁷⁷

La territorialité n'a gardé de signification que pour déterminer les limites de l'exercice du pouvoir de *contrainte*. Même s'il est difficile de s'accorder sur ce qu'il faut entendre par contrainte (*infra*, n° 252), un accord se fait pour accorder à chaque Etat un monopole de l'exercice de la contrainte sur son territoire.¹⁰⁷⁸

249. Une pratique extra-territoriale bien établie - La pratique des Etats révèle d'ailleurs que le dogme de la territorialité – qui était autrefois paré de l'autorité du latin par le biais de l'adage suivant lequel *extra territorium ius dicenti impune non paretur*¹⁰⁷⁹ est depuis longtemps tombé de son piédestal.¹⁰⁸⁰ On ne compte plus les décisions des

¹⁰⁷⁶ Par exemple le texte de l'injonction octroyée par un tribunal écossais dans l'affaire *Shell*, qui se lit de la façon suivante : le juge interdit aux défendeurs "ad interim from continuing, or taking any other step, directly or indirectly, in the proceedings against the petitioners, or any of them, in the district court of the 23rd judicial district, Brazoria County, Texas » : *Shell UK Exploration and Productions Ltd. v. Imres*, 1995 SLT 807, 810 (OH).

¹⁰⁷⁷ Arrêt du 7 septembre 1927, affaire *Lotus*, *Publications de la CPJI*, Série A n° 10, arrêt n° 9, p. 19.

¹⁰⁷⁸ Dans la même affaire *Lotus*, la Cour expliquait que "La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure [...] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat" (Affaire *Lotus* précitée, pp. 18-19). L'absence de parallélisme entre compétence normative et compétence d'exécution fait peser une lourde hypothèque sur l'efficacité dans les faits des commandements extra-territoriaux.

Mme. *Muir Watt* écrit à ce propos : "S'il est bien [...] une solution jugée suffisamment incontestable en droit international public, pour se passer de tout commentaire, c'est le principe de la territorialité de la contrainte" : H. MUIR WATT, "Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (A propos de l'arrêt de la Court of Appeal, *Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*)", *R.C.D.I.P.*, 1998, (27), 28.

¹⁰⁷⁹ P. ex. J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws...*, Boston, Little & Brown, 1834, § 539 ("Considered in an international point of view, jurisdiction, to be rightfully exercised, must be founded either upon the person being within the territory, or the thing being within the territory; for, otherwise, there can be no sovereignty exerted, upon the known maxim *Extra territorium ius dicenti impune non paretur* [...]").

¹⁰⁸⁰ Déjà au 19^{ème} siècle, la territorialité n'était pas conçue comme un cadre de référence absolu. Le dictum de la Cour Suprême américaine dans l'affaire *Pemroyer*, consécration la plus célèbre de la territorialité, n'exclut pas que les commandements de l'Etat postulent un effet extra-territorial *indirect*. La Cour décide en effet que "Every State possesses exclusive jurisdiction and sovereignty over persons and property within its territory [...] no State

tribunaux, toutes juridictions confondues, qui s'autorisent à revendiquer un certain effet en dehors des frontières nationales. Il suffit d'évoquer la riche jurisprudence des tribunaux néerlandais en matière de contrefaçon de brevets.¹⁰⁸¹ Il est d'ailleurs révélateur que les deux premières décisions de la Cour de Justice portant sur le contentieux provisoire dans le cadre de la Convention de Bruxelles concernaient des décisions françaises visant des biens situés en Allemagne.¹⁰⁸² La Cour a admis depuis lors que des mesures provisoires et conservatoires peuvent être prononcées, sous certaines conditions, alors même que les biens visés se situent à l'étranger.¹⁰⁸³ La pratique n'est certainement pas limitée au contentieux de la propriété intellectuelle,¹⁰⁸⁴ ni aux juridictions de certains pays.¹⁰⁸⁵

can exercise *direct* jurisdiction and authority over persons and property without its territory" (*Pemoyer v Neff*, 95 U.S. 714, 722 (1877), nous soulignons).

¹⁰⁸¹ V. en général, M. PERTEGAS SENDER, *Cross-Border Enforcement of Patent Rights : An Analysis of the Interface between Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002. Il est d'ailleurs intéressant de noter que dans sa décision de principe *Interlas*, qui a inauguré la jurisprudence bien connue, le Hoge Raad a justifié l'octroi d'une interdiction extra-territoriale de commercialisation de certains produits en appelant à l'économie de procédure. A défaut d'une telle interdiction, le demandeur aurait dû en effet intenter une procédure dans tous les pays concernés : "De manière générale, dit le Hoge Raad, il n'existe aucune raison d'exclure une interdiction [de faire] pour la simple raison que l'obligation visée doit [...] être exécutée en dehors des Pays-Bas. Accepter une telle limitation, poursuit-il, aurait pour conséquence fâcheuse qu'en cas de fait délictueux à portée internationale [...] la victime néerlandaise se verrait obligée de s'adresser séparément au juge de chaque pays concerné" : H.R., 24 nov. 1989, *N.J.*, 1992, 404, note DWvF et les commentaires de X. E. KRAMER, *Het kort geding in internationaal perspectief*, Deventer, Kluwer, 2001, 229-233.

Sur cette jurisprudence, *cons.* H. BERTRAMS, "Das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen Patentrecht", *GRUR Int.*, 1995, 193-201; J. J. BRINKHOF, "Het grensoverschrijdende verbod in octrooizaken in kort geding", *Molensgrafica. Europees privaatrecht 1995*, Lelystad, 1995, 225-261; W. V. MEIBOM et J. PITZ, "Cross-Border Injunctions in International Patent Infringement Proceedings", *E.I.P.R.*, 1997, 469-478; D. STAUDER, "Grenzüberschreitende Verletzungsverbote im gewerblichen Rechtsschutz und das EuGVÜ", *IPRax*, 1998, 317-322.

¹⁰⁸² C.J.C.E., 27 mars 1979, aff. n° 143/78, *Jacques de Cavel c. Luise de Cavel*, *Rec.*, 1979, 1055 et C.J.C.E., 21 mai 1980, affaire 125/79, *Denlauler c. Couchet Frères*, *Rec.*, 1980, 1533.

¹⁰⁸³ C.J.C.E., 17 novembre 1998, affaire C-391/95, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deo-Line e.a.*, *Rec.*, 1998, I-7122; *R.C.D.I.P.*, 1999, 340, note J. NORMAND.

¹⁰⁸⁴ V. par exemple les décisions des tribunaux néerlandais ordonnant à une partie de renoncer à une saisie qu'elle avait obtenu à l'étranger sur les biens de son débiteur : Prés. Rb. Arnhem, 24 août 1984, *N.I.P.R.*, 1984, n° 331; *N.J.*, 1986, 86, note SCHULTZ et Prés. Rb. Middelburg, 25 janvier 1985, *N.I.P.R.*, 1985, n° 239. Sur cette jurisprudence, J.-P. VERHEUL, "Waait de *Antisuit Injunction* naar het Continent over?", *N.I.P.R.*, 1989, (221), 223.

Pour la Belgique, v. par ex. Prés. Comm. Bruxelles, 7 septembre 1999, *Annuaire Pratiques du Commerce et concurrence*, 1999, H. DE BAUW (éd.), 835 et les observations de J. MEEUSEN, pp. 841 e.s. (un défendeur domicilié en Belgique opposait l'exception d'incompétence à une demande d'injonction visant à l'obliger à permettre la distribution d'un film au Luxembourg. Après avoir observé qu'il "ne saurait être juge plus naturel que celui du domicile ou du siège social de la partie intéressée", le juge expliqua très justement qu'il "est indifférent [...] que cette décision sorte ses effets dans le Royaume et / ou hors des limites de celui-ci; que le fait que la mesure à intervenir devra éventuellement sortir ses effets hors des limites du Royaume est le problème de la demanderesse, mais ne soulève pas en soi un problème de compétence, mais tout au plus un problème d'exequatur" p. 838) et en France, Cass. fr., 22 juin 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, 42 et la note de G. CUNIBERTI. V. également les nombreuses décisions citées par P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, L.G.D.J., 1994, 134-135. *Cons.* également les décisions citées par M. LENENBACH, "Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States : Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention", *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, 1998, (257), 276, note 117, par exemple la décision de l'OLG Stuttgart, 1984, *Z.Z.P.*, 1984, 487 - dans laquelle le tribunal allemand a ordonné à une partie de construire une clôture autour d'un immeuble situé en Espagne.

En général sur l'extra-territorialité des mesures conservatoires, v. G. CUNIBERTI, *Lac*, Paris, L.G.D.J., 2000, 409 p., spéc. pp. 138-142 pour le droit allemand et pp. 156-160 pour le droit italien; X. E. KRAMER, *oc.*, 2001, 227-270 et la récente synthèse de F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé*, *Etudes suisses de droit international* n° 112, Zürich, Schulthess, 2000, 658 p., spéc. pp. 94-110 et 429-561.

¹⁰⁸⁵ V. récemment la fameuse ordonnance du TGI de Paris, rendue dans l'affaire qui opposait la société Yahoo! à diverses associations, dans laquelle le juge français a ordonné entre autre à une entreprise américaine de "prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur yahoo.com du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis", TGI Paris (réf.), 22 mai 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc et Yahoo France*, <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.htm>. Cette décision a fait l'objet de nombreux

Comme le fait observer M. *Kirsch*, "il serait [...] particulièrement difficile d'invoquer l'existence d'une règle de droit international coutumier interdisant au juge d'ordonner l'accomplissement d'un acte à l'étranger; la pratique est trop répandue".¹⁰⁸⁶ Même s'il ne faut pas en conclure que les tribunaux sont libres de conférer un effet extra-territorial à n'importe quelle décision, on doit admettre que la simple revendication d'un tel effet ne suffit pas à condamner l'interdiction de procéder.¹⁰⁸⁷ Tout au plus doit-on admettre qu'un Etat ne sera pas en mesure de faire respecter sa décision en dehors de son territoire. Il devra pour cela s'en remettre à la bonne volonté des autres Etats.

250. De la territorialité au 'lien significatif' – On peut sans grand risque déduire des développements qui précèdent que la territorialité ne joue plus le rôle de critère *exclusif* de répartition des compétences étatiques. Le constat que le rattachement au territoire géographique ne convient pas pour rendre compte de certaines pratiques a d'ailleurs conduit certains commentateurs à s'interroger sur la possibilité de substituer au critère territorial une méthode différente.¹⁰⁸⁸ Ainsi a-t-on proposé de dépasser le cadre de la territorialité pour examiner le caractère raisonnable de l'exercice de compétence à l'aune de l'existence d'un *lien significatif* entre l'Etat et le litige. On pourrait par exemple s'accommoder d'une injonction *Mareva* portant sur l'entièreté du patrimoine du défendeur pour autant que le for de l'injonction possède un lien significatif avec le litige.¹⁰⁸⁹

commentaires, v. entre autre G. STUER et Y. DEKETELAERE, "Observations sous les ordonnances Yahoo!", *J.T.*, 2001, 425-429.

¹⁰⁸⁶ P. KINSCH, *o.c.*, Paris, LGDJ, 1994, 134. V. également C. MCLACHLAN, "Extraterritorial Orders Affecting Bank Deposits", in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, K. M. MEESEN (éd.), La Haye, Kluwer Law International, (39), 43 ("Courts commonly enjoin defendants from committing acts abroad [...] This is not a phenomenon restricted to common law courts"); P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 17 (M. Schlosser relativise lui aussi le sacro-saint principe de la territorialité en rappelant qu'en Allemagne, "Höchst selten hat man hierzulande Skrupel, zu einer Handlung verurteilen zu lassen, die im Ausland vorzunehmen ist", et de citer de nombreux arrêts en ce sens, il reconnaît par ailleurs à la p. 21 que "kann es keine Regel des Völkergewohnheitsrechts geben, die es gerichten und Behörden eines Staates verböte, auf fremdem Territorium oder aus fremdem Territorium heraus vorzunehmende Handlungen zuzuordnen und die Nichtbeachtung solcher Anordnungen zu sanktionieren"); P. GOTTWALD, "Grenzen Zivilgerichtlichen Massnahmen mit Auslandwirkung", *Festschrift für W. J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6 April 1989*, W. F. LINDACHER et al. (éds.), Verlag E. & W. Gieseking, 1989, 119-130 (l'auteur passe en revue les différentes formes de mesures à portée extra-territoriales qui ne constituent pas une atteinte au droit international).

¹⁰⁸⁷ On se permettra dès lors de désapprouver les termes par trop généraux de l'ordonnance rendue le 12 mai 2000 par le président du tribunal de première instance de Bruxelles que le demandeur invitait à constater l'absence de contrefaçon non seulement sur le territoire belge, mais également sur celui de pas moins de 11 autres Etats membres. Le tribunal s'est refusé à tout exercice de compétence extra-territoriale (Trib. Bruxelles, 12 mai 2000, *B.I.E.*, 2000, (211), 213; *GRUR Int.*, 2001, 170; *I.L.C.*, 2001, 570) : "de Belgische rechter principieel bevoegd is voor het Belgisch grondgebied, dat zulks voortvloeit uit de soevereiniteit van elke Staat; dat de rechterlijke macht, dewelke een van de taken van de soevereiniteit regelt en uitvoert, noodzakelijkerwijze beperkt is tot het grondgebied van de staat waarin deze macht fungeert behoudens uitdrukkelijke uitzonderingen in supranationale verdragen; dat de rechter dienvolgens krachtens de Belgische wetten geen bevoegdheid heeft buiten het Belgisch grongebied". On conçoit qu'un Etat se permette de ne pas faire pleine utilisation de la compétence que lui reconnaît le droit international. Autre chose cependant est de dénier l'existence même de cette compétence au nom d'un prétendu principe de souveraineté. Le tribunal semble s'être laissé emporter à une condamnation trop générale de l'extra-territorialité, sans doute dans son désir de se défaire de la réputation sulfureuse de paradis des 'torpédos' (*infra*, n° 803 *e.s.*). On constate d'ailleurs que la jurisprudence belge ne fait pas toujours preuve d'autant de retenue, v. les autres exemples de revendications extra-territoriales de compétence par des tribunaux belges, v. M. FALLON, "Le référé international en matière civile et commerciale", *Reu Dr. ULB*, 1993, (43), 49-55.

¹⁰⁸⁸ M. RIGAUX, rapporteur de la dix-neuvième commission de l'Institut de droit international sur la question de la compétence extra-territoriale des Etats, évoque à cet égard la "perte de confiance dans le caractère opérationnel des concepts mêmes de territorialité et d'extra-territorialité", rapport précité, *Ann. Inst. Dr. Int'l*, 1999, (507), 509. V. du même déjà les réflexions sur "l'ambiguïté de la notion de territorialité", in *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, 295-296.

¹⁰⁸⁹ V. surtout C. KESSEDJIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, avril 1997, 35-37.

Le glissement d'une condition stricte de territorialité, intenable en pratique, vers une exigence de *qualité* de la compétence du for, qui l'autoriserait à étendre les effets de ses décisions en dehors de ses frontières, est sans doute mieux à même de rendre compte de la pratique actuelle des Etats. Il laisse entier le problème de la détermination des limites de la compétence des Etats – à moins de s'accommoder de la casuistique complexe qu'entraînerait inévitablement le recours à une notion comme celle de 'lien significatif' ou d'exercice 'raisonnable' de la compétence.¹⁰⁹⁰ En outre le recul de la territorialité ne sera pas sans influencer la question des conflits de procédure, la territorialité présentant l'avantage non négligeable de prévenir l'apparition de ces conflits. La désuétude du concept de territorialité n'a toutefois pas touché l'exercice du pouvoir de contrainte, qui reste en principe lié aux frontières nationales. Il reste dès lors à examiner l'injonction *anti-suit* à la lumière de cet interdit.

(B) L'injonction *anti-suit* : une contrainte extra-territoriale interdite?

251. **Introduction** – Au vu de la pratique aujourd'hui généralement acceptée des Etats, la revendication d'un effet extra-territorial par le for de l'injonction ne suffit pas à elle seule pour condamner ce mécanisme. Il reste à déterminer si l'octroi d'une interdiction de procéder n'est pas contraire à la territorialité de la contrainte, qui reste d'actualité.

252. **Internalisation de la contrainte** - La sanction de l'injonction *anti-suit*, comme celle de toute injonction de l'*Equity*, ne nécessite à première vue pas d'exercice extra-territorial de la compétence d'exécution. Les seuls véritables actes de contrainte seront éventuellement déployés sur le territoire du for : les sanctions dont disposent les tribunaux en cas de méconnaissance de l'injonction sont celles de l'outrage à la cour (*contempt of court*), à savoir l'emprisonnement du défendeur récalcitrant, la saisie de ses biens (*restraint of assets*), la condamnation à une amende ou encore l'impossibilité pour le défendeur de participer à la procédure judiciaire et d'y faire valoir ses arguments.¹⁰⁹¹

Adde A. BUCHER, 1998, 122, n° 349 et dans cet ouvrage, v. la suggestion formulée à l'égard de la compétence des Etats en matière d'administration de la preuve, d'abandonner le recours exclusif aux liens territoriaux pour définir cette compétence, et d'accepter que "lorsqu'un tribunal peut fonder sa compétence internationale sur un critère raisonnable, susceptible d'assurer l'exécution ultérieure du jugement à l'étranger [...] ce tribunal puisse disposer de tous les éléments de preuve pertinents [...] sans distinction selon l'origine des parties et la localisation des moyens probatoires", 180, n° 570. Sur l'existence du 'lien significatif', v. dans cet ouvrage les n° 6-7, pp. 18-19 et le compte-rendu par H. MUIR WATT, *Rev. Int'l. Dr. Comp.*, 1999, (1157), 1158-1159. Cf. également *supra*, n° 35 sur l'exigence de lien raisonnable que poserait le droit international aux revendications nationales de compétence.

¹⁰⁹⁰ V. le § 403 du *Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States*, qui en appelle à la 'reasonableness' comme principe d'auto-limitation. Ce même *Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States* prévoit en cas de conflit de compétence, une règle invitant les Etats à évaluer l'intérêt que représente pour lui et l'Etat concurrent l'exercice de la compétence dans l'espoir d'amener un Etat à s'abstenir.

¹⁰⁹¹ Les sanctions du 'contempt of court' sont énumérées par le *Contempt of Court Act* de 1981, en particulier la section 14. En général, D. EADY et A. T.H. SMITH, *Abridge, Eady and Smith on Contempt*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 1191 p.; C. J. MILLER, *Contempt of Court*, Oxford, OUP, 2000, 769 p.; N. LOWE et B. SUFRIN, *The Law of Contempt*, Londres, Butterworths, 1996, 707 p. V. en particulier pour l'injonction *Marex*, G. CUNIBERTI, *ac*, 2000, 71-75.

Il s'agit en fait des sanctions attachées au 'civil contempt', bien que la différence avec le 'criminal contempt' se soit estompée au fil des ans. V. également la description que donne M. McLachlan des sanctions : "There are two remedies in contempt. One is that a man who spends most of his time sleeping under the stairs in the Royal Court of Justice, comes and drags you off to prison, after a hearing of course. The second remedy is the sequestration of assets, but effectively that would be sequestration of English assets" (C. MCLACHLAN, *lc*, in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, K. M. MEESEN (éd.), Kluwer Law International, (39), 52). Au Québec, le législateur a expressément prévu que "Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance

Ces diverses sanctions ne visent que la *personne* du défendeur.¹⁰⁹² Le tribunal étranger n'est nullement visé.

C'est ce qu'a expliqué la Court of Chancery dès 1821 en notant que "si un défendeur à qui la Cour a ordonné d'abandonner une procédure qu'il avait engagée contre le demandeur, prend la liberté de désobéir à ce commandement et continue ladite procédure, cette cour ne prétend pas influencer l'autre tribunal; elle se contente de sanctionner le défendeur pour l'outrage que cause le non-respect de l'ordre donné".¹⁰⁹³ Ainsi, si l'injonction accordée par le tribunal anglais dans l'affaire *Laker* a permis de paralyser la procédure américaine, c'est que les curateurs anglais de l'entreprise faillie étaient évidemment susceptibles des foudres du *contempt of court*.¹⁰⁹⁴ La menace d'exercice du pouvoir de contrainte n'a donc pas dépassé les frontières nationales.¹⁰⁹⁵

Que ce soit directement par le biais de l'arsenal de mesures ressortissant à l'outrage à la cour, ou indirectement, lorsque le for de l'injonction refuse d'accorder effet à une décision étrangère obtenue en violation de l'interdiction de procéder,¹⁰⁹⁶ la sanction de l'injonction est purement *interne*. Le for de l'injonction échappe dès lors à première vue à tout reproche de violation de l'interdiction d'exercice extra-territorial de la contrainte.¹⁰⁹⁷

Cette constatation n'est pas propre à l'interdiction de procéder, elle s'applique également aux autres injonctions dérivant de l'*Equity*, à l'instar de l'injonction *Mareva*. Ici encore la sanction passe par la personne du défendeur à qui l'ordre est adressé et sur qui le tribunal exerce une emprise directe.¹⁰⁹⁸ Les principes de l'*Equity* veulent en effet que l'injonction

d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, [...] se rendent coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnés à une amende [...] avec ou sans emprisonnement [...] » (art. 761 C.P.C.).

¹⁰⁹² Les sanctions du *civil contempt* ne peuvent être invoquées qu'à l'égard de la partie désignée dans l'injonction. Néanmoins un tiers peut également être sanctionné, par le biais du *criminal contempt*, s'il aide en connaissance de cause la personne visée par l'injonction à y échapper.

¹⁰⁹³ *Bushby v Munday*, 56 Eng. Rep. (908), 931 (1821) : "If a defendant who is ordered by this court to discontinue a proceeding which he has commenced against the plaintiff, thinks fit to disobey that order, and to prosecute such proceedings, this court does not pretend any interference with the other court; it casts upon the defendant by punishment for his contempt in his disobedience to the order of the court".

¹⁰⁹⁴ *British Airways Board v Laker Airways Ltd.*, [1984] QB 142, [1983] 3 W.L.R. 544, [1983] 3 All ER 375. De même dans l'affaire des frères Fakh, la Cour s'est contentée de faire saisir les actifs anglais des deux frères lorsqu'il apparut que ceux-ci avaient fait saisir au Sierra Leone un navire appartenant au défendeur, en contravention avec l'injonction décernée par le tribunal anglais. En outre, le juge leur refusa audience sur leur demande de modification des termes de l'injonction : *Fakh Brothers v AP Moiller (Copenhagen) Ltd et al.*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 103.

¹⁰⁹⁵ En l'espèce, la procédure américaine était paralysée. Pour sortir de cette impasse, l'*amicus curiae* nommé par le tribunal américain a proposé à celui-ci de nommer un 'trustee' ou 'receiver', une personne échappant à la compétence des tribunaux anglais et pouvant donc continuer la procédure : Report of Amicus Curiae, *ILM*, 1984, vol. 23, 596. Cette porte de sortie n'a pas dû en l'espèce être utilisée parce que la Chambre des Lords a peu après annulé l'injonction : *British Airways Board v Laker Airways*, [1985] A.C. 58.

¹⁰⁹⁶ Sur cette possibilité indirecte de sanctionner l'injonction, le plus souvent sur base de la violation de l'ordre public, *cons.* W. HAU, 200; BRIGGS et REES, 1997, 280, n° 5-38 ("A judgment obtained by a plaintiff in breach of an English injunction cannot be enforced in England"). V. les explications de Waller L.J. dans l'affaire *Phillip Alexander Securities and Futures v Bamberger and Gilhaus*, [1997] Eu.L.R. 87 ("[I]f someone proceeds in breach of, and with notice of, an injunction granted by the English court to obtain judgments abroad, those judgments should not, as a matter of public policy, be recognised in the United Kingdom"). Dans le même sens, C. WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law The New Private International Law of Intellectual Property in the United Kingdom and the European Community*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 511, n° 8-62. Cette sanction est également territoriale et n'a certainement rien d'exorbitante.

¹⁰⁹⁷ *Cons.* également l'opinion de M. FALLON, *lc.*, *Reu Dr. ULB.*, 1993, (43), 71-72, n° 23, qui conclut qu'"[il] ne semble pas qu'une référence à un principe territorial que consacrerait le droit international public puisse suffire à condamner l'antisuit injunction", adressée à la seule personne du justiciable".

¹⁰⁹⁸ P. ex. pour l'injonction *Mareva*, H. MUIR WATT, *lc.*, *R.C.D.I.P.*, 1998, 27-50, spéc. pp. 28-32 (cet auteur note que "[l]a coercition que [l'injonction] implique, celle des sanctions attachées au contempt of court, s'exerce à l'égard

constitue un remède strictement *personnel*. Est visé par l'interdiction non pas le tribunal étranger, mais bien le justiciable lui-même qui a saisi ce dernier.¹⁰⁹⁹

Les tribunaux insistent lourdement, comme pour anticiper toute critique, sur le caractère *in personam* de l'injonction.¹¹⁰⁰ Lord Brougham expliquait ainsi en 1834 que l'exercice de la compétence d'injonction n'entraînait "aucune prétention d'exercice d'un quelconque *imperium* judiciaire à l'étranger".¹¹⁰¹ L'extra-territorialité est donc le fait de la personne visée et non pas directement du tribunal qui enjoint. Celui-ci peut en quelque sorte se laver les mains sur l'autel de la territorialité sans craindre le blasphème puisque la seule

[du] défendeur *in personam*, sans dépasser les frontières" p. 35) et en général sur l'inutilité du recours à la coopération des autorités judiciaires étrangères pour l'exécution de l'injonction, P. KINSCHE, ac, 1994, 133, n° 116.

¹⁰⁹⁹ Le caractère *in personam* de l'injonction anti-suit, comme de tout remède équitable, peut se comprendre de plusieurs façons. D'un côté l'injonction est dite *in personam* parce qu'elle suppose que le juge statuant en équité examine le comportement de la personne visée. L'équité n'intervient que lorsque les actes du défendeur le requièrent, par exemple lorsque celui-ci exerce un droit dont il est titulaire d'une manière contraire aux bonnes moeurs ('unconscionable'); v. Lord Goff, *Airbus v Patel* : "The focus is [...] on the character of the defendant's conduct, as befits an equitable remedy" ([1998] Lloyd's Rep 637).

Le caractère *in personam* de l'injonction signifie d'autre part qu'avec l'injonction le tribunal vise le défendeur et que c'est donc sur cette personne que le tribunal va agir en cas de violation du commandement (I. SPRY, ac, Sweet & Maxwell, 1990, 30 : "[E]quitable decrees [...] are appropriately said to be *in personam*, in the sense that they are expressed in such a form that they contain a personal direction to the defendant to perform or abstain from the performance of a particular act").

Enfin, le caractère *in personam* limite également la compétence d'injonction aux seuls justiciabmes qui sont soumis à la juridiction du tribunal. Sur la distinction entre les différents aspects du caractère *in personam* v. I. SPRY, ac, Sweet & Maxwell, 1990, 26-35 et les réflexions de la Chambre des Lords dans l'affaire *Turner v Grovit*, [2001] UKHL 65, §§ 24-25 et pour l'injonction *Mareva* : H. HANBURY et J. MARTIN, ac, Sweet & Maxwell, 1993, 801-802.

¹¹⁰⁰ En ce qui concerne l'injonction aux Etats-Unis, v. *Republic of the Philippines v Marcos*, 862 F. 2d 1355, 1363 (9th Cir) ("because the injunction operates *in personam*, not *in rem*, there is no reason to be concerned about its territorial reach". En l'espèce, un juge californien avait octroyé à la République des Philippines une injonction qui interdisait à l'ancien président Marcos de disposer de ses biens, quel que soit leur emplacement).

¹¹⁰¹ Le pouvoir d'injonction est fondé "not upon any pretension to the exercise of [...] judicial rights abroad", *Lord Portarlington v Scully*, [1834] 3 My. & K. 104, 108 ("In truth, nothing can be more unfounded than the doubts of the jurisdiction. That is grounded, like all other jurisdiction of the court, not upon any pretension to the exercise of judicial rights abroad, but on the circumstances of the person of the party on whom this order is made being within the power of the court").

V. également *Bushby v Munday* (1821) Madd. (297), 307, (le tribunal anglais "does not pretend to any interference with the other court, it acts upon the defendant [...]); *Steelman v All Continent Corp.*, 301 U.S. (278), 290-391 (le juge Cardozo écrivait à propos de la partie qui sollicite une injonction que "[h]e is not seeking a writ of prohibition directed to the court itself. [...] What he seeks is an injunction directed to the suitor, and not to any court. [...] We are unable to yield assent to the statement of the court below that 'the restraint of a proper party is legally tantamount to the restraint of the court itself'. The reality of the distinction has illustration in a host of cases", il s'agissait d'une espèce interne); *In Re Unterwieser Reederei GmbH (Zapata Off-Shore Co. V. M/S Bremen and Unterwieser Reederei GmbH)*, 428 F. 2d 888, 892 (CA 5th Cir. 1970) ("Though a domestic court has no power to restrain the courts of a foreign nation, it has admitted power to deal with litigants properly before it. An exercise of the later power is not the assumption of the former"); *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon* [1987] 1 A.C. 59 (C.A.) ("the English court does not attempt to restrain the foreign court, but operates *in personam*, restraining a party from instituting or prosecuting the suit in the foreign jurisdiction", Robert Goff L.J.); *Lett v Lett*, [1906] 1 I.R. 618, 629 (Irlande) (le juge Potter, M.R., explique que la compétence d'injonction "was founded not on any arrogant assumption of powers in our Courts over foreign tribunals, but upon an undoubted control over the subject of the realm, as a personal right to restrain them from committing injustice by prosecuting inequitable claims [...] wherever asserted").

STORY lui-même faisait la distinction : "A writ of injunction [...] is not addressed to those courts. It does not even affect to interfere with them. The process, when its object is to restrain proceedings at law, is directed only to the parties. It neither assumes any superiority over the court in which those proceedings are had, nor denies its jurisdiction", J. STORY, ac, 14^{ème} éd., vol. II, Boston, Little, Brown & Co., 1918, 560-561, § 1195.

pression exercée l'est sur la personne du défendeur. On comprend que Mme. *Muir Watt* parle dans ce contexte de "territorialité contournée".¹¹⁰²

253. Licéité de l'exercice extra-territorial d'une contrainte abstraite - En apparence, le caractère personnel de l'injonction et l'internalisation de la sanction amènent à conclure que le for qui a recours à l'interdiction de procéder ne prétend pas exercer une quelconque compétence coercitive en dehors de son territoire national. L'injonction constitue toutefois un commandement juridique : le juge qui enjoint dit le droit et entend bien que sa décision soit respectée. A ce titre, la décision d'enjoindre n'est pas exempte de toute contrainte – sinon elle serait d'ailleurs entièrement facultative. Comme d'aucuns l'ont fait remarquer, cette contrainte n'est que purement *intellectuelle*.¹¹⁰³ En prescrivant au défendeur d'adopter un certain comportement sur le territoire d'un Etat étranger, le juge n'exerce sur ce territoire aucun acte matériel de coercition. Sa décision anticipe bien entendu une mesure d'exécution éventuelle, à défaut d'exécution spontanée. Comme on l'a vu, la particularité des injonctions *in personam* – qui fait leur génie – est toutefois que la sanction éventuelle de l'interdiction est entièrement 'internalisée' : les moyens de contrainte auxquels le tribunal aura recours, ne se déploieront que sur son territoire national.

La seule prétention extra-territoriale qu'on peut imputer au for de l'injonction réside dès lors dans le caractère obligatoire de sa décision, qu'il revendique non seulement pour son propre ordre juridique, mais également pour le territoire étranger. Cette revendication purement abstraite ou intellectuelle ne s'accompagne d'aucune prétention à l'exercice d'une contrainte physique sur le territoire étranger. La question est dès lors de savoir si seule cette dernière est critiquable au regard du droit international, et si celui-ci tolère par conséquent l'exercice extra-territorial d'une contrainte 'abstraite'.

254. Licéité de l'exercice extra-territorial d'une contrainte abstraite (suite) - Les avis sont partagés sur cette question quasi métaphysique. *M. Rigaux* adopte par exemple une conception résolument extensive de la notion de contrainte, qui ne saurait selon lui se limiter à ses aspects physiques ou matériels. Déjà en 1977, il écrivait que la contrainte "[...] est trop souvent réduite aux actes matériels d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes".¹¹⁰⁴ Plus récemment, s'appuyant sur une analyse ontologique du concept de contrainte dans ses rapports avec le droit, *M. Rigaux* a soutenu qu'"il serait naïf de croire que [les actes de contrainte pure et simple, telles l'arrestation d'une personne ou la saisie d'un bien, épuisent] le contenu de la notion de contrainte".¹¹⁰⁵

Constatant que la sanction de normes juridiques par un "système policé de récompenses ou de rémunérations" peut se révéler bien plus efficace que le recours aux actes matériels d'intimidation, il en déduit qu'"il serait déraisonnable de limiter la coercition au seul exercice effectif d'une contrainte physique immédiate".¹¹⁰⁶ Ceci lui permet de suggérer

¹¹⁰² *Id.*, R.C.D.I.P., 1998, 32. Pour un autre exemple de 'succédané' de la contrainte, v. Bruxelles, 19 novembre 1996, *Pas.*, 1995, II, 119, qui « débarrassé des complexes de la territorialité » (selon l'expression de MM. BORN, FALLON et VAN BOXSTAEL, 572, n° 302), impose la constitution d'une garantie destinée à se substituer à une saisie conservatoire à l'étranger.

¹¹⁰³ Pour la distinction entre la contrainte *matérielle* et la contrainte purement *intellectuelle* v. G. CUNBERTI, *oc.*, 2000, 25-27, n° 31-33 (pour qui seule la première est interdite par le droit international); M. FALLON, *Id.*, *Reu Dr. ULB*, 1993, (43), 52, n° 8 et surtout B. STERN, "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit", *Ann. fr. dr. int'l.*, 1986, (7), 14-16 et les nombreuses références citées.

¹¹⁰⁴ F. RIGAUX, *oc.*, Paris, Pedone, 1977, 312, n° 157.

¹¹⁰⁵ Rapport précité, *Ann. Inst. Dr. Intl.*, 1999, (507), 529.

¹¹⁰⁶ *Id.*, 532.

que la notion de contrainte est loin d'être univoque. Il propose d'y inclure non seulement l'acte physique de coercition, mais également la menace de l'accomplissement d'un tel acte ou encore l'offre d'une alternative entre deux comportements dont l'un a pour conséquence une peine et l'autre une récompense.¹¹⁰⁷ Cette grille d'analyse une fois dégagée, il en conclut qu'"il paraît difficile de dénier à l'injonction relative à la conduite à tenir dans le pays B une nature coercitive, bien que les autorités du pays A n'aient pas le pouvoir – et n'entendent pas se l'arroger – d'exercer un acte de contrainte physique ou matérielle sur aucun territoire autre que le leur".¹¹⁰⁸

L'analyse de M. Rigaux, qui consiste à assimiler la menace de contrainte à son exercice effectif, semble condamner la pratique des injonctions *anti-suït* – même si l'auteur refuse de se prononcer catégoriquement à ce sujet, se contentant de soulever la question de leur contrariété avec le droit international.¹¹⁰⁹

255. Licéité de l'exercice extra-territorial d'une contrainte abstraite (suite et fin) - C'est peu dire que cette analyse n'est pas unanimement partagée. A moins de remettre en question la prohibition de l'exercice transfrontière de la contrainte, l'analyse de M. Rigaux conduirait en effet à invalider un grand nombre de pratiques actuelles des Etats. Quand on sait que l'utilisation du pouvoir d'injonction rend de nombreux services aux justiciables en permettant une sérieuse économie de procédures,¹¹¹⁰ l'on hésitera à s'engager dans la voie tracée par M. Rigaux.

On lui préférera au contraire la position plus nuancée défendue par d'autres auteurs.¹¹¹¹ B. Stern note par exemple que "ce n'est pas parce que des injonctions s'adressent à des personnes qui ne se trouvent pas sur le territoire qu'elles deviennent de ce seul fait des actes exécutés extra-territorialement".¹¹¹² Tout en se refusant à condamner l'injonction lorsque celle-ci se borne à émettre une norme purement intellectuelle, cette doctrine propose de reporter l'analyse sur le terrain de la compétence – la contrariété avec le droit international ne venant pas de l'extra-territorialité de la contrainte, mais plutôt de l'exercice d'une compétence excédant les limites assignées par le droit international.¹¹¹³ Toute la difficulté consiste alors à définir avec précision où se situent ces limites.¹¹¹⁴

En définitive, il est sans doute impossible de trancher la question de façon catégorique. S'il ne fait pas de doute qu'il faut se garder d'adopter une définition exclusivement 'physique' de la contrainte,¹¹¹⁵ on peut douter de la possibilité de s'entendre sur des

¹¹⁰⁷ Id., 533-534.

¹¹⁰⁸ Id., 533. V. également le paragraphe I-3 du projet de résolution, p. 563.

¹¹⁰⁹ Id., 538-539.

¹¹¹⁰ V. la justification avancée par le HR dans l'affaire *Interlas* précitée.

¹¹¹¹ Notamment B. STERN, *l.c.*, *Ann. fr. dr. int'l.*, 1986, (7), 14-17 et les nombreuses références citées.

¹¹¹² P. ex. B. STERN, *l.c.*, *Annuaire français droit int'l.*, 1986, 15.

¹¹¹³ Idem, 14-16.

¹¹¹⁴ Idem, 16-26. On peut également s'interroger sur la question de savoir si l'existence d'un lien raisonnable avec la situation litigieuse, suffit à justifier l'intervention du for, qu'elle quelle soit.

¹¹¹⁵ La Cour d'Appel de Liège a dans une décision récente refusé de faire la distinction entre le commandement que constitue l'injonction et l'exercice de la contrainte (Liège, 6 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, 1728). Dans le cadre d'un litige entre ex-époux portant sur le montant du secours alimentaire postulé par l'ex-épouse, cette dernière avait obtenu du juge des référés belges qu'il ordonne à une banque Luxembourgeoise de produire le relevé complet des comptes dont l'ex-époux était titulaire dans ses livres, sous peine d'une forte astreinte. Sur la tierce opposition de la banque, la Cour d'Appel est revenue sur l'ordonnance, en constatant que l'injonction constitue "à l'égard d'un ressortissant étranger domicilié à l'étranger une mesure coercitive à laquelle ce ressortissant est tenu de se conformer sous peine d'encourir une sanction financière" (p. 1735). Or la seule mesure de coercition consistait dans la menace

critères de compétence à la fois précis et qui permettent de rendre compte de la diversité des pratiques des Etats.¹¹¹⁶ Pour insatisfaisante qu'elle soit, la conclusion de ce débat doit dès lors être que l'injonction *anti-suit* se situe aux confins du licite et de l'illicite en droit international.

Le caractère *in personam* de l'injonction *anti-suit*, qui s'explique par son histoire, l'immunise sans doute contre l'accusation d'exercice à l'étranger de l'imperium judiciaire. Il reste que l'action postulée par l'interdiction touche à la conduite d'une procédure judiciaire étrangère. Il faut dès lors se demander si l'injonction est conciliable avec le respect de la souveraineté étrangère.

2. L'INTERDICTION DE PROCEDER ET LA SOUVERAINETE ETRANGERE

256. Introduction - L'injonction *anti-suit* contourne la prohibition d'exercice extra-territorial de la contrainte en ne s'adressant qu'au seul défendeur.¹¹¹⁷ *De facto* elle postule toutefois un effet sur la procédure dont le for étranger est saisi. Cet effet constitue même sa raison d'être et son but avoué. Derrière le caractère personnel de l'injonction il y a une (tentative d') interférence, même indirecte, avec la procédure étrangère. On est dès lors en droit de se demander si l'exercice du pouvoir d'injonction ne constitue pas une ingérence induite dans une question qui est de la compétence exclusive de l'Etat visé.

(A) La réalité d'une interférence

257. Distinction entre interférence et violation de la souveraineté - Qu'il y ait interférence n'est pas contesté, pas même par les tribunaux qui se prétendent investis du pouvoir d'injonction. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer le véritable duel qui a opposé les tribunaux américains et anglais dans la saga *Laker Airways*. Ayant vu sa procédure paralysée par l'effet de l'injonction décernée par le juge anglais, le tribunal américain décrit l'effet de cette interdiction dans les termes suivants :

«[le tribunal anglais] a également déclaré [...] que le type d'injonction qu'il a décerné 'ne constitue pas une interférence par un tribunal dans la procédure d'un autre'. Avec le plus grand respect, cette Cour ne peut partager cette opinion. Il ne peut être nié qu'une injonction émanant d'un tribunal et qui

d'une astreinte, menace qui n'était en elle-même nullement extra-territoriale. Il est difficile d'admettre que le commandement adressé à la banque constituait en lui-même une atteinte à la souveraineté du Luxembourg comme semble le suggérer la Cour. Si violation du droit international il y avait, ce n'est pas tant en raison de l'exercice extra-territorial de la contrainte, absente en l'espèce, mais bien plus par la revendication de compétence dans le chef du tribunal belge à l'égard d'une banque domiciliée au Luxembourg, pour des activités bancaires déployées au Luxembourg. Sur la distinction entre les deux, cf. B. STERN, *loc. cit.*, 1986, (7), 14.

¹¹¹⁶ Un autre exemple délicat est celui de la signification d'une citation. Lorsqu'un Etat prétend signifier directement à une personne domiciliée dans un autre, une invitation à comparaître devant un de ses tribunaux, on acceptera volontiers qu'il y a exercice de la compétence d'exécution, et donc violation du droit international, si l'Etat envoie pour ce faire un de ses huissiers de justice procéder à la signification. En va-t-il toutefois de même lorsque la signification prend la forme de l'envoi d'une lettre recommandée? C'est ce qu'a décidé un tribunal américain, *F.T.C. v Compagnie de Saint-Gobain-Pont-à-Mousson*, 636 F.2d 1300, 1315-1318 (D.C. 1980). V. également Cass. fr., 29 nov. 1973, *R.C.D.I.P.*, 1974, 694, note B. COUCHEZ (la Cour casse une décision par laquelle un juge français invitait un juge espagnol par commission rogatoire à poser un acte d'exécution).

¹¹¹⁷ *Adde* sur ce 'contournement', H. MUIR WATT, « L'exécution du contrat dans un contexte international », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, M. FONTAINE et G. VINEY (éds.), Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2001, (789), 795.

interdit à une partie de participer plus avant à la procédure dont est saisie cette cour, comme l'ordonne la décision du tribunal anglais [...] constitue autre chose qu'une interférence directe avec la procédure dont est saisie cette cour [...]".¹¹¹⁸

Au-delà du véritable tour de passe-passe que constitue le caractère strictement personnel de l'injonction, il est difficile de nier la réalité de l'interférence. Comme l'observe M. McLachlan, "*this in personam tag is a bit of a fiction*"¹¹¹⁹ - une analyse qui est partagée par la majorité des auteurs.¹¹²⁰ La question est de savoir si cette intervention dépasse les limites

¹¹¹⁸ *Laker Airways Ltd. v Pan American Airways et al.*, 559 F. Supp. 1124, 1128 (D.D.C. 1983) : "[le tribunal anglais] has also stated [...] that the type of injunction he issued 'does not represent an interference by one court with the proceedings of another'. With utmost respect this Court must differ. It can hardly be said that an order which, for example, directs a party not to file further papers in this Court, as did the order of the British court [...] is anything other than a direct interference with the proceedings in this Court". Remarquons que cette lucide analyse n'a pas empêché le tribunal américain d'interdire à son tour aux défendeurs de poursuivre la procédure anglaise.

La jurisprudence témoigne d'une belle unanimité sur cette question, v. p. ex. dans la même affaire *Laker*, l'observation de la Chambre des Lords selon laquelle les injonctions constituent "however disguised and indirect, an interference with the process of justice in the foreign court" : *British Airways Board v Laker Airways Ltd.* [1985] A.C. 58, 95 et celle de la Cour d'Appel américaine, *Laker Airways v Sabena Belgian World Airlines* 731 F. 2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984) ("Injunctions operate only on the parties within the personal jurisdiction of the courts. However, they effectively restrict the foreign court's ability to exercise its jurisdiction"); *Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] 3 All ER 519 (une injonction "indirectly affects the foreign court" et le Privy Council d'en déduire qu'il faut utiliser les injonctions avec réserve); *Compagnie des Bauxites de Guinée v Insurance Co. of N. Am* 651 F. 2d 877, 887 (3rd Cir. 1981) ("there is no difference between addressing an injunction to the parties and addressing it to the foreign court itself" et le juge de poursuivre : "Enjoining the parties necessarily affects the court and compromises the comity which the federal court owes to courts of other jurisdictions"); *CSR v Cigna* 146 ALR 402 at 435 ("it nevertheless interferes with the process of the foreign court and may well be perceived as a breach of comity by that court"); *China Trade & Development v M.V. Choong Yong* 837 F. 2d 33, 35-36 (2nd Cir. 1987) ("The fact that the injunction operates only against the parties and not directly against the foreign court, does not eliminate the need for due regard to principles of international comity [...] because such an order effectively restricts the jurisdiction of the court of a foreign sovereign"); *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349 at 1354 (6th Cir. 1992); *Canadian Filters (Harwich) Ltd. v Lear Siegler, Inc.* 412 F. 2d 577, 578 (1st Cir. 1969); *South Carolina Insurance v De Zeeven Provinciën Assurantie N.V.*, [1987] AC (24), 40 ("It involves interference with the process of the foreign court concerned"); *Phillip Alexander Securities v Bamberger and Gilbaus* [1997] EuLR 79 (Cour d'Appel prend argument, pour refuser de maintenir l'injonction accordée en première instance, de la réaction du tribunal allemand visé en notant que "the German court is offended by the grant of an injunction and does regard it as an interference"); *Ambem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.* [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 105 ("While the restraining order operates in personam on the plaintiff in the foreign suit and not on the foreign court itself, it has the latter effect and therefore raises serious issues of comity" et plus loin, "I do not agree that because an anti-suit injunction does not directly operate on the foreign court but *in personam* on the plaintiff in that court, comity is not involved. [...] whatever the form of the restraint, the court whose proceedings is effectively restrained regards it as an interference with its jurisdiction").

Adde l'observation de M. Lowenfeld à propos de l'injonction *Mareva*, selon laquelle "All I really know is that slogans like 'Equity acts in personam' [...] do not begin to address the conflicting values of security, sovereignty, reliance and fairness that emerge in a kaleidoscope of variations" : A. LOWENFELD, "Injunctions Across National Frontiers: A Tale of Two Cities", *Am Rev Int'l Arb.*, 1992, (3), 15.

¹¹¹⁹ C. MCLACHLAN, "Extraterritorial Orders Affecting Bank Deposits...", *l.c.*, 53.

¹¹²⁰ P. ex. L. COLLINS, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Recueil des Cours*, 1992-III, t. 234, 141 ("The theory has always been that the exercise of this power does not involve interference with the jurisdiction of the foreign court [...]. It is now, however, recognized that one of the reasons for the caution with which the jurisdiction must be exercised, is that it involves interference with the process of the foreign court concerned"); *Dacey & Morris*, 12^{ème} éd. 1993, I, 408 ("the remedy is an indirect interference with the process of the foreign court"); P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 5 ("it must be admitted that, although the injunction only operates *in personam* against a party to the foreign proceedings, it can, if effective, sometimes operate as an interference, albeit indirect, with the process of a foreign court"); G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Trans. L.*, 1990, 589 ("That anti-suit injunctions are addressed to private persons within the jurisdiction of the enjoining court (operating against them in personam) rather than directly to the foreign court whose proceedings are at issue, does not substantially lessen the element of conflict"); T. C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 506 ("in theory, an antisuit injunction does not interfere with a foreign court because it operates *in personam* [...] this argument is sophistry"); L. E. TEITZ, "International Litigation, I, Parallel Proceedings/Antisuit Injunctions", *Intl. Lawyer*, 1997, (317), 317-318 ("While the injunctive relief is technically against the parties rather than the foreign court, the impact and the offense to the other court's jurisdiction and sovereignty is as obvious"); A. N. VOLLMER, "U.S. Federal Court Use of the Antisuit Injunction to Control International Forum Selection", *l.c.*, 248-250 ("enjoining a party from

de ce qui est internationalement acceptable. C'est ce qu'a conclu le tribunal allemand qui a refusé dans l'affaire *Philipp Alexander* de faire procéder à la signification de la décision anglaise accordant une injonction. Le motif invoqué pour justifier ce refus était en effet pris de la violation de la souveraineté allemande.¹¹²¹ On va voir que cette analyse pêche par manque de nuance.

258. Une interférence aux confins de la licéité internationale - On s'accorde pour reconnaître que si l'injonction visait directement le tribunal étranger, elle constituerait une atteinte intolérable à la souveraineté de l'Etat¹¹²² - même si la violation de la souveraineté étrangère serait difficilement sanctionnable. En l'absence de volonté d'atteindre directement le juge étranger, il est difficile de poser de façon absolue que l'injonction viole la souveraineté de l'Etat visé.¹¹²³ Certes l'injonction antisuit se distingue d'une

pursuing litigation in a foreign court is highly intrusive and offensive to the foreign court and foreign nation" et plus loin "Antisuit injunctions offend basic international notions of sovereign equality, respect for diversity and pluralism and mutual toleration and accomodation"; S. CROMIE, *ac*, 1997, 439 ("inevitably an interference with the proceedings of a foreign court"); CHESHIRE et NORTH, 1999, 268 et 360 ("although the claim is directed at a person there is, nonetheless, an implicit interference with the jurisdiction of a foreign court whenever an English court grants an injunction restraining foreign proceedings"); A. BRIGGS et P. REES, 1997, 280, n° 5-38 ("The issue of an anti-suit injunction is a very intrusive matter"); W. BINCHY, *Irish Conflicts of Law*, Butterworths, 1988, 170 ("[...] the injunction, although it binds only the defendant, has the effect of preventing a foreign court from entering on or proceedings with a litigation within its jurisdiction"); J. J. FAWCETT, "Trial in England or Abroad : The Underlying Policy Considerations", *Oxford J.L.S.*, 1989, (205), 211 ("If the person against whom the injunction is directed obeys it [...] the foreign court is balked in its ability to pronounce upon the merits of the case and produce a judgment"); J. H. C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 4ème éd., par D. MCLEAN, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, 98 ("This is not a case of attempting to dictate to the foreign court, for the injunction is not to the court but to the party. The effect, nonetheless, is to interfere with proceedings in another jurisdiction [...]").

¹¹²¹ Comme le permet l'article 13 de la Convention de La Haye de 1965 : OLG Düsseldorf, 10 octobre 1996, *IPRax*, 1997, 176; *Z.Z.P.*, 1996, 221; *EuZW*, 1996, 351 et les commentaires de J. HARRIS, "Restraint of Foreign Proceedings : the View from the Other Side of the Fence", *Civil Justice Quarterly*, 1997, 283-289. *Comp.* cependant les observations critiques de M. LENENBACH, *lc*, *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, (257), 319-321 et de R. STÜRNER, *Z.Z.P.*, 1996, (224), 232 (ces auteurs mettent en doute la légitimité du recours à l'article 13(1), la souveraineté de l'Etat requis n'étant pas selon eux en jeu).

Adde sur la question de la signification d'une injonction anti-suit, M. MAACK, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 58-133.

¹¹²² F. RIGAUX, *ac*, *Recueil des cours*, 1989-I, t. 213, 81-82, n° 57 ("L'autorité d'un Etat ne peut adresser d'injonction à l'organe d'un autre Etat [...]"); H. SCHACK, 1996, 302, n° 770 ("Ein solcher Eingriff wäre völkerrechtswidrig"); W. HAU, "Zustellung ausländisches Prozeßführungsverbote", *IPRax*, 1997, (161), 163 ("Eine Anweisung an ein ausländisches Gericht, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen, wäre eine erhebliche Souveränitätsverletzung", et renvoie à M. GEIMER, *ZfRV*, 1982, (321), 338 ("Völkerrechtswidrig"). Dans le même sens, LENENBACH, *lc*, *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 293 ("Antisuit injunctions can be directed at either the foreign court or at the party suing in the foreign forum. If the injunction orders the foreign court no to exercise its judicial authority, it is an intervention in the internal affairs of the foreign sovereign").

On doit dès lors approuver la décision du tribunal de Termonde qui s'est déclaré sans pouvoir de juridiction pour statuer sur la demande d'interdiction d'une procédure américaine de 'pre-trial discovery' (Prés. Comm. Termonde (réf.), 3 janvier 2000, *R.W.*, 2001, 1095 et les observations de M. NEUT; *R.D.C.B.*, 2000, 242 et nos commentaires). En l'espèce le demandeur prétendait obtenir du tribunal belge qu'il ordonne la cessation de toute mesure d'instruction entreprise dans le cadre d'une procédure pendante devant un tribunal américain, sans préciser si l'injonction qu'il sollicitait visait le demandeur à l'étranger ou le tribunal américain. Sagement, le président s'est abstenu de faire droit à la demande d'abstention en se réfugiant derrière la souveraineté du for étranger.

¹¹²³ *Comp.* P. GOTTFELD, *lc*, in *Festschrift für W. J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6 April 1989*, W. F. LINDACHER et al. (éds.), Verlag E. & W. Gieseking, 1989, (119), 122-123 (l'auteur dénonce la fiction du caractère *in personam* de l'injonction et conclut que l'injonction constitue "ein Eingriff in die Justizhoheit des Staates, die mit der Pflicht zur gegenseitigen Achtung (comity) nicht vereinbar ist") et de Y. FURUTA, *lc*, *Pacific Rim Law & Policy J.*, 1995, (1), 47 (qui explique que "such an interference with foreign courts shall constitute a violation of foreign sovereignty [...] Antisuit injunctions, though addressed to the parties and not to the foreign court itself, threaten the foreign judicial sovereignty. When an antisuit injunction is issued, the foreign court is deprived of the opportunity to exercise its jurisdiction"), avec l'opinion plus nuancée de J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 66 ("Gewiß ist eine mittelbare Einflußnahme auf eine ausländisches Prozeßführungsverhältnis kein Völkerrechtlich unzulässiger Eingriff in die ausländische Gerichtsbarkeit, da die Entscheidungsbefugnis der

simple interdiction adressée à un justiciable de disposer de ses avoirs, cette dernière ne mettant pas directement en cause le déroulement d'une procédure judiciaire étrangère. Il est cependant difficile d'invoquer à l'égard de l'injonction *anti-suit* une éventuelle violation de l'interdiction de l'intervention d'un Etat dans les affaires d'autrui.¹¹²⁴

S'il demeure difficile de s'entendre sur le contenu précis de ce principe,¹¹²⁵ on s'accorde généralement pour dire qu'il vise à sauvegarder la libre décision des Etats dans les matières qui les intéressent le plus directement.¹¹²⁶ C'est ainsi que chaque Etat souverain possède une prérogative exclusive pour régler le fonctionnement de ses propres tribunaux comme il l'entend. Comme la Cour Internationale l'a relevé, pour constituer une violation l'intervention d'un Etat "doit [...] porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des Etats permet à chacun de se décider librement. Il en est ainsi des choix du système politique, économique, social et culturel et [...] de la formulation des relations extérieures".¹¹²⁷ Or l'injonction *anti-suit* ne remet certainement pas en cause l'organisation même du système judiciaire visé. Si chaque Etat est en droit de revendiquer une complète autonomie dans la façon dont il entend mener sa 'barque' judiciaire, on conviendra que l'injonction ne vise pas à saborder cette embarcation, ni à en changer radicalement le cap. Tout au plus peut-on parler d'une pression indirecte dans une espèce donnée, à l'instar d'un moustique qui viendrait agacer le passager l'espace d'une traversée...

259. Une interférence aux confins de la licéité internationale (suite) - Une analogie avec la compétence législative peut illustrer notre propos : on doit admettre que le droit international ne pourrait tolérer qu'un Etat prétende se prononcer sur la validité d'une loi étrangère.¹¹²⁸ Il est plus difficile de condamner un Etat qui tenterait d'influencer le processus législatif d'un autre pour obtenir qu'une loi donnée ne soit pas acceptée. Pour autant que les moyens utilisés pour ce faire soient eux-mêmes licites, une telle interférence ne doit pas nécessairement craindre la sanction du droit international. Il en va sans doute de même pour l'injonction *anti-suit*.¹¹²⁹

ausländischen Gerichte unangetastet bleibt"). *Adde* également les auteurs cités par P. KINSCH, *op. cit.*, 1994, 132, note 21.

¹¹²⁴ Sur ce principe général du droit international, v. p. ex. la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations pacifiques et la coopération entre les Etats, Rés. 2625 (XXV) du 24 oct. 1970.

¹¹²⁵ Sur ces difficultés, v. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 144.

¹¹²⁶ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, 2000, 145. V. C.I.J., *Affaire des activités militaires et para-militaires au Nicaragua*, 27 juin 1986, *Rec.*, 108 et les commentaires de P. M. EISEMANN, *Annuaire Fr. Droit Int'l.*, 1986, 153-191.

¹¹²⁷ C.I.J., affaire du Nicaragua précitée, 108, § 205. *Cors.* également le projet de résolution de l'Institut de Droit International, Dix-Neuvième Commission, paragraphe III-1, qui rappelle que "le principe de souveraineté [...] devrait protéger [l'Etat] contre toute immixtion des autres Etats dans le choix de son régime économique et social", (Rapport précité, *Ann. Inst. Dr. Intl.*, 1999, 564).

¹¹²⁸ Comme le note p. ex. F. A. MANN, *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 138-139.

¹¹²⁹ L'analogie que tente Mme. *Muir Watt* avec la reconnaissance d'une décision étrangère ne paraît par contre pas convaincante. Selon cet auteur (H. MUIR WATT, "Harçèlement sur harcèlement ne vaut (des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen)", *Reu Gen. Procédures*, 1999, (747-763), 758-759, l'argument tiré de la violation de l'exclusivité des compétences étatiques en matière d'organisation du pouvoir judiciaire n'est pas pertinent car l'injonction n'a pas plus pour objet le fonctionnement de la procédure étrangère que le refus opposé par un Etat à la reconnaissance des jugements d'un autre. Si comparaison il y a sur ce terrain, c'est non pas avec le simple refus de donner effet à une décision étrangère, dont personne ne contestera la légitimité, mais bien avec l'injonction interdisant au créancier du jugement de l'invoquer à son profit dans le for ou dans un Etat tiers, ce qui va déjà plus loin. Ce type particulier d'injonction se rencontre dans la jurisprudence américaine, v. p.ex. *Dobson v Dobson*, 12 N.Y. 156 (1854) (les tribunaux de New York donnent suite à une injonction accordée par les tribunaux du Connecticut, interdisant à une partie de se prévaloir d'un jugement rendu par les tribunaux de New York!). En général, W. L. M. REESE, "Full Faith and Credit to Foreign Equity Decrees", *Iowa L. Rev.*, 1957, (183), 196-197.

Quand on sait que l'intervention indirecte que constitue l'injonction porte la plupart du temps sur des litiges mettant en jeu des intérêts exclusivement privés, on acceptera volontiers qu'il est difficile de prétendre que le principe de souveraineté – aux contours au demeurant fort vagues – est violé.¹¹³⁰

On peut dès lors assimiler l'exercice du pouvoir injonctif dans ces circonstances à une 'égratignure' inhérente à la nature concurrente des compétences internationales.¹¹³¹ On constate d'ailleurs que les tribunaux anglais et américains ont eu recours à l'injonction dans de nombreuses espèces, sans que cette pratique fasse l'objet de dénonciation ou de protestation dans le chef des Etats visés.¹¹³² L'absence de réaction tend à confirmer l'existence d'une certaine tolérance de la communauté internationale pour le recours au pouvoir d'injonction.¹¹³³ Il est naturellement difficile de dessiner avec précision la frontière entre le comportement illicite et celui qui pour être indelicat, n'en reste pas moins tolérable.¹¹³⁴

Au mieux l'injonction appartient-elle à cette zone grise, typique du droit international, dont les formulations vagues et l'absence de mécanismes de sanction directs relèguent

¹¹³⁰ Il en irait tout autrement si un tribunal prétendait *annuler* purement et simplement la décision rendue par un autre. Certes, ici encore il n'est pas question d'une remise en question complète du système judiciaire étranger mais d'une simple interférence ponctuelle. L'attaque n'est toutefois plus indirecte, mais bien frontale, puisqu'il s'agit de défaire ce que le tribunal étranger a fait, de censurer l'acte de la justice étrangère. Le principe de souveraineté ne saurait souffrir une telle interférence, comme le notent F. RIGAUX (a.c., *Recueil des cours*, 1989-I, t. 213, 81-82, n° 57) et M. FALLON (l.c., *Reu Dr. ULB.*, 1993, 54, n° 9).

On constate d'ailleurs que les tribunaux refusent de s'aventurer dans de telles démarches (p. ex. Trib. Utrecht, 9 novembre 1949, *N.J.*, 1950, n° 497 (le tribunal refuse d'annuler une décision étrangère); TGI Paris, 29 juin 1988, *R.C.D.I.P.*, 1990, 338, note B. ANCEL (le tribunal constate en obiter dictum que "les tribunaux français ne peuvent prononcer la nullité d'un jugement étranger").

Les tribunaux répugnent également à autoriser la mainlevée d'une saisie conservatoire autorisée par un juge étranger (TGI Paris, 29 juin 1988, *R.C.D.I.P.*, 1990, 338, note B. ANCEL (décision rendue dans l'affaire de *Dampierre*, supra n° 5. Le tribunal français déclare qu'il n'a pas le pouvoir de lever les mesures conservatoires prises par les juges anglais et américains); Cass. fr. 12 mai 1931, *S.*, 1932, 1, 137, note NIBOYET; *J.D.I.*, 1932, 387, note PERRAUD (la Cour casse une décision d'un tribunal qui s'était reconnu compétent pour connaître d'une action en mainlevée d'une saisie-arrêt effectuée à l'étranger. La Cour évoque pour ce faire le principe de "la souveraineté et de l'indépendance respective des Etats [...]"); TGI Lyon, 4 mai 1993, *D.*, 1994, 55, note REMERY. V. également P. KINSCH, a.c., 1994, 138, note 45, qui approuve ces décisions en notant que "pareille immixtion dans le fonctionnement d'un service public étranger pourrait effectivement être contraire aux principes de l'indépendance et de la souveraineté respectives de l'Etat [...]").

¹¹³¹ *Comp.* HAU, 215-216 qui propose de faire une distinction selon que l'injonction vise une procédure déjà entamée ou au contraire à venir. Il conclut que seule la première hypothèse pourrait éventuellement être qualifiée de violation du droit international.

M. Fallon souligne que puisque l'injonction est adressée à un particulier et ne prétend à aucune portée juridique en dehors du territoire national, elle n'est sans doute pas contraire au droit international (M. FALLON, l.c., *Reu Dr. ULB.*, 1993, (43), 83, n° 33). Il réserve toutefois l'hypothèse dans laquelle l'injonction aurait pour effet de contrecarrer le jeu des règles de compétence internationale du for, pour autant que celles-ci soient d'ordre public. Dans ce cas, c'est le droit national qui s'opposerait à l'injonction. La sanction ne pourrait dès lors intervenir qu'a posteriori et non priver le for de sa compétence d'injonction.

¹¹³² Même si certaines affaires, et en particulier la saga *Laker Airways*, ont vu des réactions outrées des tribunaux visés.

M. KINSCH note justement que les rares exemples de protestation ne visaient pas tant la pratique en elle-même des injonctions extra-territoriales, mais bien l'exercice contestable d'une compétence à l'égard d'un défendeur ne présentant que peu de liens avec le for (a.c., 1994, 134, n° 116).

¹¹³³ *Comp.* LENENBACH, l.c., *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, 1998, (257), 295 : "there is no customary international law between the US, England and Germany which precludes the use of anti-suit injunctions".

¹¹³⁴ Mme. *Muir Watt* indique que le pouvoir injonctif n'est pas nécessairement mis au service d'intérêts strictement nationaux, il peut également servir des intérêts universellement partagés (l.c., *Reu gén. proc.*, 1999, 759-760). Si l'intervention dans la justice étrangère que constitue l'injonction viole la souveraineté étrangère, on peut douter que le 'bon samaritanisme' du for de l'injonction puisse justifier l'intervention.

une série de comportements aux frontières entre l'interdit et la tolérance mêlée de suspicion.¹¹³⁵

(B) Le devoir de prudence

260. *La comitas gentium* comme limite au pouvoir d'injonction - S'agissant d'un instrument aux confins de la licéité internationale, le recours à l'interdiction de procéder doit s'accompagner d'une obligation de *prudence*.¹¹³⁶ Les tribunaux anglais et américains semblent être pleinement conscients du devoir de réserve qu'impose le droit international. Concrètement, ils déduisent cette obligation d'une référence aux nécessités de la 'courtoisie internationale' dont l'injonction constitue la négation. On retrouve ainsi dans la plupart des décisions un appel à limiter le recours à l'injonction aux circonstances les plus exceptionnelles,¹¹³⁷ même s'il faut bien constater qu'en pratique l'incantation rituelle à une certaine circonspection ne pèse pas toujours d'un grand poids.

La jurisprudence récente montre d'ailleurs un attachement plus que formel à la courtoisie internationale. On a déjà mentionné la décision de mettre fin au parallélisme traditionnellement maintenu entre l'injonction et le 'stay' (*supra*, n° 223). La Chambre des Lords a justifié cette séparation par la nécessité de ne pas porter atteinte à la courtoisie internationale.¹¹³⁸ Plus récemment, la même juridiction a dans l'affaire *Airbus* lourdement insisté sur le respect dû aux procédures étrangères.¹¹³⁹ Même si en l'espèce la décision a approuvé le principe d'une nouvelle extension du pouvoir injonctif, l'hommage payé à la courtoisie internationale par la Chambre des Lords est loin d'être purement formel. L'invitation constamment répétée à la parcimonie constitue une forme d'autocensure qui montre que l'impératif de prudence a été intériorisé. Le concept même de courtoisie internationale, auquel les tribunaux font référence, reflète d'ailleurs la nature ambiguë de l'injonction *anti-suit* au regard du droit international. L'imprécision de la notion de *comitas gentium*, qui balance entre simple courtoisie et obligation naturelle acceptée

¹¹³⁵ Comp. A. BERTELE, *Souveränität und Verfahrensrecht. Eine Untersuchung der aus dem Völkerrecht ableitbaren Grenzen staatlicher extraterritorialer Jurisdiktion im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 547 : "Völkerrechtslicht ist die injunction [...] ein Grenzfall. Theoretisch kann man sie mit ihrer in personam Qualität rechtfertigen, praktisch beinhaltet sie einen schweren Eingriff in die Durchführung eines ausländischen Gerichtsverfahrens. Da sie jedoch in den common law Ländern mit einiger Vorsicht allgemein verwandt wird, kann man kaum von einem allgemeinen völkerrechtlicher Verbot der injunction sprechen". V. également les doutes exprimés par D. JASPER, *Forum shopping in England und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 80.

¹¹³⁶ Dans le même sens pour l'injonction extra-territoriale en général, H. MUIR WATT, *loc. cit.*, R.C.D.I.P., 1998, 32 et 46-49.

¹¹³⁷ *Castanho v. Brown and Root (UK), Ltd.*, [1981] AC 557 ("Caution in the exercise of the jurisdiction is certainly needed"); *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.* [1985] AC 58 at 95; *South Carolina Insurance Co v. "De Zeven Provinciën" Assurantie NV* [1987] AC 24 at 40; *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, 892; *Bank of Tokyo, Ltd. v. Karoon*, [1987] 1 A.C. 59 ("the jurisdiction must be exercised with extreme caution", par Robert Goff L.J.); *Airbus Industrie GIE v. Patel*, [1998] 1 Loyd's Rep. 637; *Ambem*, 116; *Gau Shan Co, Ltd. v. Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349 at 1354 ("be issued sparingly and only in the rarest of cases"); *Seattle Totems Hockey Club v. National Hockey League*, 652 F. 2d 852, 855 (9th Cir. 1981); *Philip v. Macri*, 261 F. 2d 945, 947 (9th Cir. 1958); *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984) ("only in the most compelling circumstances"). V. aussi dans la doctrine par exemple *Cheshire and North*, Butterworths, Londres, 1992, 242 ("the power must be exercised with caution") et Dicey & Morris, 11ème éd., 396, rule 33 ("Great caution must be applied before the jurisdiction to grant an injunction should be exercised").

¹¹³⁸ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] AC 879, 895, [1987] 3 All ER 510, 522.

¹¹³⁹ V. les commentaires de R. FENTIMAN, "Comity and Antisuit Injunctions", *C.L.J.*, 1998, 467-469 (l'auteur souligne que "respect for comity has become a real consideration [...]").

volontairement,¹¹⁴⁰ en fait le véhicule idéal pour exprimer les réserves des tribunaux sans condamner de façon absolue l'exercice du pouvoir.

261. **Condition du for naturel et du lien suffisant** - Les tribunaux anglais n'en sont pas restés à cette première forme, très générale, d'autocensure. La jurisprudence anglaise a en effet, au contraire de l'évolution constatée aux États-Unis, opéré un resserrement des conditions de compétence requises pour l'exercice du pouvoir injonctif. Depuis la décision *Aéropatiale*, il est établi que le tribunal ne s'arrogera le droit d'interdire une procédure étrangère que s'il constitue le 'for naturel' pour connaître de la cause (*supra* n° 223). Cette condition garantit l'existence d'un lien substantiel entre le for de l'injonction et la contestation. Même si la Chambre des Lords s'est vue obligée, presque à contrecœur, d'envisager un assouplissement de cette condition dans l'affaire *Airbus*, elle n'a pas manqué de continuer à exiger que le for possède un *lien suffisant* pour justifier qu'il s'érige en arbitre d'un litige.¹¹⁴¹

Cette évolution montre que les tribunaux anglais semblent être pleinement conscients de la nécessité d'éviter l'abus de souveraineté que constituerait le recours à l'injonction en l'absence d'un rattachement substantiel entre le litige et le for. On rejoint ainsi l'analyse de la doctrine la plus moderne qui suggère d'abandonner la distinction fondée sur la territorialité du comportement visé pour lui préférer une approche s'en tenant à la nature et à la qualité du lien existant entre l'auteur du commandement et la personne ou la situation visée (*supra*, n° 249). Il reste à déterminer si les limites que les tribunaux anglais s'imposent de respecter sont conformes à ce que l'on est en droit d'exiger au regard du droit international. Si l'on s'accorde en effet pour dire que l'exercice du pouvoir d'injonction tomberait dans le champ de l'illicite si la compétence internationale du tribunal n'était pas solidement établie,¹¹⁴² un certain flou subsiste sur les limites internationales de la compétence judiciaire (*supra* n° 33).¹¹⁴³ On peut dès lors espérer que les tribunaux vérifieront dans chaque espèce que l'exercice extra-territorial d'une compétence d'injonction repose sur une assise solide.¹¹⁴⁴

¹¹⁴⁰ Sur cette notion en général, v. C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé avec Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987, 159-177 et 179-193 pour le rôle de ce concept dans la théorie américaine de reconnaissance des jugements étrangers. V. également J.R. PAUL, "Comity in International Law", *Harvard Int'l L. J.*, 1991, 1-77.

¹¹⁴¹ *Supra* n° 225 On peut regretter l'assouplissement toléré par la Chambre des Lords et douter d'ailleurs que ce nouveau développement soit conforme aux exigences du droit international. Toujours est-il que les conditions posées par la Chambre des Lords seront rarement remplies, l'extension du pouvoir d'injonction paraît purement théorique.

¹¹⁴² P. KINSCH, *oc*, 1994, 137-138, n° 117; H. MUIR WATT, *Lc, R.C.D.I.P.*, 1998, 41-46, n° 17-22. En général, F. A. MANN, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des cours*, 1964-I, (43), 46-47, l'Etat peut exercer une compétence extra-territoriale à condition que le litige présente un lien suffisant avec le for.

¹¹⁴³ On distingue traditionnellement la compétence fondée sur un rattachement au territoire de la compétence fondée sur un lien avec les personnes visées. A côté de ces deux catégories traditionnelles, il est parfois référence à la compétence fondée sur la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat ou de la communauté internationale ou encore la compétence tirée de l'organisation des services publics. Le principe de la personnalité passive, qui autorise une revendication de compétence par référence à la nationalité de la victime, ne semble pas être d'une grande utilité en matière civile.

¹¹⁴⁴ L'existence d'une compétence internationalement reconnue n'exonère pas le for de toute obligation. Le droit international pose également des limites au *contenu* même de l'injonction extra-territoriale. Ainsi on enseigne généralement que la compétence extra-territoriale ne peut être exercée en vue d'obtenir l'accomplissement d'un acte illicite au regard de l'ordre juridique local. Si la revendication de la compétence est alors légitime, son exercice ne l'est pas. Voyez p. ex. H. MUIR WATT, *Lc, R.C.D.I.P.*, 1998, 46-49 et en général, P. KINSCH, *oc*, 1994, spéc. 138-147.

V. cependant Liège, 6 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, 1728 (une banque luxembourgeoise reprochait à la décision entreprise de l'avoir obligé à divulger certaines informations relatives à un compte bancaire, ce qui lui était interdit par la législation luxembourgeoise sur le secret bancaire. Dans une décision dont on regrettera la

262. **Absence de violation du droit international** - En définitive, il semble que le recours à l'injonction *anti-suit* ne constitue pas nécessairement une violation du droit international. Tout au plus l'injonction risque-t-elle de froisser l'Etat étranger, ce qui devrait inciter l'Etat émetteur à une certaine réserve, et le conduire à accepter sa compétence qu'en présence d'un lien suffisant avec le litige. Il reste maintenant à vérifier la conformité du mécanisme au droit fondamental à un procès équitable.

3. L'INTERDICTION DE PROCEDER ET LE DROIT AU PROCES EQUITABLE

263. **Une violation du droit d'accès au juge ?** - On a parfois opposé à l'injonction *anti-suit* le droit à un procès équitable, garanti notamment par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et plus particulièrement le droit d'accès effectif à un tribunal.¹¹⁴⁵ L'argument a par exemple été invoqué par le tribunal de première instance de Bruxelles à l'appui de l'ordonnance rendue dans l'affaire *Lemond*. Selon le président du tribunal, l'interdiction de procéder prononcée par le tribunal américain violait le droit d'accès à la justice consacré par l'article 6, disposition qui appartient selon le juge à l'ordre public international belge.¹¹⁴⁶

A première vue on peut effectivement avoir des doutes sur la compatibilité du mécanisme de l'interdiction de procéder avec le droit d'accès à un tribunal.¹¹⁴⁷ En ordonnant au défendeur d'abandonner la procédure qu'il a engagée, l'injonction ne constitue-t-elle pas la négation de ce droit? Deux éléments de réponse permettent d'écarter la plupart des doutes sur une éventuelle violation de l'article 6. Avant de les examiner il convient de rappeler que cette disposition ne s'impose qu'aux Etats parties à la Convention. On ne peut dès lors, comme l'a fait le tribunal de Bruxelles dans l'affaire *Lemond*, invoquer une violation de cette disposition dans le chef des autorités américaines en leur reprochant d'avoir cherché à mettre fin à une procédure par le biais d'une injonction personnelle. Ceci reviendrait à imposer le respect du droit à un procès équitable à un Etat qui n'a souscrit à aucune obligation à cet égard.¹¹⁴⁸ Bien sur la Convention européenne n'a pas le monopole du droit à un procès équitable. On va voir

motivation confuse, la Cour refuse de s'incliner devant le droit luxembourgeois en notant que l'ordre public international belge impose au juge belge de statuer sur base de tous les éléments de la cause. Si l'extra-territorialité de l'injonction n'est pas contestable, son contenu est en l'espèce sans doute plus criticable.

¹¹⁴⁵ P. ex. E. JAYME et CH. KOHLER, "Europäisches Kollisionsrecht 1995. Ein Dialog der Quellen", *IPRax*, 1995, (405), 412 ainsi que W. HAU, "Zustellung ausländischer Prozessführungsverbote ...", *IPRax*, 1997, (161), 163 (injonction est "incompatible" ("unvereinbar") avec l'article 6). V. également la décision de la Cour d'Appel de Düsseldorf, dans l'affaire *Phillip Alexander*, OLF Düsseldorf, 10 octobre 1996, *Z.Z.P.*, 1996, 221 (la Cour appuie son refus de faire procéder à la signification de la décision anglaise non seulement sur la violation de la souveraineté allemande, mais également sur la garantie constitutionnelle d'accès à la justice).

¹¹⁴⁶ Trib. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-91, 676. V. les observations de M. FALLON, "L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale", *Ann. Dr. Louvain*, 1994, (373), 392, n° 26 et de H. VAN HOUTTE, "Les injonctions anti-suit", in *L'efficacité de la procédure civile*, G. DE LEVAL et M.-T. CAUPAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 148, n° 2.

¹¹⁴⁷ La Cour européenne des droits de l'homme a, comme on le sait, décidé que le droit à un procès équitable doit s'entendre comme garantissant également le droit d'accès à un juge (arrêt du 21 février 1975, *Golder c. R.-U.*, Série A, n° 18). La Cour a par la suite précisé que ce droit d'accès devait être *effectif* et non seulement théorique (arrêt du 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, Série A, n° 32).

¹¹⁴⁸ La jurisprudence *Soering* de la Cour reconnaît un certain effet extra-territorial aux dispositions de la Convention. Elle ne peut toutefois être invoquée dans l'hypothèse qui nous occupe, à moins d'accepter que l'Etat visé par l'injonction constitue l'instrument de la violation par le for enjoignant, ce qui paraît absurde (C.E.D.H., arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. R.-U.*, Série A, n° 161).

cependant que, indépendamment de sa consécration légale dans un texte particulier, ce droit peut parfaitement s'accommoder de l'interdiction de procéder.

264. **Limites du droit au procès équitable** – Même si l'on accepte, pour les besoins de la démonstration, que l'interdiction de procéder prive, ou du moins limite, le droit de la partie visée par l'injonction à un procès équitable, force est toutefois de constater que ce droit ne doit pas s'entendre comme une garantie absolue. Dans le cadre de la Convention européenne, la Cour a reconnu aux Etats une certaine marge d'appréciation dans la mise en oeuvre des garanties du procès équitable. Les Etats peuvent ainsi imposer certaines restrictions, pour autant que la réglementation de l'accès des justiciables aux tribunaux ait pour but d'assurer une bonne administration de la justice.¹¹⁴⁹

La Cour s'est par exemple penchée sur l'immunité de juridiction accordée à certaines personnes,¹¹⁵⁰ sur les restrictions de procéder imposées à des faillis, des prisonniers ou encore des mineurs, pour décider que ces restrictions étaient justifiées.¹¹⁵¹ Dans la même ligne, il est intéressant de noter que la Commission a refusé de condamner les limites imposées, au nom de la prévention des procédures vexatoires, au droit d'ester d'un justiciable écossais qui avait fait l'objet d'une mesure prévue par une loi de 1898 visant à réprimer les abus de procédures.¹¹⁵² Le régime ainsi imposé ne lui interdisait pas catégoriquement l'accès aux tribunaux, mais l'obligeait à solliciter de la justice une autorisation spéciale à chaque fois qu'il voulait saisir un tribunal. La Commission a estimé qu'un tel examen ne niait pas la substance du droit d'accès à la justice, mais constituait au contraire une forme justifiée de réglementation de l'accès aux tribunaux.¹¹⁵³ Enfin la Cour a refusé de censurer une décision infligeant une amende infligée à un plaideur en raison du caractère téméraire et vexatoire de sa demande.¹¹⁵⁴

265. **Limites du droit au procès équitable (suite)** – Si l'on accepte que l'injonction constitue une limitation du droit d'accès à un tribunal, on ne peut dès lors exclure qu'une telle limitation trouve grâce aux yeux de la Cour, en particulier lorsqu'elle vise à

¹¹⁴⁹ P. ex. C.E.D.H., *Golder c Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A, n° 18, § 38 ("La Cour estime [...] que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu. S'agissant d'un droit que la Convention reconnaît [...] sans le définir au sens étroit du terme, il y a place, en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour des limitations implicitement admises"); C.E.D.H., *Ashingdane c Royaume-Uni*, 28 mai 1985, Série A n° 93, 24-25, § 57 ("[...] le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu; il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus [...]. En élaborant pareille réglementation, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation"). Dans le même sens, C.E.D.H., 21 septembre 1994, *Fayed c Royaume-Uni*, Série A n° 294 B, 49-50, n° 65 et *Lubogow et autres*, 8 juillet 1986, Série A-102, p. 71, n° 194.

¹¹⁵⁰ C.E.D.H., arrêt du 21 septembre 1994, *Fayed c Royaume-Uni*, Série A n° 294 B (La Cour refuse de condamner une exception d'immunité accordée à des fonctionnaires du gouvernement anglais pour les opinions émises dans un rapport sur les activités du demandeur).

¹¹⁵¹ HARRIS, BOYLE et WARBRICK, *Law of European Convention on Human Rights*, X, X 199. V. également l'arrêt du 21 février 1975, *Golder c Royaume-Uni*, Série A n° 18, § 39 (limitations concernant les mineurs et les aliénés acceptées).

¹¹⁵² Requête n° 11559/85, *H. c Royaume-Uni*, décision du 2 décembre 1985, *D.R.*, vol. 45, 1986, 281.

¹¹⁵³ V. également le rapport établi par la Commission à la suite de l'affaire *Golder*: *Golder c Royaume-Uni*, rapport de la Commission, 1 juin 1973, C.E.D.H., Série B n° 16, 52, n° 95 (la Commission constate que les "plaignants téméraires constituent au Royaume-Uni une catégorie de personnes auxquelles les tribunaux réservent un traitement particulier parce qu'elles ont abusé de leur droit d'accès. Toutefois, le fait d'avoir été déclaré plaignant téméraire n'empêche point d'essayer de prouver au tribunal que l'on a une cause défendable, auquel cas on pourra poursuivre. Le contrôle des plaignants téméraires relève exclusivement des tribunaux [...]. On peut le considérer comme une forme acceptable de procédure judiciaire").

¹¹⁵⁴ Affaire *Gillow c Royaume-Uni*, arrêt du 24 juillet 1986, Série A, n° 109.

sanctionner un comportement *reparatorio*.¹¹⁵⁵ Certes, tout dépendra de la justification avancée par le for de l'injonction : s'il vise simplement à imposer l'idée qu'il constitue le for 'naturel' de la cause, l'interdiction sera sans doute difficile à justifier. Lorsqu'il s'agit par contre de réprimer un abus manifeste – en ordonnant par exemple à une partie d'abandonner la procédure dont elle a saisi le juge étranger alors que la procédure du for est déjà bien engagée, dans le but avoué de paralyser la reconnaissance éventuelle d'un futur jugement – la justification de la mesure de contrainte sera plus facilement acceptée. Ce d'autant plus que la Cour n'est pas insensible à la nécessité d'éviter la multiplication des procédures portant sur le même litige.¹¹⁵⁶

Il en va sans doute de même lorsque l'injonction constitue la sanction de la violation d'une clause d'élection de for ou d'arbitrage. La Cour a accepté qu'un justiciable renonce partiellement à son droit d'accès à un juge lorsqu'il souscrit à une convention d'arbitrage.¹¹⁵⁷ Dans cette hypothèse, l'injonction peut être expliquée par le souci d'imposer aux parties le respect d'obligations librement consenties. Il s'agit d'une préoccupation légitime qui est de nature à justifier la restriction que constitue l'interdiction de procéder.¹¹⁵⁸

266. Absence de violation du droit d'accès au juge - Plus fondamentalement on doit constater que l'injonction ne prive pas le justiciable de la possibilité de soumettre ses prétentions à un tribunal. La partie visée par l'interdiction de procéder conserve au minimum la possibilité de s'adresser au tribunal dont émane l'injonction – et sans doute également à d'autres tribunaux sauf dans le cas où elle s'est engagée contractuellement en faveur d'un for donné. En ce sens, l'interdiction de procéder ne constitue pas un obstacle absolu à une procédure judiciaire; elle contraint seulement le justiciable à reporter ses espoirs sur un autre juge que celui qu'il avait choisi. Il n'y a pas privation du droit d'accès à un tribunal, mais simple 'déplacement' du juge auquel le justiciable a accès.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁵ Une injonction provisoire pourrait d'ailleurs échapper purement et simplement à tout examen sous l'angle de l'article 6, puisque la Commission a décidé que cette disposition ne s'appliquait pas en principe au contentieux provisoire : *X. c Royaume-Uni*, requête n° 7990/77, D.R., vol. 24, 1981, 57; *Alsterlund c Suède*, requête n° 12446/86, D.R., vol. 56, 1988, 229.

¹¹⁵⁶ Comme en témoigne la décision dans l'affaire *Litgow*, dans laquelle la Cour a admis qu'en cas de nationalisation d'une entreprise, un Etat pouvait légitimement mettre en place une procédure collective pour les litiges relatifs à l'indemnisation tout en excluant le recours individuel de chaque actionnaire pour éviter la multiplication des procédures. Dans le cadre de cette procédure, une entreprise ne pouvait être représentée que par un seul de ses actionnaires. La Cour a décidé que "cette limitation du droit à un accès individuel et direct au tribunal d'arbitrage visait un but légitime : éviter, dans le contexte d'une mesure de nationalisation de grande envergure, une profusion de demandes et d'instances introduites par tel ou tel actionnaire" (Affaire *Litgow et autres*, 8 juillet 1986, Série A-102, 71-72, n° 197).

¹¹⁵⁷ P. ex. l'arrêt du 27 février 1980, *Deveer c Belgique*, Série A n° 35, § 49 (1980) (la Cour note en passant qu'une renonciation au droit d'accès se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d'arbitrage) et *R c Suisse*, N° 10881/84, 51 D.R. 83 (1987) (selon la Commission, le compromis d'arbitrage librement signé par les parties en l'absence de toute contrainte constitue une renonciation partielle aux garanties procédurales de l'article 6). V. de façon générale, F. MATSCHER, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme", in *La Convention Européenne des droits de l'homme*, L. E. PETITTI et al. (éds.), Paris, Economica, 1995, 281-292 et plus récemment les contributions rassemblées in *X., L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Série 'Droit et Justice' n° 31, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 2001, 168 p.

¹¹⁵⁸ V. également *O. T. Africa Line Ltd. v Hijazy et al (The 'Kribi')*, [2001] 1 Lloyd's Rep. 76, § 42 (QB). (le tribunal refuse d'accepter qu'une injonction visant à interdire une procédure intentée en Belgique en violation d'une clause d'élection de for, constitue une violation de l'article 6. Le tribunal note que 'Article 6 of the ECHR does not provide that a person is to have an unfettered choice of tribunal in which to pursue or defend his civil rights. If the article were to be given that broad reading then, taken to its logical conclusion, it would mean that the whole of the Brussels Convention jurisdiction scheme would itself be incompatible with a person's art. 6 rights if the forum designated by the Convention's rules were contrary to the litigant's choice of courts').

¹¹⁵⁹ En ce sens, H. BORN et M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international", *J.T.*, 1992, n° 146 (les auteurs remarquent qu'une injonction américaine visant une procédure belge "n'empêche nullement le défendeur d'agir dans le pays du domicile du défendeur", ce qui permet à ces auteurs de conclure qu'il leur paraît

L'injonction constitue dès lors plus une *restriction* et non une privation du droit d'accès, ce d'autant plus que cette restriction n'aura d'effet que dans le for de l'injonction. S'il le désire réellement, le justiciable pourra toujours avoir son 'day in court'. Il est dès lors difficile de condamner l'injonction *anti-suit* au nom du droit à un procès équitable,¹¹⁶⁰ sauf peut être dans ce qu'il est convenu d'appeler les 'single forum cases' (*supra* n° 211). Dans cette hypothèse en effet, la partie visée se voit privée de la possibilité de saisir un juge puisque le for qu'elle a saisi est le seul qui puisse connaître de la cause. L'injonction contrevient alors vraisemblablement aux exigences de l'article 6 et constitue un déni de justice.¹¹⁶¹ Dans les autres cas, cette disposition ne paraît pas d'un grand secours pour condamner l'injonction *anti-suit*.

En définitive, les explications qui précèdent, même si elles conduisent à des conclusions en demi-teintes, ne permettent pas de condamner l'injonction *anti-suit* de façon générale – ce qui témoignerait d'ailleurs de bien peu de respect envers une institution enracinée dans une tradition étrangère. L'importance et la vigueur de la controverse sur cette institution ne permettraient pas toutefois de faire l'économie d'une réflexion générale sur l'interdiction de procéder, même si elle n'est pas limitée aux conflits de procédures. Il faut maintenant se pencher de plus près sur le rôle de l'interdiction de procéder dans le règlement des conflits de procédures.

§ 2. L'interdiction de procéder : une efficacité limitée

267. Introduction et plan - Il est difficile de condamner catégoriquement l'injonction *anti-suit* en en appelant au droit international. Cette licéité de principe ne signifie pas pour autant que l'injonction constitue un mécanisme *efficace* de règlement des conflits de procédures. Au contraire, on doit constater que d'importantes limites hypothèquent l'efficacité de l'interdiction de procéder comme mode de résolution de ces conflits. Ces limites sont de deux natures. Elles tiennent d'une part au refus avéré des autres ordres juridiques de coopérer à la mise en oeuvre de l'injonction, ce qui en grève d'autant l'efficacité (1). Plus grave, loin de faire office de mécanisme de coordination entre les procédures concurrentes, l'injonction contribue par sa nature même à envenimer le conflit et provoque des mesures de rétorsion (2).

1. L'IMPOSSIBLE RECONNAISSANCE DE L'INJONCTION *ANTI-SUIT*

268. De la sanction par le for de l'injonction à une hypothétique reconnaissance
- A la différence de l'abstention ou de la simple tolérance des conflits de procédures,

"artificiel" d'invoquer l'article 6 pour contrer une injonction). V. également M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L. A. Int'l & Comp. L.* Q 1998, 317, note 328, selon qui dans le cadre de la Convention de Bruxelles tous les tribunaux des Etats contractants sont égaux et forment un seul et même espace judiciaire européen. Dès lors, même si une injonction vise à empêcher l'accès à un tribunal, le droit d'accès à un juge n'est pas violé si le justiciable peut saisir un autre juge du même espace judiciaire.

¹¹⁶⁰ *Comp. W. HAU*, 219-220, qui parle de "Zweifel" et espère une décision de la CEDH sur ce sujet. *Cors.* du même, *l.c.*, *IPrax*, 1997, 163, note sous l'arrêt *Phillip Alexander*, dans laquelle il pose plus catégoriquement que l'injonction est 'unvereinbar' avec l'article 6.

¹¹⁶¹ En ce sens p. ex. BERTELE, *ac.*, 1998, 543 ("Die Verhängung einer antisuit injonction in single forum Fällen kann den Justizgewährleistungsanspruch des Art. 6 ERMK verletzen").

l'injonction doit pour être efficace, exercer une certaine influence sur la procédure concurrente dont est saisi le for étranger. L'interdiction de procéder n'aura atteint son but que s'il est mis fin à cette procédure. A première vue, les sanctions du *contempt of court* (*supra*, n° 251) devraient suffire pour dissuader le justiciable visé de passer outre l'ordre que lui adresse le for de l'injonction. La simple menace de ces sanctions, draconiennes, suffira dans de nombreux cas à assurer le respect de l'injonction.¹¹⁶² Le fait que le for de l'injonction ne puisse mettre son commandement directement à exécution dans le for étranger ne constituera dès lors pas un handicap.

Le pouvoir dissuasif de ces sanctions draconiennes suppose toutefois que le tribunal possède une certaine emprise sur le défendeur. Il n'en sera pas toujours ainsi, les tribunaux s'étant aventurés à étendre leur compétence d'injonction dans des situations où il leur est difficile, sinon impossible, d'en assurer l'efficacité. Ceci explique que dans l'affaire *Airbus*, l'entreprise française se soit vu obligée de solliciter l'aide des tribunaux anglais après avoir obtenu une injonction des tribunaux indiens : l'injonction s'était en effet révélée inopérante à l'égard de certains défendeurs anglais, qui ne possédaient aucun bien en Inde.¹¹⁶³ Or le for de l'injonction ne pourra pas toujours compter sur la sollicitude d'un tribunal étranger pour garantir la sanction de l'injonction. On va voir qu'au contraire, l'accueil réservé à l'injonction est généralement loin d'être chaleureux.

A. Les limites de la sanction par le for de l'injonction

269. Extension de la compétence du for anglais de l'injonction - En théorie les sanctions dont dispose le for de l'injonction lui permettent d'éviter que sa décision reste lettre morte. L'extension de la compétence internationale des tribunaux anglais oblige toutefois à nuancer cette constatation, l'efficacité de l'injonction n'étant plus garantie de façon absolue.

A l'origine la sanction de l'injonction ne soulevait aucune difficulté. Selon la maxime traditionnelle de l'*Equity*, qui a horreur des ordres donnés en vain,¹¹⁶⁴ l'injonction n'était décernée que lorsque le tribunal pouvait en assurer la sanction. Concrètement, la compétence des tribunaux anglais pour enjoindre une partie était limitée aux situations dans lesquelles le défendeur était *physiquement* présent dans le ressort de la juridiction. Le défendeur était alors sous l'emprise du tribunal – “within the power of the court”, ce qui garantissait une correspondance parfaite entre la compétence du tribunal pour enjoindre une partie et la possibilité de sanctionner un éventuel refus d'obtempérer.¹¹⁶⁵

¹¹⁶² Pour l'injonction *Mareva*, v. G. CUNIBERTI, *ac.*, 2000, 73-74, qui rappelle le bon mot de Donaldson, L.J., qui avait parlé à l'égard de cette injonction de “law's nuclear weapon”, *Bank Mellat v Nipour* [1985] F.S.R. 87, 92. V. les péripéties d'un businessman nigérien qui avait refusé d'obéir à une injonction *Mareva* ainsi qu'à une interdiction de procéder, et contre qui des peines de prison ainsi qu'une confiscation avaient été prononcées en Angleterre : *Gulf Azor Shipping Ltd and another v Idisi and others*, Lexis, CA, 16 janvier 2001.

¹¹⁶³ V. l'exposé des faits par Lord Goff, *Airbus Industries v Patel* [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 633 ainsi que A. BRIGGS, “The Unrestrained Reach of an Anti-suit Injunction : a Pause for Thought”, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 91 et K. ANDERSON, *l.c.*, *Yale J. Int'l. L.*, 2000, 197-204.

¹¹⁶⁴ Un des maximes traditionnelles sur laquelle l'*equity* repose veut que “Equity does nothing in vain”. V. I. SPRY, *ac.*, 1990, 131-135 sur la question de la “futility of performance”, qui renvoie au célèbre dictum de Kindersley V.-C., selon lequel “this Court will not make any order in vain”, *New Brunswick and Canada Ry. and Land Co v Muggenidge* (1859) 4 Drew. (686), 699, 62 E.R. (263), 268.

¹¹⁶⁵ La question de la compétence d'un tribunal pour décerner une interdiction de procéder est rendue difficile du fait de l'ambiguïté généralement entretenue sur l'objet de la compétence : généralement l'injonction est accompagnée d'une demande au fond, visant par exemple à obtenir un jugement déclaratoire. La question de la compétence pour enjoindre est alors absorbée par la compétence au fond du tribunal. Il est toutefois admis qu'une demande d'injonction peut être formulée sans s'appuyer sur une demande au fond (*Guaranty Trust Co of New York v*

Progressivement les tribunaux anglais ont dépassé la stricte territorialité pour étendre leur compétence aux situations dans lesquelles le défendeur n'est pas physiquement présent sur le territoire anglais.¹¹⁶⁶ La question s'est alors posée de savoir si les nouvelles règles pouvaient également s'appliquer aux injonctions. Après une période de flottement et d'incertitude,¹¹⁶⁷ les tribunaux ont accepté de soumettre l'injonction anti-suit au régime normal de la compétence, et donc également à la '*long arm jurisdiction*'.¹¹⁶⁸

Le tribunal anglais est dès lors compétent pour enjoindre le défendeur non seulement lorsque celui-ci est physiquement présent – même de façon temporaire¹¹⁶⁹ – dans le ressort du tribunal,¹¹⁷⁰ ce qui permet de lui délivrer le '*writ*', mais également dans le cas contraire à condition que soit présente une des hypothèses aujourd'hui codifiées dans l'*Order XI des Rules of the Supreme Court* – par exemple le fait que le contrat ait été conclu en Angleterre ou que le contrat contienne une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais.¹¹⁷¹ La compétence du tribunal est alors extra-territoriale, en ce sens que

Hannay & Co., [1915] 2 K.B. 536, 556 (CA) ("a person can be restrained from instituting or continuing proceedings in a foreign court if a proper case of injustice be made out without any declaration of right"). Dans ce cas, l'injonction doit pouvoir s'appuyer sur une compétence qui lui est propre.

V. sur le problème de l'autonomie de l'injonction dans le cadre de l'application de la règle 1(1)(b) de l'*Order 11 des RSC*, *Siskina (Cargo Owners) v Distos Compania Naviera SA, The Siskina* [1979] AC 210 et *Mercedes Benz AG v Leiduck*, [1996] AC 284.

¹¹⁶⁶ Cette extension de la compétence a été introduite par le *Common Law Procedure Act* de 1852. V. pour la situation aujourd'hui, CHESHIRE et NORTH, 1999, 285-325.

¹¹⁶⁷ M. Hartley notait par exemple en 1987 que "The English courts have never squarely faced the question of jurisdiction to grant an anti-suit injunction. Is it simply a matter of applying the ordinary principles of *in personam* jurisdiction or is something more needed?", *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 494, note 30.

Dans l'affaire *Castanbo*, Lord Scarman avait décidé que le for anglais était compétent pour enjoindre dès que la partie visée possède une "sufficient connection with England to justify the granting of an injunction [...]", [1981] AC, 557, 573-574. Ce faisant, il donnait à penser que la compétence pour enjoindre s'était affranchie des règles traditionnelles. Il n'a pas été suivi, v. R. FENTIMAN, "Antisuit Injunctions", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, C. WING CHEONG et al. (éds.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, (44), 47.

¹¹⁶⁸ Sur la question de la compétence pour enjoindre en général, v. BRIGGS et REES, 1997, 265-268; I. SPRY, *ac*, 1990, 35-42; J.D. MCLEAN et A. BRIGGS, "Conflict of Laws", in *Halsbury's Laws of England*, 4ème éd., vol. 8(1), Londres, Butterworths, 1996, 785, n° 1092; R. FENTIMAN, "Antisuit Injunctions", *l.c.*, 1996, (44), 46-48; J. MARTIN, *Hanbury and Martin on Modern Equity*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, 722 ("It is possible to enjoin a defendant who is not personally within the jurisdiction, provided service out of the jurisdiction can be properly done under the rules of the court"). V. sur cette question les observations de la Cour d'Appel dans l'affaire *Glencore Int'l AG v Exter Shipping Ltd et al.*, décision du 18 avril 2002, non encore publiée, §§ 44 e.s.

Pour l'Australie, v. P. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, 1995, 112. Pour l'Ecosse, *Shell UK Exploration and Production Ltd v Imes*, 1995 STL 807, 826 (1994 Outer House) (Lord Abernethy confirme qu'une injonction peut être adressée à une personne qui ne réside pas en Angleterre, en l'espèce un des défendeurs résidait au Canada). V. déjà *Darwin's Trustees v MacLeans* (1860) S.C. (Dunlop) 685, 691 où le juge McNeill décida que "I do not think that the mere fact of parties being furth of the country is sufficient in all cases to exclude the jurisdiction of the Court".

V. pour l'injonction *Mareva* les affaires *Siskina (Cargo Owners) v Distos Compania Naviera SA, (The 'Siskina')* [1979] AC 210 et *Mercedes Benz AG v Leiduck*, [1996] AC 284 ainsi que les commentaires de G. CUNIBERTI, *ac*, 2000, 94-103, n° 117-133 et de C. KESSEDJIAN, *Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 10, octobre 1998, 11-13.

¹¹⁶⁹ Dans la célèbre affaire *HRH Maharanees Seethadevi Gaekwar of Baroda v Wildenstein*, [1972] 2 All ER 689, [1972] 2 QB 283 (CA), le writ avait été délivré au défendeur, marchand d'art français, lors d'un bref séjour aux courses d'Ascot.

¹¹⁷⁰ P. ex. *Midland Bank plc v Laker Airways Ltd* [1986] QB 689 (CA).

¹¹⁷¹ V. p. ex. *The Argelic Grace* [1995] 1 Loyd's Rep. 86, 96. L'*Order XI* qui faisait partie des *Rules of the Supreme Court* de 1965 a depuis 1999 intégré les *Civil Procedure Rules*, entrées en vigueur le 29 avril 1999, dont il constitue une annexe (Schedule 1). Cette modification n'a pas touché à la substance des règles de compétence. Sur la compétence des tribunaux anglais pour enjoindre une partie qui tente de contourner une clause compromissoire, v. S. CLAVEL, « Anti Suit Injunctions et arbitrage », *Reu Arbitrage*, 2001, (669), 686-691.

le défendeur n'est pas physiquement présent sur le territoire anglais.¹¹⁷² C'est ainsi que la Cour d'Appel s'est par exemple reconnue compétente pour décerner une injonction en se fondant sur le fait que le défendeur avait tacitement accepté la compétence du for en accusant réception de l'assignation qui lui avait été signifiée.¹¹⁷³ Dans ce cas, l'injonction est sans doute toujours *in personam*, en ce sens qu'elle est dirigée vers le seul défendeur. Le lien avec la compétence *in personam* du tribunal est cependant brisé.

270. Compétence du for de l'injonction déduite de la Convention de Bruxelles - En outre, le tribunal peut également fonder sa compétence sur les dispositions de la Convention de Bruxelles, auquel cas la présence du défendeur sur le territoire anglais n'est pas non plus assurée. L'application de la Convention de Bruxelles pose un problème particulier puisqu'on admet généralement que cette Convention ne peut tolérer qu'un tribunal s'arroge le droit d'ordonner à une partie de ne pas commencer ou d'abandonner une procédure devant un tribunal d'un autre Etat contractant (*infra* n° 314). Les tribunaux anglais ne partagent pas (encore) cette opinion.¹¹⁷⁴ Dans l'affaire dite des actions *Erasmus Oil*, le tribunal a par exemple accepté sa compétence pour enjoindre des parties non domiciliées en Angleterre et n'y possédant pas de biens, sur base de l'article 6 de la Convention, les parties visées par l'injonction ayant elles-mêmes commencé une procédure devant le tribunal anglais.¹¹⁷⁵

271. Conséquence de l'extension de la compétence sur la possibilité de sanction - L'extension de la compétence revendiquée par les tribunaux anglais a brisé le lien existant entre compétence et possibilité de sanction, puisque la première ne passe plus par la présence physique du demandeur. Les tribunaux anglais n'y voient pas un obstacle rédhibitoire à l'exercice du pouvoir d'injonction, malgré la frilosité traditionnelle de l'Equity face aux ordres donnés en vain. Tout au plus s'agit-il d'une circonstance qui incite à une certaine prudence.¹¹⁷⁶ Dans l'affaire *Phillip Alexander* déjà évoquée, le risque de voir l'injonction rester lettre morte faute de pouvoir la mettre à exécution dans le for anglais, a certainement influencé la décision de la Cour d'Appel de refuser l'injonction.¹¹⁷⁷

¹¹⁷² Le tribunal anglais possède alors un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer s'il autorise la signification du writ à l'étranger, et donc s'il revendique compétence. Il ne le fera que s'il estime que le for anglais constitue le *forum conveniens* de la cause, cf. par ex. CHESHIRE et NORTH, 1999, 313-321; BRIGGS et REES, 1997, 238-243 et *infra*, n° 419

¹¹⁷³ *E. D. & F. Man (Sugar) Ltd. v Yari Haryanto (No 2)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 429, 438-439 (CA). En l'espèce, il s'agissait d'une injonction interdisant à une partie d'invoquer l'autorité de chose jugée ou de demander l'exécution d'un jugement indonésien. Les principes sont cependant les mêmes. Sur la compétence des tribunaux anglais déduite de l'acceptation tacite du défendeur, v. CHESHIRE et NORTH, 1999, 295-297. V. également *Amco (U.K.) Exploration Co. et al. v British American Offshore et al.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 772 (la Cour constate qu'elle n'est pas compétente pour enjoindre à défaut de compétence en application de l'Order XI).

¹¹⁷⁴ Pour une analyse de la compétence des tribunaux anglais pour enjoindre sur base des différentes dispositions de la Convention, v. BRIGGS et REES, 1997, 266-267, n° 5.25. Ces auteurs font remarquer à juste titre que, quoiqu'il en soit de la compatibilité de l'injonction avec l'esprit de la Convention, il ne peut être question pour un tribunal anglais de fonder sa compétence sur l'article 24. Dans le même sens, S. CLAVEL, *loc. cit.*, *Reu Arb.*, 2001, (669), 690.

¹¹⁷⁵ *The ERAS EIL Actions*, [1995] 1 Lloyd's Rep. 64, 77.

¹¹⁷⁶ I. SPRY, *op. cit.*, 1990, 37-38 et 41-42 et P. B. CARTER, *loc. cit.*, 1997, 21. Dans l'affaire *Haryanto* précitée, la Cour d'Appel a ainsi rejeté l'argument selon lequel l'injonction constituerait un 'brutum fulmen' tout en notant que l'absence en Angleterre de biens du défendeur "is [...] plainly a consideration for the Court when considering whether in its discretion it should grant the injunctive relief which it has jurisdiction to award".

¹¹⁷⁷ [1997] I.L.Pr. (73), 117 (la Cour constate que "in cases in which the defendant does not live in England and does not have assets here the injunction is likely to be unenforceable except by the foreign court recognizing or giving effect to the injunction [...]". Or en l'espèce les tribunaux allemands avaient montré peu d'empressement à coopérer à l'exécution de l'injonction, la Cour renonce donc à enjoindre).

Il n'en ira pas toujours ainsi, ce qui jette un doute sur la possibilité d'assurer la sanction effective de l'interdiction de procéder. A moins de s'en remettre à une hypothétique obligation morale, il faut bien admettre que l'interdiction de procéder restera lettre morte si elle ne peut compter sur la sanction du *contempt of court*. L'injonction *anti suit* risque dès lors d'être victime de son propre succès : à force d'en étendre le champ d'application, elle perd progressivement de sa force de persuasion pour se transformer, lorsque la personne visée n'a aucun lien avec l'Angleterre, en une mesure sans grande conséquence. Car une chose est certaine, le for de l'injonction ne doit pas compter sur la coopération des juridictions étrangères pour assurer cette sanction.

B. Absence de reconnaissance

272. Introduction – Il peut paraître étonnant de soulever la question d'une éventuelle reconnaissance de l'interdiction de procéder. On a en effet expliqué que cette mesure se suffisait en quelque sorte à elle-même, le 'génie' du caractère *in personam* rendant en principe inutile toute intervention du for de l'injonction en dehors de sa juridiction. Il reste que l'extension considérable de la compétence des tribunaux anglais a permis d'envisager le recours à l'interdiction de procéder à l'égard des justiciables qui ne répondent pas directement de la juridiction du tribunal anglais. Se pose alors la question de la sanction *indirecte* de l'injonction, qui ne peut passer que par la reconnaissance par un for étranger. Or, s'il est une vérité en matière d'interdiction de procéder, c'est que l'injonction sera rarement reconnue par le for étranger dont la procédure est visée.¹¹⁷⁸ Le défaut de reconnaissance s'explique par la nature proprement *agressive* du mécanisme (*infra*, n° 280). On conçoit en effet difficilement qu'un tribunal donne effet à la décision d'un for étranger qui a pour objet de paralyser sa propre procédure. On va voir que ce rejet, qui hypothèque l'efficacité du mécanisme, n'est pas seulement le fait des tribunaux peu familiers du mécanisme (I). Au sein des juridictions de *common law*, le for de l'injonction devra également se passer de la collaboration du tribunal étranger. (II).

I. Réaction des pays de droit civil

273. Le 'rejet' par les tribunaux continentaux – Sans surprise, les tribunaux du continent européen ne voient pas l'injonction *anti-suit* d'un bon oeil. Les quelques décisions qui se sont penchées sur la question de leur reconnaissance ont presque naturellement refusé d'accorder un quelconque crédit au commandement émanant du for de l'injonction, comme en témoigne la décision du tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire *Gregg Lemonid*. Comme on l'a déjà expliqué, le différend opposait le coureur cycliste à son sponsor qui lui reprochait d'avoir méconnu diverses clauses du contrat qui les liait.¹¹⁷⁹ En l'espèce, le tribunal belge refusa, en invoquant entre autre une violation de l'ordre public international belge, de donner un quelconque effet à la

¹¹⁷⁸ Comme le note Mme. MUIR-WATT, "Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'injonction est en général plutôt froidement accueillie par le tribunal étranger saisi du procès dont elle perturbe le cours", (*loc. cit.*, *Reu Gén. Proc.*, 1999, 756). Seule la reconnaissance par le tribunal visé par l'injonction importe, la reconnaissance par un for tiers n'aurait que peu d'effet puisque ce for n'a lui-même aucune maîtrise sur la procédure du for visé. Tout au plus cette reconnaissance apporterait-elle un support 'moral' au for de l'injonction. Eventuellement, le for tiers pourrait-il prêter son autorité aux sanctions du *contempt of court*, si l'injonction n'était pas respectée. Celle-ci n'aurait alors pas atteint son but.

¹¹⁷⁹ Trib. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-1991, 676. V. les commentaires de H. BORN et M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international", *J.T.*, 1992, n° 145.

décision du tribunal américain qui interdisait au sponsor de poursuivre la procédure qu'il avait entamée en Belgique.

Les tribunaux allemands ont réservé le même sort à une injonction émise à l'encontre d'une procédure dont ils avaient été saisi par un consommateur qui cherchait à récupérer d'importantes sommes perdues lors de transactions financières.¹¹⁸⁰ Cette réaction de rejet qui s'explique sans doute également par le manque de familiarité des tribunaux continentaux avec cette utilisation particulière du pouvoir d'injonction, s'appuie le plus souvent sur l'exception d'ordre public.¹¹⁸¹ Elle a reçu l'appui des quelques auteurs qui se sont penché sur la question.¹¹⁸²

274. La difficile réconciliation de l'interdiction de procéder avec l'ordre public du for visé - On peut penser que l'injonction *anti-suit* - même lorsqu'elle est définitive, une injonction provisoire (*interlocutory injunction*) ne possédant pas la qualité requise pour prétendre être reconnue -¹¹⁸³ se heurtera à une objection tirée de la violation de l'ordre public.¹¹⁸⁴ Le caractère prétendument *in personam* de l'injonction n'empêchera pas le for visé de voir dans l'interdiction de procéder une intrusion intolérable dans sa compétence exclusive sur la conduite de la procédure dont il est saisi.¹¹⁸⁵ A ce titre, on peut s'attendre

¹¹⁸⁰ OLG Düsseldorf, 10 octobre 1996, *IPRax*, 1997, 176 ; *Z.Z.P.*, 1996, 221 ; *EuZW*, 1996, 351. En l'espèce il s'agissait pas véritablement de reconnaître la décision accordant l'injonction mais de déterminer si l'ordonnance anglaise accordant l'injonction pouvait être signifiée à la partie allemande en vertu de la Convention de La Haye de 1965.

¹¹⁸¹ V. cependant la décision inédite de la Cour d'Appel d'Anvers du 29 novembre 1999, 1999/AR/631, qui accorde l'exequatur à une décision américaine interdisant à deux entreprises libanaises de poursuivre la procédure en référé qu'elles avaient entamée devant un tribunal de leur pays, parce que cette dernière procédure violait prétendument une convention d'arbitrage. La Cour se contente de constater que les entreprises visées n'ont pas contesté que les conditions nécessaires pour obtenir l'exequatur de l'interdiction étaient réunies : "Dat appelanten niet hebben betwist dat het vonnis waarvan het exequatur gevorderd wordt, voldoet aan de vereisten van art. 570 Ger.W.; dat deze overeenstemming na onderzoek door het Hof bovendien wordt vastgesteld; dat het exequatur terecht door de eerste rechter werd toegekend". On peut regretter le caractère plus que succinct de cette motivation, qui ne fait certainement pas droit à la complexité de la question. Il est vrai qu'il s'agissait d'un point de détail, le véritable litige touchant en l'espèce la demande d'exequatur d'une décision d'un juge libanais, qui fut refusée pour violation des droits de la défense. On peut se demander si la conclusion du juge aurait été différente s'il s'était agi d'une interdiction de procéder devant une juridiction belge.

¹¹⁸² H. NAGEL et P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrechts*, Köln/Münster, Schmidt/Aschendorff, 1997, 218, n° 115; H. KOCH, "Grenzüberschreitendes einstweiliger Rechtsschutz", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, (85), 97. V. également l'étude d'ensemble de M. MAACK, *Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 229 p., spéc. 188-192 pour la reconnaissance d'une injonction anti-suit selon le droit commun allemand. La conclusion de Mme. Maack est que "Nach autonomen Recht sind antisuit injunctions nicht anzuerkennen", p. 192.

La question particulière de l'effet qu'un tribunal doit reconnaître à une injonction doit être distinguée du point de savoir si le procédé peut, de manière générale, être toléré. Les commentateurs se penchent le plus souvent sur cette dernière question, en ignorant la première, p.ex. H. GAUDEMET-TALLON, "Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle", *Reu Int'l D. Comp.*, 1994, (424), 434. Il faut également distinguer cette question de celle de la signification d'une éventuelle injonction portant interdiction de procéder. Sur cette dernière question, v. M. REQUEJO ISIDRO, *ac*, 2000, 209-229.

¹¹⁸³ Pour le droit commun allemand, v. M. MAACK, *ac*, 1999, 189.

¹¹⁸⁴ Sur la question de la compétence indirecte, v. M. MAACK, *ac*, 1999 189-190.

¹¹⁸⁵ V. par exemple l'observation de l'OLG Düsseldorf dans l'affaire *Philipp Alexander*. La Cour reconnaît que si, formellement, l'injonction ne vise que le défendeur, et non directement le tribunal étranger, "die gegen Verfahrensbeteiligte gerichtete Antisuit Injunction durchaus geeignet ist, die Tätigkeit der deutschen Gerichte unmittelbar zu beeinflussen und in ihrer Wirkung [...] einer unmittelbar gegen das Gericht gerichteten Anordnung [...] gleichkommt" : OLG Düsseldorf, 10 octobre 1996, *IPRax*, 1997, (176), 177. En l'espèce il s'agissait non pas de reconnaissance mais de la simple signification de l'ordonnance. On peut penser qu'a fortiori le juge allemand aurait eu la même réaction si la question de la reconnaissance s'était posée. Pour la réception d'une injonction en droit commun espagnol, v. M. REQUEJO ISIDRO, *ac*, 2000, 243-248.

à ce qu'il soit fait appel à l'exception d'ordre public. La légitimité d'une telle intervention appelle toutefois quelques nuances.

Il est évidemment impossible de tracer avec précision les limites de l'intervention de l'ordre public. Les directives générales d'interprétation que l'on peut donner, parmi lesquelles la nécessité de réserver son intervention aux situations les plus exceptionnelles, n'entameront pas le contenu essentiellement *variable* de cette notion, qui rend suspect toute tentative de condamner *a priori* une catégorie de décisions étrangères. Pour justifier l'intervention de l'ordre public, il ne suffit certainement pas de constater que l'interdiction de procéder est inconnue de la tradition civile.¹¹⁸⁶

Il ne s'agit pas non plus d'examiner, et de condamner, le mécanisme de l'injonction *in abstracto*, puisque l'exception d'ordre public ne s'attache qu'aux *effets* dans le for de la décision étrangère. Il n'appartient en outre pas à un ordre juridique de condamner de manière générale une institution appartenant à une tradition juridique différente, même si cette institution semble surprenante, voire exorbitante. Le jeu de l'exception d'ordre public vise seulement à refuser à la décision étrangère la collaboration du for dans sa mise en oeuvre. Si son intervention est justifiée dans ce contexte, c'est qu'en privilégiant une solution purement *unilatérale* pour résoudre le conflit de procédures, en tentant d'imposer par la *contrainte*, fut-elle indirecte, cette solution à l'autre for saisi, le for enjoignant se prive nécessairement de l'aide du for visé. L'essence même de l'interdiction de procéder rend en effet toute coopération du for visé illusoire, un refus qui se traduira naturellement par le recours à l'exception d'ordre public.

275. Une distinction théorique entre deux cas de figure - A la limite on pourrait envisager une distinction selon que le for visé par l'injonction se soit déjà ou prononcé sur sa compétence. S'il a constaté sa compétence, le recours à l'ordre public est pleinement justifié. En décider autrement reviendrait à autoriser le pouvoir judiciaire d'un Etat à décider de quelles causes un tribunal étranger peut prendre connaissance, une forme de colonialisme judiciaire à laquelle la 'colonie' est en droit de refuser de se soumettre.¹¹⁸⁷ Que le commandement ne vise pas directement la colonie, mais un de ses 'sujets', n'y change à notre sens rien. L'objet même de l'injonction *antisuit* est de paralyser la procédure étrangère et c'est cette circonstance qui justifie le recours à l'ordre public.¹¹⁸⁸

Il pourrait en être autrement lorsque l'injonction intervient avant même que le for étranger se soit saisi de la cause. Dans ce cas, on conçoit qu'il puisse exister une communauté d'intérêts entre les deux fors, le tribunal visé partageant l'objectif poursuivi par le for de l'injonction qui, comme on l'a noté,¹¹⁸⁹ n'est pas nécessairement confiné à un protectionnisme chauvin. Une coopération éventuelle entre les deux fors se heurtera toutefois le plus souvent à la méthode utilisée par le for de l'injonction, méthode dont on avouera qu'elle constitue l'antithèse de la coopération. Au total les perspectives de reconnaissance de l'interdiction de procéder sont bien maigres. On constate d'ailleurs

¹¹⁸⁶ V. les nuances *infra*, n° 287.

¹¹⁸⁷ *Comp. M. MAACK, ac*, 1999, 157-159, qui arrive à la même conclusion en constatant que l'injonction viole la "deutschen Justizhoheit".

¹¹⁸⁸ Elle permet d'ailleurs de distinguer l'injonction anti-suit des autres mécanismes qui pourraient avoir une influence sur une procédure étrangère, tel que le jugement déclaratoire. Cet 'ersatz' d'injonction (*infra*, n° 298), n'a pas comme but premier et unique de d'interférer avec une procédure étrangère. Il vise d'abord et avant tout à rendre justice aux plaideurs sur le fond. Son effet sur la procédure étrangère n'est que secondaire.

¹¹⁸⁹ H. MUIR WATT, "Harcèlement sur harcèlement ne vaut (des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen)", *Reu Gén. Procédures*, 1999, 747-763.

que, réponse du berger à la bergère, les tribunaux anglais en appellent à l'ordre public pour refuser de reconnaître une éventuelle décision étrangère rendue en violation de l'injonction.¹¹⁹⁰

La réception de l'interdiction de procéder dans l'ordre juridique requis poserait d'ailleurs des problèmes quasi insurmontables : si le for requis entendait par impossible donner suite à l'injonction, il serait bien en peine de déterminer les conséquences à tirer de cette décision. Devrait-il en conclure que le demandeur est frappé d'une incapacité d'ester, qu'il ne présente pas l'intérêt requis ou que la demande est irrecevable? La question ne s'est apparemment jamais posée en droit interne anglais. Les rares injonctions qui y sont décernées, ne posent aucun problème d'exécution et pour cause.¹¹⁹¹ En réalité, si la question n'a jamais été posée c'est que l'injonction n'a sans doute pas vocation à être reconnue. Elle constitue un acte qui se suffit à lui-même et dont le for enjoignant n'attend généralement pas qu'il soit reconnu.

276. L'hypothèse de la reconnaissance dans l'espace judiciaire européen - Le droit international tolère sans doute l'injonction, en raison de son caractère *in personam*, il n'interdit cependant pas aux Etats de décider librement s'ils entendent donner effet au commandement du for de l'injonction. On peut s'attendre à ce que les tribunaux du vieux continent adoptent une attitude de rejet, qui nous semble pleinement justifiée.¹¹⁹² On va voir qu'ils sont en cela confortés par l'accueil plus que mitigé que les tribunaux américains réservent aux injonctions *anti-suit*. Avant d'examiner la réaction de ces juridictions, il faut encore préciser que la question de la reconnaissance de l'injonction dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne se pose en principe pas.¹¹⁹³

Comme nous aurons l'occasion de le voir, le mécanisme de l'injonction est en effet manifestement incompatible avec l'esprit et la finalité qui préside à l'espace judiciaire européen (*infra*, n° 314). Si d'aventure un tribunal passait outre cette interdiction de principe, il est clair que l'exception d'ordre public jouerait le même rôle d'obstacle rédhibitoire à la reconnaissance qu'en droit commun.¹¹⁹⁴ Le refus opposé à l'interdiction

¹¹⁹⁰ P. ex. *Phillip Alexander Securities and Futures v Bamberger and Gilhaus* [1997] EuLR 87, 97, [1996] CLC (1757), 1779 (C.A.) : "[i]t would seem to me prima facie that if someone proceeds in breach of, and with notice of, an injunction granted by the English court to obtain judgments abroad, those judgments should not, as a matter of public policy, be recognized in the United Kingdom". V. également *Re Macartney* [1921] 1 Ch. 522.

¹¹⁹¹ P. ex. *Charles Forte Investments Ltd. v Amanda* [1964] Ch. 240 (CA); *Bryanston Finance Ltd. v de Vries* (No. 2) [1976] Ch. 63; *Stonegate Securities Ltd. v Gregory* [1980] Ch. 576 (CA); *Thames Landreth Ltd. v Trinity House Corp. (Deptford Strand)* [1961] Ch. 197 (Ch. D.).

¹¹⁹² Et qu'ils n'adoptent pas à l'égard d'autres injonctions extra-territoriales. La jurisprudence montre ainsi que les tribunaux français reconnaissent sans difficultés particulières les injonctions extra-territoriales néerlandaises en matière de contrefaçon de brevet, prescrivant au défendeur de poser certains actes sur le territoire français. Ces décisions ne sont pas jugées contraires à l'ordre public (v. P. VERON, "Trentes ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention", *J.D.I.*, 2001, (805), 813-814. La problématique de la reconnaissance éventuelle d'une injonction *anti-suit* n'est donc pas liée à l'extra-territorialité ou encore au recours à l'injonction de faire, mais bien à la *nature* du commandement donné au défendeur.

¹¹⁹³ V. cependant l'opinion de C. WADLOW, *ac*, *Sweet & Maxwell*, 1998, 512, n° 8-62 ("an anti-suit injunction [...] is presumably a judgment in civil or commercial matters like any other, and as such is entitled to near-automatic recognition and enforcement in all other member states, including the one in which the litigation sought to be restrained is pending").

¹¹⁹⁴ Sur la question, à notre sens stérile, de savoir si l'injonction *anti-suit* constitue un jugement au sens de l'article 25 de la Convention, v. M. MAACK, *ac*, 1999, 149-153, qui répond de façon positive tout en notant que l'injonction *ex parte* ne pourra profiter du régime mis en place par la Convention. La doctrine allemande considère toutefois que l'injonction *anti-suit* constitue une décision à la portée purement procédurale, qui ne tombe dès lors pas sous le coup de l'article 25, p. ex. R. GEIMER, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*, München, Beck, 1995, 90 et R. GEIMER et R. A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München, Beck, 1997, art. 25, n° 19. Adde C. KESSEDIAN, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Document préliminaire n° 7, n° 162 ("Quant à la notion de

de procéder serait parfaitement justifié, même si l'on tient compte du caractère exceptionnel de la réserve d'ordre public.¹¹⁹⁵ Entendons nous bien, le recours à l'ordre public est à notre sens justifié non pas parce que l'injonction est incompatible avec la Convention – ce qui obligerait déjà le for requis à soulever ce motif de refus ou, mieux encore, à exciper de la violation de l'obligation conventionnelle de confiance. Au-delà de cette incompatibilité fondamentale, le refus de reconnaissance s'appuie sur le fait que l'injonction vise à interférer avec la justice du for. Le fait que celle-ci soit licite au regard du droit international n'empêche pas un Etat d'en prendre offense.

II. L'injonction dans les relations interaméricaines

277. Une interdiction de procéder bien mal accueillie au sein de l'espace judiciaire américain - Les juridictions continentales sont pour le moins hésitantes, pour ne pas dire plus, face aux injonctions *anti-suit*. On peut s'attendre à ce que ces tribunaux fassent appel à l'exception d'ordre public pour refuser de donner effet à une injonction étrangère. L'expérience américaine montre que l'on ne peut leur reprocher une quelconque étroitesse d'esprit. La pratique des relations entre tribunaux des états fédérés américains nous apprend que ces tribunaux sont loin de coopérer de bon coeur à la mise en oeuvre d'injonctions émanant d'autres Etats.¹¹⁹⁶

On constate en effet que les tribunaux américains refusent le plus souvent d'accorder effet aux injonctions prononcées par leurs collègues d'autres Etats. On cite souvent dans ce contexte la décision de la Cour Suprême de l'Illinois dans l'affaire *Jams*.¹¹⁹⁷ En l'espèce une veuve réclamait compensation d'une compagnie ferroviaire qu'elle tenait pour responsable du décès de son mari. L'entreprise obtint des tribunaux du Michigan qu'ils interdisent à la veuve de poursuivre la procédure dont elle avait saisi les tribunaux de l'Illinois. S'est alors posée la question de savoir si ces derniers devaient prêter leur concours à l'exécution de l'interdiction. La Cour observa d'emblée que le pouvoir d'injonction devait être exercé avec une grande réserve pour éviter les conflits et les interférences indues.¹¹⁹⁸ Elle nota ensuite qu'une jurisprudence majoritaire niait l'existence d'une obligation de reconnaître une injonction émanant d'un autre Etat. Décider autrement, souligna la Cour, reviendrait à conférer au for étranger un droit de regard et un certain contrôle sur la procédure du for. La Cour fit enfin observer que les tribunaux de l'Illinois avaient été les premiers saisis et qu'ils devaient avoir la possibilité de statuer sur le litige sans interférence de la part d'autres tribunaux. Elle conclut qu'il

'décision', elle est entendu au sens générique du terme [...]. On doit également y inclure les injonctions qui assortissent souvent les décisions au fond, sauf celles qui n'ont trait qu'à la compétence ou à la saisine d'un tribunal étranger telles les 'anti-suit injunctions'").

¹¹⁹⁵ V. sur l'interprétation de l'exception d'ordre public dans la Convention de Bruxelles, E. JAYME, *Nationaler ordre public und europäische Integration: Betrachtungen zum Kronbach-Urteil des EuGH*, Vorlesungen und Vorträge / Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht n° 6, Vienne, Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, 2000, 32 p.

¹¹⁹⁶ La question ne s'est guère posée dans les relations entre tribunaux fédéraux et tribunaux étatiques, le pouvoir d'injonction étant sérieusement restreint dans ce cadre, *supra*, n° 232.

La réaction des tribunaux anglais face à une injonction étrangère n'est pas facilement déterminable, faute de jurisprudence sur le sujet.

¹¹⁹⁷ *Jams v Grand Trunk Western Railway Co*, 14 Ill. 2d 356, 152 N.E. 2d 858 (1958), avec la note de E. H. SCHOPLER, "Extraterritorial Recognition of, and Propriety of Counterinjunctions against, Injunctions against Actions in Courts of Other States", *A.L.R. 2d*, vol. 74, pp. 828-841.

¹¹⁹⁸ "The exercise of such power by equity courts has been deemed a matter of great delicacy, invoked with great restraint to avoid distressing conflicts and reciprocal interference with jurisdiction".

n'existait aucune obligation de reconnaître l'injonction et qu'en l'espèce il y avait lieu de passer outre.

Cette décision reflète la jurisprudence majoritaire, qui dénie à l'injonction *anti-suit* le bénéfice de la clause du *Full Faith and Credit*. Les tribunaux reconnaissent qu'il peut être donné suite à l'injonction, par courtoisie, mais qu'il n'y a nulle obligation de le faire.¹¹⁹⁹ La grande majorité des décisions refusent d'ailleurs de donner à l'injonction le bénéfice de la courtoisie internationale.¹²⁰⁰

278. La jurisprudence *Baker* de la Cour Suprême - La Cour Suprême ne s'est pas encore prononcée sur la question. Une récente décision laisse toutefois penser que la Cour ne désavouera pas la jurisprudence majoritaire en obligeant les tribunaux à accorder

¹¹⁹⁹ P. ex. *Laker Airways*, décision précitée, 731 F.2d 909, 933-934 (D.C.C. 1984) (la Cour note que "a forum may, but need not to stay its own proceedings in response to an antisuit injunction against a party before the court" et plus loin "In suits involving states, even the Full Faith and Credit Clause does not compel recognition of an antisuit injunction"); *Taylor v Atchison Topeka and Santa Fe Railway & Co.*, 292 Ill. App. 457; *Kleinschmidt v Kleinschmidt*, 343 Ill. App. 539, 99 N.E. 2d 623 (1951); *Chicago, R. I. and Pac. Ry. v Lundquist*, 206 Iowa 499, 221 N.W. 288 (1928); *Union Pacific Railway Co v Rule*, 155 Minn. 302; 193 N.W. 161 (1923); *Kepler v Cleveland, Cincinnati, Chicago and Saint Louis Railway Co.*, 322 Mo. 299, 15 S.W. (2d) 825 (1929); *Alford v Wabash Railway Co.*, 229 Mo. App. 102, 73 S.W. 2d 277; *State ex rel. Bossing v District Court*, 140 Minn. 494, 168 N.W. 589, 1 ALR 145 (1918) (en l'espèce le demandeur, domicilié en Iowa, comme le défendeur, demandait réparation pour un dommage causé au Nebraska. Le défendeur lui reprochait de s'être adressé aux tribunaux du Minnesota et obtint une injonction des tribunaux du lieu de l'accident. Les tribunaux visés refusèrent de donner suite à l'injonction); *Lowe v Norfolk & W.R. Co.*, 96 Ill. App. 3d 637, 421 N.E. 2d 971 (1981); *Stambaugh v Stambaugh*, 222 Pa. Super. 360, 294 A.2d 817; *Albrecht v Zuanshoek Holding en Financiering BV*, 762 P.2d 1174 (1988 Wyo.); *Cunningham v Cunningham*, 25 Conn. Supp. 221, 200 A2d 734 (Super Ct. 1964); *Keck v Keck*, 8 Ill. App. 3d 277, 290 N.E. 2d 385; *Abney v Abney*, 176 Ind. App. 22, 374 N.E. 2d 264 (2nd Dis. 1978); *Frye v Chicago, R.I. & P.R. Co.*, 157 Minn. 52, 195 N.W. 629 (1923) et *Great Global Assurance Co v McFortin*, 728 S.W. 2d 401 (Tex. App. 1987) (refuse d'accorder effet à une injonction venant d'Arizona).

V. également les décisions citées par E. SCHOPFLER dans sa note, *l.c.*, ALR 2d, vol. 74, pp. 832-834 et les commentaires de R. B. GINSBURG, "Judgments in Search of Full Faith and Credit : the Last-In-Time Rule for Conflicting Judgments", *Harvard L. Rev.*, 1969, (798), 823 ("[...] state courts that have dealt with the question have consistently regarded such decrees as outside the full faith and credit ambit") et de W. L. M. REESE, "Full Faith and Credit to Foreign Equity Decrees", *Iowa L. Rev.*, 1957, (183), 198 ("[...] full faith and credit does not require dismissal of an action whose prosecution has been enjoined [...]. To compel a court automatically to dismiss a suit upon the issuance of an injunction would mean in effect that the courts of one state can control what goes on in the courts of another. Also there is something obnoxious in the thought that a court must accept as conclusive another's determination that suit before it would be unfair. This the is thought to be a situation where the national policy of full faith and credit should bow before the obvious interest of an individual state in being permitted [...] to control the actions of its own courts"); J. J. ROGERS, "Injunctions Against Suits in Foreign Jurisdictions", *Louisiana L. Rev.*, 1950, (302), 316-319; Note, "Extraterritorial Recognition of Injunctions Against Suit", *Yale L. J.*, 1930, 719; Comment, "Full Faith and Credit to Foreign Injunctions", *U. Chicago L. Rev.*, 1959, 633 e.s et de G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnatl.L.*, 1990, 599-601.

¹²⁰⁰ Quelques décisions acceptent toutefois de donner suite à l'injonction, p.ex. *Bard v Charles R. Myers Ins. Agency, Inc.*, 839 S.W. 2d 791 (Tex. 1992) (tribunal du Texas accepte de donner suite à une injonction décernée par un tribunal du Vermont interdisant toute poursuite contre une société mise en liquidation. La Cour constate que les tribunaux texans eux-mêmes ont l'habitude, lorsqu'ils prononcent la liquidation d'une entreprise, d'interdire la saisine d'autres tribunaux et que le droit texan lui-même reconnaît qu'une telle procédure est nécessaire); ainsi que *Hall v Milligan*, 221 Ala. 233, 128 So. 438, ALR, vol. 69, 618 (1930) (obiter dictum); *New Orleans & N.E.R. Co v Bernich*, 178 La. 153, 150 So. 860 (1933) (obiter dictum selon lequel les tribunaux du Mississippi donneront effet, en vertu de la comitas, aux injonctions d'autres Etats); *Fisher v Pacific Mut. L. Ins. Co.*, 112 Miss. 30, 72 So., 846 (1916); *Allen v Chicago, Great Western R.R.*, 229 Ill. App. 38 (1925) (et la note dans *Ill. L. Rev.*, 1926, 816 e.s.); *Equitable Life Insurance Society v Gex's Estate*, 184 Miss. 577, 186 So. 659 (1939) (en l'espèce un résident de la Louisiane avait saisi les tribunaux du Mississippi, espérant sans doute profiter de l'existence dans ces Etat d'un jury, inconnu en Louisiane pour les affaires civiles. La compagnie d'assurance qu'elle avait assignée obtint une injonction contre cette procédure, injonction qui fut honorée dans une action ultérieure au Mississippi, impliquant les avocats de la demanderesse). Comme l'explique M. Rogers, "The majority of the courts which give such effect to the foreign injunction view all the factors giving rise to therestraining order as if they were passing on a plea of forum non conveniens rather than merely deciding whether to give effect to a foreign injunction" : *l.c.*, *Louisiana L. Rev.*, 1950, (302), 317.

le bénéfice de la *Full Faith and Credit Clause* aux injonctions *anti-suit*.¹²⁰¹ En l'espèce la Cour devait se prononcer sur le caractère obligatoire pour les tribunaux du Missouri d'une injonction décernée par un tribunal du Michigan, interdisant à un ex-employé de GM de témoigner dans des procès mettant en cause le constructeur automobile.¹²⁰² Le témoignage de l'ex-employé s'avérait crucial dans un litige opposant au Missouri l'entreprise de Detroit aux descendants du propriétaire d'un véhicule tué dans un accident de la circulation.

La Cour reconnut tout d'abord que la clause du *Full Faith and Credit* s'appliquait aux injonctions, ce qui avait été mis en doute.¹²⁰³ Elle souligna ensuite qu'entre États fédérés, cette clause ne laissait aucune place pour une quelconque exception d'ordre public, les jugements devant être reconnus même lorsqu'ils contreviennent à une règle fondamentale du for requis.¹²⁰⁴ Cette politique très libérale de reconnaissance, justifiée par les impératifs du fédéralisme, obligeait-elle toutefois les États à donner suite à une injonction du type de celle décernée en l'espèce? Tout en soulignant qu'elle n'entendait pas créer une exception au principe de libre reconnaissance,¹²⁰⁵ la Cour décida que ne bénéficient pas de la pleine reconnaissance les jugements qui "prétendent accomplir un acte officiel qui est de la compétence exclusive de l'autre Etat ou constituent une intervention dans une procédure judiciaire sur lequel le for de l'injonction n'a aucune autorité".¹²⁰⁶

En l'espèce l'injonction aboutissait à dicter au tribunal du Missouri quels témoins il pouvait entendre, ce qui constituait une immixtion justifiant le refus qui lui était opposé. On peut facilement accepter qu'il en sera de même pour l'injonction *anti-suit*, bien que la Cour ait expressément réservé la question.¹²⁰⁷ L'exception reconnue par la Cour semble en effet taillée sur mesure pour les injonctions anti-suit. La décision *Baker* a dès lors sans doute signé la fin de toute prétention de l'interdiction de procéder à une quelconque circulation entre états américains.¹²⁰⁸

¹²⁰¹ *Baker et al. v. General Motors Corp.*, 522 U.S. 222, 118 S.Ct. 657, 139 L.Ed (2d) 89 (1998), v. les commentaires de P. J. BORCHERS, "Baker v. General Motors : Implications for Interjurisdictional Recognition of non-Traditional Marriages", *Creighton L. Rev.*, 1998, 147-185.

¹²⁰² Il s'agissait en l'espèce d'une 'consent injonction', qui venait ratifier une transaction conclue entre GM et l'ex-employé.

¹²⁰³ Sur cette question, v. C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé avec Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987.

¹²⁰⁴ La Cour confirme ainsi sa jurisprudence antérieure et notamment *Fawcett v. Lunn*, 210 U.S. 230 (1908) et *Milwaukee County v. M. E. White & Co.*, 296 U.S. 268 (1935). Sur l'ensemble de la question, v. C. KESSEDIAN, *op. cit.*, Paris, Economica, 1987, 301 e.s. ainsi que SCOLES, HAYE, BORCHERS, SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 2000, 1171 e.s.

¹²⁰⁵ V. cependant l'opinion concurrente du juge *Kennedy*, selon qui la décision de la majorité aboutit bel et bien à créer une exception, dont les limites lui paraissent floues et le bien-fondé douteux, 522 U.S. 222, 243-245.

¹²⁰⁶ 522 U.S. 222, 235; 118 S. Ct. 657, 664 : "they purported to accomplish an official act within the exclusive province of that other State or interfered with litigation over which the ordering State had no authority" et plus loin 522 U.S. 222, 239 : "This conclusion creates no general exception to the full faith and credit command, and surely does not permit a State to refuse to honor a sister state judgment based on the forum's choice of law or policy preferences".

¹²⁰⁷ 522 U.S. 222, 236, le juge Ginsburg, écrivant pour la majorité, note que la Cour ne s'est pas encore expressément prononcée sur la question. V. également l'opinion de *Kennedy*, 522 U.S. 222, 244-245, qui regrette que la Cour ait formulé une exception en des termes généraux. La décision dans l'affaire *Baker* ne contredit pas la décision *Cole v. Cunningham* de la même Cour, déjà évoquée : dans la première, seule le caractère obligatoire de l'injonction était en jeu, alors que dans la seconde se posait la question de la possibilité pour un tribunal de faire interdiction à un justiciable d'engager une procédure devant un tribunal d'un autre Etat. On avouera toutefois que dans les deux cas, la clause du *Full Faith and Credit* était aux centres des préoccupations.

¹²⁰⁸ On peut noter que dans un article paru 1969, le juge Ginsburg avait déjà fait part de ses doutes sur la viabilité de l'injonction dans le système fédéral américain. Elle proposait notamment d'étendre l'interdiction faite aux

279. De la non reconnaissance de l'injonction à l'obligation de reconnaître le jugement étranger prononcé en violation de l'injonction - Le défaut de reconnaissance n'est pas la seule manifestation de l'opprobre affectant les injonctions au sein de l'espace judiciaire américain. Dans un article paru en 1969, Mme Ginsburg¹²⁰⁹ a montré que lorsque l'injonction n'est pas suivie d'effet et que la procédure interdite donne lieu à un jugement, il n'est pas exclu que celui-ci bénéficie de la clause du *Full Faith and Credit*. A ce titre, il devrait en principe être reconnu même par le for de l'injonction!¹²¹⁰ Elle évoquait l'exemple d'une décision de la Cour d'Appel du 3^{ème} Circuit, qui mettait aux prises un couple se déchirant par tribunaux interposés.¹²¹¹ L'épouse avait obtenu des tribunaux New Yorkais une série de décisions en sa faveur, nonobstant l'interdiction de procéder décernée à la demande de l'époux par les tribunaux du New Jersey. L'époux se plaignit alors du comportement de son épouse auprès de ces derniers tribunaux, qui sanctionnèrent l'épouse pour l'outrage à la Cour que constituait à leurs yeux la conduite d'une procédure devant les tribunaux new yorkais. L'épouse ne se laissa pas démonter et tenta ensuite d'obtenir l'exécution au New Jersey des décisions rendues en sa faveur par les tribunaux de New York. La Cour Suprême du New Jersey refusa cependant d'accorder un quelconque effet aux décisions obtenues en violation de l'injonction anti-suit.

Cette décision fut réformée par la Cour d'Appel du 3^{ème} Circuit. La Cour constata que le refus de reconnaissance constituait une violation de la *Full Faith and Credit clause* – sans pour autant tirer les conséquences qui s'imposaient de cette décision, pour des raisons de procédure.¹²¹² Comme le note Mme. Ginsburg, cette décision n'a pas résolu de manière définitive la question. Elle observe toutefois qu'en principe le jugement au fond devrait prévaloir sur l'injonction : "l'injonction ne peut prétendre à des effets nationaux, alors qu'une décision sur le fond du litige entre parties doit en règle générale faire l'objet d'une reconnaissance ou d'une exécution dans tout le pays. Cette décision doit prévaloir sur l'injonction [...] parce que l'existence d'une enclave au sein de laquelle il peut être porté atteinte à l'efficacité d'une décision malgré son invulnérabilité est contraire à l'effet unificateur de la clause du *full faith and credit* ».¹²¹³

tribunaux fédérés d'enjoindre une procédure fédérale, aux relations entre tribunaux fédérés, R. B. GINSBURG, "Judgments in Search of Full Faith and Credit : the Last-In-Time Rule for Conflicting Judgments", *Harvard L. Rev.*, 1969, (798), 829 ("Also conceivable would be a general rule denying states authority to issue injunctions directed at proceedings in other states. Under current law, state courts may not issue injunctions against proceedings in federal courts [...] Arguably the same policy might apply between the states [...]").

¹²⁰⁹ Aujourd'hui juge à la Cour Suprême, le prof. Ginsburg est l'auteur de l'opinion majoritaire de la Cour dans l'affaire *Baker*.

¹²¹⁰ R. B. GINSBURG, *l.c.*, *Harvard L. Rev.*, 1969, (798), 823-830. Selon M. Burbank, l'absence de reconnaissance des injonctions au sein de l'espace judiciaire américain explique sans doute pourquoi ses interdictions de procéder se font somme toute assez rares (S. BURBANK, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 2001, (203), 210 : "That such injunctions apparently do not plague modern interstate litigation [...] may also reflect the bitter lessons of experience in a system that does not require recognition of antisuit injunctions [...]").

¹²¹¹ *Joffe v Joffe*, 384 F.2d 632 (3d Cir. 1967), *cert. denied*, 390 U.S. 1039 (1968).

¹²¹² Sur ces raisons, R. B. GINSBURG, *l.c.*, *Harv L. Rev.*, 1969, 827-828.

¹²¹³ *l.c.*, *Harv L. Rev.*, 1969, 829-830 : "The injunction does not qualify for national effect, while the adjudication of the parties' dispute normally would command nationwide recognition and enforcement. That adjudication should supersede the injunction [...] because the existence of an enclave in which the effectiveness of a judgment can be nullified despite its invulnerability elsewhere is antithetical to the unifying function of the full faith and credit clause". Pour Mme. Ginsburg, l'injonction ne doit donc pas permettre au for de l'injonction de priver une décision au fond de tout effet, puisque dans ce cas, "the theoretically national resolution of the dispute may be practically valueless to the judgment creditor" (p. 830). Elle accorde au contraire à l'injonction un rôle limité, qui consiste à "notify the state in which litigation has been instituted of the enjoining state's appraisal of forum conveniens" (*idem*). Cette fonction de signalisation pourra au mieux convaincre le for de respecter l'injonction comme geste de courtoisie, s'il est convaincu...

La question de l'effet auquel peut prétendre une décision rendue en violation d'une injonction *anti-suit* n'est pas encore définitivement tranchée en droit américain. Nous ne nous y attarderons pas, elle nécessiterait des développements trop longs. Cette question a le mérite de montrer que l'injonction *anti-suit* n'a pas toujours l'efficacité redoutable qu'on lui prête, puisqu'elle n'empêchera pas nécessairement le for de l'injonction d'être confronté à une décision au fond prise en violation de l'ordre qu'il a décerné.

280. Conclusion : la nécessaire solitude du for de l'injonction - L'injonction *anti-suit* n'est pas accueillie avec beaucoup d'enthousiasme dans les relations interaméricaines.¹²¹⁴ En somme, le for de l'injonction ne peut compter que sur ses propres moyens pour mettre l'injonction à exécution.¹²¹⁵ Ceci diminue d'autant l'efficacité de l'instrument comme méthode de résolution des conflits de procédures. Il y a toutefois plus grave. Le refus des tribunaux étrangers de collaborer à la mise en oeuvre de l'injonction fait en effet parfois place à une réaction plus agressive.

2. L'INTERDICTION DE PROCEDER, UNE SOURCE DE CONFLIT

281. L'interdiction de procéder, un 'remède' pire que le mal - Le défaut le plus fondamental de l'injonction *anti-suit* est sans doute sa propension à nourrir les conflits entre les tribunaux plutôt qu'à les apaiser. L'interdiction de procéder constitue un ordre adressé par une juridiction à une partie, lui enjoignant de mettre fin ou de ne pas commencer une procédure devant un autre tribunal. On a vu que le for de l'injonction ne devait pas compter sur la coopération du for étranger pour la mise en oeuvre de son commandement. L'interdiction de procéder sera en outre souvent perçue comme une

¹²¹⁴ La doctrine a à maintes reprises constaté le peu d'effet qu'ont les injonctions dans les relations américaines. M. Leflar écrivait par exemple que les injonctions anti-suit "have no absolute compulsion behind them. Citations for contempt threatens one who disobeys an injunction, but that threat will not always afford an effective restraint" (R. A. LEFLAR, *American Conflicts Law*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1977, 103, § 53). D'autres auteurs abondent dans le même sens : par exemple L. F. DEL DUCA et G. A. ZAPHIROU, "United States", in *Defining Jurisdiction*, 418 ("An injunction can only be enforced by contempt proceedings if the person against whom the injunction was issued is physically within the jurisdiction. Imposition of a fine against a person who is outside the jurisdiction will raise problems of enforcement, and imprisonment is, of course, impossible. Sequestration of the property of an absent individual or foreign corporation will often prove impractical for lack of due process"); A. VOLLMER, "US Federal Courts Use of Antisuit Injunctions to Control International Forum Selection", *l.c.*, 261 ("[...] to ensure effectiveness of an antisuit injunction, absent voluntary compliance, [...] the U.S. court needs to be able to (or credibly threaten to) seize assets or imprison a sufficiently senior representative of the offending party. The U.S. Court cannot do that outside the territory of the United States without the cooperation of the foreign authorities"); G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 601 ("American law provides no satisfactory solution to the problem of non-acquiescence by the courts of one state in the restraint of their proceedings by the courts of another").

¹²¹⁵ Le for de l'injonction ne doit pas compter sur la collaboration du tribunal étranger dans la mise en oeuvre de l'injonction. Il est permis d'aller plus loin et de penser que la question de la reconnaissance d'une injonction anti-suit ne se pose pas, à défaut pour celle-ci de revendiquer un quelconque effet extra-territorial. Il ne peut en effet y avoir de reconnaissance que pour autant que la décision postule un certain effet extra-territorial (sur cette question dans le contexte de la faillite internationale, v. Cass., 26 sept. 1991, *R.W.*, 1991-92, 917). Or, on l'a vu, les tribunaux anglais et américaines s'évertuent à souligner la caractère *in personam* de l'injonction et leur volonté de ne viser que le défendeur et non le for étranger. Ce faisant, l'injonction épuise ses effets dans le for enjoignant. Il n'y a dès lors pas matière à reconnaissance, le for de l'injonction ne prétendant pas conférer un quelconque effet extra-territorial à sa décision. Il en irait autrement d'une décision postérieure qui constaterait la violation de l'injonction et prononcerait des sanctions à l'égard du défendeur. Le seul effet extra-territorial que postule l'interdiction de procéder ne s'adresse pas au tribunal visé - ce qui constituerait d'ailleurs une violation du droit international, mais seulement au défendeur à qui interdiction est faite de poursuivre sa demande. A notre sens, cette extra-territorialité ne postule aucune reconnaissance, le for de l'injonction choisit de s'en passer pour ne compter que sur ses propres moyens pour assurer la sanction de l'injonction. On pourrait dire que la question de la reconnaissance se résorbe donc dans le caractère *in personam* de l'injonction.

véritable *intrusion* dans le fonctionnement de la justice, prérogative du for. Loin de laisser indifférente, elle peut être ressentie comme une attaque et provoquer des frictions qui ne sont pas de nature à résoudre le conflit de procédures. On peut en outre craindre une riposte de la part du tribunal visé; l'injonction peut à ce titre être comparée à la proverbiale huile que l'on jette sur le feu (des conflits de procédures). L'histoire et quelques expériences récentes sont là pour le prouver.

282. L'histoire des injonctions, riche de conflits - L'histoire d'abord. L'interdiction de procéder traîne à sa suite une longue histoire de controverses et de conflits. Dès l'origine, les tribunaux de *common law* n'ont eu cesse de dénoncer la pratique des tribunaux de l'*Equity* qui s'étaient arrogé le pouvoir de décider d'une cause par injonction.¹²¹⁶ A plusieurs reprises il a fallu l'intervention du roi ou d'une commission royale pour départager les deux ordres judiciaires. Comme le note M. Hartley, ces disputes annonçaient celles à venir.¹²¹⁷ On constate d'ailleurs que l'injonction a aujourd'hui quasiment disparu du contentieux interne dans les juridictions de *common law*.

Il est significatif que dans la plupart des pays, cette disparition ait été le résultat d'une intervention législative qui avait précisément pour but de préserver la paix judiciaire dont on pressentait qu'elle était menacée par les conflits auxquels l'interdiction de procéder donnait lieu.¹²¹⁸ Comme l'a relevé la Cour Suprême, les limites apportées par le législateur américain au pouvoir d'injonction visaient à "préserver l'harmonie [...] dans notre système fédéral complexe en évitant les frictions inutiles entre deux ordres judiciaires aux compétences concurrentes".¹²¹⁹ Peut-on espérer meilleure preuve de la nature conflictuelle de l'injonction *anti-suit* ?

¹²¹⁶ Selon M. Hartley, "From the beginning [...] these injunctions caused conflict with the common law courts" T.C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 489. V. également le rappel historique de STORY qui souligne que "This jurisdiction of granting injunction [...] met the decided opposition and hostility of the Courts of Common Law from a very early period of the exercise of Equity Jurisprudence" : *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 1918, 14ème éd., Boston, Little, Brown & Co., 560, § 1194. Ajoute la célèbre affaire *Earl of Oxford*, (1615) 1 W. & T., 615; 21 Eng. Rep. 485.

¹²¹⁷ T.C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 489 : "This discord was a portent of things to come".

¹²¹⁸ V. l'*Anti-Injunction Act* (28 U.S.C. § 2283), qui dénie aux tribunaux fédéraux le pouvoir d'enjoindre les tribunaux fédérés, sauf quelques exceptions. Cette loi n'a pas vocation à s'appliquer aux espèces internationales, *Medtronic, Inc. v Catalyst Research Corporation*, 518 F. Supp. 946, 954, note 11 (DC Minn 1981).

En Angleterre le *Judicature Act*, section 24(5) de 1873 a interdit l'injonction entre les différentes divisions de la High Court. Même si en théorie le pouvoir d'injonction subsiste à l'égard d'autres tribunaux anglais, M. Hartley fait observer qu'en pratique il n'en est fait utilisation que dans les espèces internationales (*l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, 489, note 14). Dans le même sens, I. SPRY, *ac.*, 1990, 329-330 (l'auteur note que la disparition des tribunaux d'*equity* et la reconnaissance de pouvoirs équitables à tous les tribunaux a fait disparaître la raison d'être de l'injonction *anti-suit*) et W. KENNET, "Les injonctions *anti suit*", in *L'efficacité de la justice européenne*, G. DE LEVAL et M.-T. CAUPAIN (éds.), Bruxelles, Larcier, 133 ("Since that time it has not been necessary to use *anti-suit* injunctions within the purely domestic context, but they have found a new and increasing role in the international arena"). Pour des instances d'utilisation de l'injonction entre tribunaux anglais, v. les exemples cités par H. HANBURY et J. MARTIN, *ac.*, 1993, 791, notes 67, 68 et 69.

Pour l'Australie, P. NYGH note que "An Australian court should not interfere with or restrain proceedings instituted in another Australian jurisdiction" : *Conflict of Laws in Australia*, Sydney, Butterworths, 1995, 113 Pour le Canada, v. R. J. SHARPE, *Injunctions, Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book, 1992, p. 5.24 (note que les tribunaux "have been reluctant to use" l'injonction contre les tribunaux inférieurs). Au Québec, l'article 758 C.P.C. interdit formellement aux tribunaux d'empêcher la poursuite d'une procédure judiciaire. Selon cette disposition, « Une ordonnance d'injonction ne peut en aucun cas être prononcée pour empêcher des procédures judiciaires [...] ».

¹²¹⁹ A propos de l'intervention du législateur américain qui remonte à 1793 et s'est perpétuée depuis, le juge Frankfurter de la Cour Suprême écrivait que "That provision is an historical mechanism [...] for achieving harmony in [...] our complicated federalism by avoiding needless friction between two systems of court having potential jurisdiction over the same subject matter" : *Hale v Binco Trading Co.*, 306 U.S. 375, 378; 59 S. Ct. 526, 527.

283. L'injonction comme source de frictions, quelques exemples récents - Les expériences récentes ensuite. L'interdiction de procéder est par nature susceptible de froisser, ne fut-ce qu'indirectement, la susceptibilité du for étranger. La jurisprudence offre de nombreux exemples de réactions outrées d'un tribunal dont la procédure est paralysée par l'intervention d'un autre. La réaction du juge américain dans l'affaire *Laker* est à cet égard exemplaire. Constatant que l'injonction anglaise constitue un obstacle à la poursuite des débats, le juge *Wilkey* fulminait et décrivait l'injonction comme une "immixtion d'un tribunal étranger [...] dans une procédure judiciaire américaine qui manque totalement de justification".¹²²⁰

Si telle est la réaction d'un juge familier avec le mécanisme de l'injonction, on peut comprendre l'étonnement et le rejet que l'injonction provoque chez les juges d'autres systèmes, que leur formation et tradition juridique n'a pas habitué à ce type de mécanisme.¹²²¹ Il suffit pour s'en convaincre d'examiner la décision déjà évoquée de la Cour d'Appel de Düsseldorf dans l'affaire *Phillip Alexander*.¹²²² Le juge allemand n'a en l'espèce pas eu de mots assez forts pour condamner l'atteinte à la souveraineté allemande que constituait selon lui l'injonction anglaise.¹²²³ L'affaire *Gregg Lemond* déjà citée a également été l'occasion d'une forte réaction du tribunal belge, où un refus catégorique de donner une quelconque suite à l'injonction américaine le disputait à une interdiction de continuer la procédure américaine.¹²²⁴

284. Le danger des ripostes et des contre-mesures - Cette dernière affaire est révélatrice d'un autre danger inhérent à l'injonction : au delà de la réaction froissée du tribunal visé, qui ne prête somme toute pas à conséquence, on peut craindre que l'injonction ne suscite une riposte qui contribue à envenimer le conflit et à éloigner tout espoir de solution. Le danger est en effet que l'injonction fasse naître un cycle de mesures de rétorsion et de contre-mesures, qui paralysent les deux procédures.

Ce risque n'est pas propre à l'interdiction de procéder. Tout exercice d'une compétence extra-territoriale porte en lui les germes d'une collision potentielle, parce que la décision peut entrer en conflit avec celle pris par le for où elle doit déployer ses effets.¹²²⁵ La pratique du contentieux international offre de nombreux exemples de tels cycles d'action-

¹²²⁰ *Laker Airways Ltd. v Pan American World Airways*, 577 F. Supp. 348, 354, 355-356 (D.D.C. 1983) : "intrusion of foreign courts and foreign executive officials into the United States judicial process on bases that [...] do not appear legitimate".

¹²²¹ Certains s'emploient cependant à escamoter le risque que fait peser l'interdiction de procéder sur les bonnes relations entre pouvoirs judiciaires nationaux. Ainsi un juge anglais a-t-il récemment décidé qu'il n'était pas démontré que le tribunal français contre qui l'injonction était dirigée, prendrait ombrage de cette injonction. Le juge a écarté les écrits doctrinaux qu'on lui soumettait en ce sens, pour constater que la jurisprudence française ne s'était pas encore prononcée sur la question : *Navigation Maritime Bulgare v Rustal Trading Ltd., The Ivan Zugubarski*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 106, 126. V. aussi les observations du juge Posner in *Allendale Mutual Insurance Co. v Bull Data Systems, Inc.*, 10 F.3d 425 (7th Cir. 1993) et les observations de M. J. WHINCOP et M. KEYES, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Ashgate, Aldershot, 2001, 152 (ces auteurs dénie aux intérêts étatiques toute pertinence dans la solution de questions de droit international privé et en déduisent fort logiquement qu'il faut dépasser l'idée selon laquelle l'injonction peut être perçu comme une agression par le tribunal visé).

¹²²² OLG Düsseldorf, 10 octobre 1996, précité.

¹²²³ Les attendus du juge traduisent bien son incompréhension face à l'injonction, il résume la procédure anglaise en désignant le juge anglais sous le patronyme de 'Mr. T', ce qui fait penser à la manière dont les prévenus sont nommés!

¹²²⁴ Trib. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-91, 676, cfr. *supra*.

¹²²⁵ V. déjà la note de D. W. F. Verkade, commentant l'arrêt *Interlas* du Hoge Raad déjà cité, qui a inauguré la jurisprudence néerlandaise en matière d'injonction. M. Verkade parle de "collisiegevaar als verschillende nationale rechters eenzelfde internationale bevoegdheid aannemen" : H.R., 24 novembre 1989, *N.J.*, 1992, 404.

réaction.¹²²⁶ Il suffit de penser au contentieux américano européen en matière d'obtention des preuves – qui a inspiré à la doctrine allemande l'expression sans équivoque de '*Justizkonflikt*'. On connaît les réserves des juristes américains à l'encontre de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger : le mécanisme mis en place est jugé trop lourd et la portée de l'entraide judiciaire trop réduite, notamment en raison des nombreuses réserves formulées par les Etats contractants quant à l'application de la Convention aux procédures de 'pre-trial discovery'. Ces réserves expliquent sans doute la surprenante décision de la Cour Suprême dans l'affaire *Aéropatiale*, qui a vu dans la Convention une simple faculté et non un mécanisme obligatoire.¹²²⁷

Cette funeste jurisprudence permet aux tribunaux américains de continuer la pratique unilatérale consistant à obtenir du défendeur des éléments de preuve jugés nécessaires en lui adressant une injonction à cet effet. Comme pour l'injonction *anti-suit*, il s'agit alors d'une injonction *in personam*, et le défendeur s'expose à de lourdes sanctions s'il n'obtempère pas.¹²²⁸ Cette pratique unilatérale a suscité une intense réaction négative de nombreux Etats européens, qui se sont dotés d'un arsenal législatif faisant interdiction à leurs ressortissants de témoigner ou de livrer certains documents.¹²²⁹ Bref l'exercice extraterritorial de compétence a provoqué une réaction, qui est loin d'avoir simplifié la position du justiciable. Comme le note justement M. Droz, "aux tirs de batterie on répondit par des tirs de contre-batterie, ce qui ne facilite guère l'obtention sereine de la justice sur le plan international".¹²³⁰

Aux mesures coercitives d'un Etat répondront souvent les mesures antinomiques de l'autre Etat. La question n'est pas de savoir lequel des deux Etats a 'raison' et lequel a violé les prescrits internationaux, par exemple par une extra-territorialité abusive.¹²³¹ Il

¹²²⁶ Paradoxalement, c'est le refus des tribunaux américains de statuer sur certains litiges qui provoque une réaction de certains pays ces dernières années. Certains pays d'Amérique du Sud ont ainsi promulgué des législations proclamant que leurs tribunaux sont 'indisponibles' pour empêcher un tribunal américain de se déclarer forum non conveniens, v. les législations citées par J. FELLAS, « Important Doctrines and Tools of International Litigation », in *International Business Litigation & Arbitration 2001*, I, J. FELLAS (éd.), New York, Practising Law Institute, 2001, (25), 38 et la réaction des tribunaux américains : *Palanco v. H. B. Fuller Co.*, 941 F. Supp. 1512 (D. Minn. 1996). Les Caraïbes ont adopté le même type de législation, v. Z. McDOWELL, « Forum Non Conveniens : the Caribbean and Its Response to Xenophobia in American Courts », *I.C.L.Q.*, 2000, 108-130.

¹²²⁷ *Société Nationale Industrielle Aéropatiale v. U.S. District Court for the Southern Dist. of Iowa*, 482 U.S. 522, 107 S.Ct. 2542, 96 L.Ed. 2d 461 (1987). Une traduction française de la décision est parue à la *R.C.D.I.P.*, 1988, 559 avec une note de A. DYER.

¹²²⁸ Sur la problématique en général, et en particulier la compétence internationale des tribunaux américains, v. les réflexions de M. Lowenfeld, qui note que "no aspect of international litigation has caused as much friction as the issue of discovery", A. LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness. Essays in Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 137. V. également K. P. MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationale Wirtschaftsrecht. Eine vergleichende Untersuchung unter besondere Berücksichtigung des US-amerikanischen und deutschen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, 533 p.

¹²²⁹ P. ex. la loi française n° 80-358 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et de renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes étrangères, *J.O.*, 1980, 1789; *R.C.D.I.P.*, 1980, 871. Sur ce phénomène, v. F. RIGAUX, "Droit économique et conflits de souverainetés", *RabelsZ.*, 1988, 104-156; L. COLLINS, "Lois de blocage ou de rétorsion, l'expérience du Royaume-Uni", *D.C.P.I.*, 1986, 597-615; A. V. LOWE, "Blocking Extraterritorial Jurisdiction, the British Protection of Trading Interests Act", *Am J. Int'l. L.*, 1981, 257-282. Sur la position du justiciable 'coincé' entre les ordres contradictoires de deux ordres juridiques, v. l'étude de P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, précitée.

¹²³⁰ G. A. L. DROZ, "Droit du demandeur", *T.C.F.D.I.P.*, 1993-94, 110.

¹²³¹ Sur la licéité des 'contre-mesures' en droit international, v. D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international. étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Publications de la Revue générale de droit international public n° 45, Paris, Pedone, 1994, 503 p.

s'agit seulement de *constater* que l'exercice unilatéral du pouvoir extra-territorial de coercition débouchera souvent sur une réponse tout aussi agressive.¹²³²

285. Le bras de fer judiciaire des injonctions et contre-injonctions - Force est de constater que l'injonction *anti-suit* est susceptible de provoquer le même type de réaction agressive. L'affaire *Laker* offre encore une fois l'exemple le plus manifeste de l'escalade à laquelle peut conduire l'injonction. C'est en effet à une véritable guérilla que se sont livrés les tribunaux anglais et américains. Pressentant qu'elle serait la prochaine 'victime' des curateurs de la défunte compagnie aérienne, qui avaient déjà assigné divers concurrents ainsi qu'un constructeur d'avions devant les tribunaux américains en réparation des dommages causés par des pratiques anti-concurrentielles, la banque Midland prit les devants et obtint du juge anglais une injonction interdisant aux curateurs de l'attirer devant les tribunaux américains.¹²³³ Une fois cette première brèche ouverte, certaines des compagnies aériennes déjà assignées aux Etats-Unis sollicitèrent également la protection des tribunaux anglais. Ce n'est pas alors une mais deux injonctions que le for anglais décerna : la première visait la procédure déjà entamée aux Etats-Unis, la seconde interdisait aux curateurs de tenter d'obtenir une injonction du tribunal américain.¹²³⁴ Avant d'être mis complètement hors jeu, les curateurs parvinrent à convaincre ce dernier de répliquer en interdisant aux autres défendeurs de tenter de paralyser la procédure américaine.¹²³⁵

Voilà donc un conflit où la première injonction en a entraîné une autre et ainsi de suite, jusqu'à aboutir à une impasse - qui a forcé les tribunaux américains à solliciter l'aide d'un *amicus curiae* pour examiner comment sortir de l'impasse.¹²³⁶ Si la Chambre des Lords n'était pas revenue sur la décision du juge du fond accordant l'injonction,¹²³⁷ seul un improbable *deus ex machina* aurait pu mettre fin au conflit.

La saga *Laker Airways* illustre bien la possibilité de voir l'injonction conduire à un véritable "bras de fer judiciaire",¹²³⁸ dont le justiciable fera les frais. Au passage elle montre qu'un tribunal qui entend rendre au for de l'injonction la monnaie de sa pièce dispose pour ce faire de deux techniques. La contre-mesure peut selon les circonstances prendre la forme d'une interdiction imposée au défendeur d'engager ou de poursuivre la procédure étrangère. Le cas échéant, interdiction peut également être faite au défendeur

¹²³² De façon générale, les nombreux incidents et conflits économiques provoqués par un certain type de législation américaine viennent confirmer cette constatation. Les lois litigieuses, aux noms évocateurs de *Libertad Act* et *Iran and Lybia Sanctions Act*, comportent des sanctions extra-territoriales s'appliquant aux entreprises qui établissent des relations commerciales ou financières avec certains pays. Voyez par exemple les réponses qui ont suivi la loi dite de *Helms-Burton*, et en particulier la réponse européenne qui a pris la forme du Règlement CE n° 2271/96 du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, *J.O.C.E.*, L-309 du 29 novembre 1996. *Cors.* également la condamnation par l'Assemblée Générale des Nations Unies, résolution 51176 du 12 novembre 1996 et 53/4 du 22 octobre 1998. Sur cette question, B. STERN, "Vers une mondialisation juridique? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy", *Reu Gen DIP*, 1996, 979-1003; M. OSNARD, "Les lois Helms-Burton et Kennedy-d'Amato, interdiction de commercer et d'investir dans certains pays", *A.F.D.I.*, 1996, 31 e.s.; A. F. LOWE, "US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and d'Amato Acts", *I.C.L.Q.*, 1997, 378 e.s.

¹²³³ *Midland Bank plc and another v Laker Airways, Ltd. and others* [1986] QB 689, [1986] 1 All ER 526 (C.A.).

¹²³⁴ *British Airways Board v Laker Airways Ltd.*, [1984] QB 169 (C.A.) et en première instance *British Airways Board v Laker Airways Ltd.*, [1984] QB 142.

¹²³⁵ 559 F. Supp. 1124 (D.C.Cir. 1983) et en appel 731 F. 2d 909 (D.C. Cir. 1984).

¹²³⁶ Le rapport de l'*amicus curiae* est paru in 23 *Int'l Leg. Mat.* 594 (1984).

¹²³⁷ *British Airways Board v Laker Airways Ltd.*, [1985] A.C. 58.

¹²³⁸ L'expression est celle de H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu Gén. Procédures*, 1999, (747), 757.

de solliciter ou d'invoquer une injonction *anti-suit*, mesure qui est alors désignée sous l'expression '*anti anti-suit injunction*'.

286. Le cycle potentiellement infini des ripostes - Le cycle des ripostes peut encore aller plus loin puisqu'on a vu une partie obtenir une interdiction de procéder 'au troisième degré', ou une '*anti-anti-anti suit injunction*'. Dans un litige opposant les tribunaux australiens et américains, une partie a en effet sollicité d'un juge australien qu'il interdise à son adversaire de demander à un juge de New York une injonction qui aurait empêché la première partie de demander aux tribunaux australiens d'enjoindre l'adversaire !¹²³⁹ On pourrait multiplier à l'envi les exemples dans lesquels l'injonction a contribué à envenimer un litige.¹²⁴⁰ Pour éviter qu'une demande d'injonction ne soit immédiatement parée par une demande similaire devant les tribunaux adverses, certaines parties prennent d'ailleurs soin d'introduire leur demande de façon unilatérale (*ex parte*) afin que l'adversaire soit pris par surprise et ne puisse plus riposter parce que déjà soumis à l'injonction.¹²⁴¹

Les tribunaux sont pleinement conscients du risque. Déjà en 1831, un tribunal américain avait invoqué le spectre d'une véritable guérilla entre tribunaux pour refuser d'accorder l'injonction que sollicitait le demandeur.¹²⁴²

¹²³⁹ Affaire *Citibank-Linter*, rapportée et commentée par N. NELSON, "Forum non conveniens, Comity, Antisuit Injunctions and Parallel Proceedings", in *Are International Institutions Doing Their Job?*, Proceedings of the 90th Annual Meeting of the American Society of International Law, 1997, 67. Dans cette affaire v. également *Linter Group Ltd. v Goldberg et al.*, 7 A.C.S.R. 580 (S.C. Victoria 1992) et *Allstate Life Insurance Co. et al. v Linter Group Ltd.*, 994 F.2d 996 (2nd Cir. 1993).

¹²⁴⁰ P. ex. *Owens-Illinois v Webb*, 809 S.W. 2d 899 (Tex. App. - Texarkana 1991) (un conflit à propos de responsabilité en matière d'amiante a donné lieu à une injonction de part et d'autre de la frontière américano-canadienne); *Owens-Corning Fiberglass Corp. v Baker*, 838 S.W. 2d 838 (Tex. App. 1992) (injonction accordée pour interdire au défendeur de demander une injonction anti-suit aux tribunaux canadiens); *Pittsburgh-Corning Corp. v Askeve*, 823 S.W. 2d 759 (Tex. App. 1992); *Man v Haryanto* [1991] 1 Lloyd's Rep. 429 et les commentaires de P. B. CARTER, BYBIL 1991, 447-464 (conflit similaire entre l'Angleterre et l'Indonésie); *E I Du Pont de Nemours & Co v IC Agnew et al (No 2)*, [1988] 2 Lloyd's Rep. 240 (en première instance, le tribunal avait accordé une injonction "restraining the insurers from proceeding with the claim in the Illinois proceedings for a permanent injunction to restrain the English proceedings", l'injonction fut cassée en appel sur la promesse des assureurs de ne pas chercher à obtenir une injonction *anti-suit* aux Etats-Unis). Dans l'affaire *Amchem*, le juge texan a accordé une anti-anti-suit injunction, *Amchem Products Inc v British Columbia (WCB)* [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 101; *Amoco (U.K.) Exploration Co. et al. v British Offshore Ltd. et al.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 772 (demande déclaratoire en Angleterre suivie d'une demande d'injonction au Texas, réplique du juge anglais avec une injonction, finalement la paralysie est évitée parce que les parties s'entendent pour soumettre une partie de leur litige au juge anglais); *National Mutual Holding Pty Ltd v Sentry Corp.* (1989) 87 ALR 539 (conflit américano-australien où deux juridictions se sont opposées à coup d'injonctions); *Shell UK Exploration and Production Ltd v Innes*, 1995 STL 807, 812-813 (1994 Outer House) (un accident d'hélicoptère en mer du Nord donne lieu à une série de procédures au Texas et en Ecosse. Le juge écossais accorde une injonction interdisant aux défendeurs de demander des tribunaux texans une injonction anti-suit visant la procédure écossaise, le tribunal texan réagit *sua sponte* en interdisant aux demandeurs devant le juge écossais de chercher à faire paralyser la procédure texane... Sur cette affaire v. E. C. BROWN, "Interdict Proceedings in Scotland to Prevent or Restrict Court Actions in the United States", *Scots Law Times*, 1995, 253-260). V. également M. SCHIMEK, "Anti-Suit and Anti-Anti-Suit Injunctions; A Proposed Texas Approach", *Baylor L. Rev.*, 1993, 499 e.s.

¹²⁴¹ V. le récit que fait M. Lowenfeld du litige qui a opposé Enron et Amoco : A. LOWENFELD, "Editorial Comment : Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools of International Litigation", *Am J. Int'l L.*, 1997, 317-318.

¹²⁴² *Mead v Merritt*, 2 Paige 402, 405 (1831) ("If this court should sustain an injunction bill to restrain proceedings previously commenced in sister state, the court of that state might retaliate upon the complainant, who was defendant in the suit here; and [...] might compel him to relinquish the suit subsequently commenced here. By this course of proceedings, the courts of different states would indirectly be brought into collision with each other in regard to jurisdiction; and the rights of suitors might be lost sight of in a useless struggle for what might be considered the legitimate powers and rights of courts"). V. également le dictum de Justice Steyn, dans l'affaire *Man v Haryanto* (1ère instance, cité par CA, [1991] 1 Lloyd's Rep. 429), qui note que "Injunctive relief with extraordinary effect [...] is, after all, inconsistent with normal relations between friendly sovereign states, and it is subversive of the best interests of the international trade system". La Cour d'Appel n'a pas décidé autrement lorsqu'elle fit observer par la voix du juge Laddie dans l'affaire *Fort Dodge (Fort Dodge v Akzo Nobel)*, [1998] F.S.R.

Bien sûr l'interdiction de procéder ne provoquera pas automatiquement une réaction 'en nature' du tribunal étranger. Encore faut-il que celui-ci dispose des mêmes armes¹²⁴³ et que l'enjeu du litige justifie que le tribunal prenne ombrage de l'injonction. Toujours est-il que le caractère proprement abrasif de l'injonction ne contribuera certainement pas à apaiser les esprits. Ainsi que le note M. Bermann, "interjurisdictional conflicts [will] highly likely follow in the wake of the injunction's issuance".¹²⁴⁴ A ce titre, l'interdiction de procéder s'apparente plus à une source de friction supplémentaire qu'à un véritable mécanisme de coordination.

Le danger est que la riposte du for visé par l'injonction n'aboutisse à paralyser les deux procédures et à créer ainsi une impasse, comme l'observait la Cour d'Appel dans l'affaire *Gau Shan* :

"Lorsque les parties liées à une opération internationale engagent des poursuites dans des fors différents, l'existence du pouvoir d'injonction fera naître le risque qu'aucune décision au fond ne sera rendue. Si le tribunal étranger et le tribunal américain interdisent à leurs ressortissants respectifs de poursuivre la procédure devant le for étranger, les deux procédures s'en trouveront paralysées et aucune des parties n'obtiendra ce qu'elle réclame du juge. Au plus les tribunaux font utilisation de ce mécanisme extraordinaire, au plus nous assisterons à ce type de paralysie indésirable ».¹²⁴⁵

Voilà qui nuance fortement l'utilité de ce mécanisme. On va voir qu'il est une autre raison de douter de l'efficacité de l'interdiction de procéder.

* *
*

222 (C.A.) que "If it were open for one national court to restrain a party from seeking relief from another on the same basis that the one did not think that the other would get the law right, why could there not be a counter-injunction?"

¹²⁴³ Ou s'arroge le droit de les créer, comme l'a fait le tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire *Gregg Lemond*, *infra*, n° 290.

¹²⁴⁴ G. BERMANN, *l.c.*, *Columbia J. Transnatl. L.*, 1990, 601 (et dans la même étude, pp. 619-620 : "[...] anti-suit injunctions have a remarkable aptitude for multiplying and for breeding further friction in their wake"). V. aussi les observations de F. DEL DUCA et G. A. ZAPHIROU, "United States", in *Dedining Jurisdiction*, 418 ("Attempts to restrain proceedings, even in an inter-State context, are not only often futile, but lead to delay, costs and friction between the two parallel jurisdictions") ainsi que de R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 3^{ème} ed., Mineola, Foundation Press, 1986, 219 ("Because of the unseemly clash between courts that such an injunction may engender [...]"). *Cf.* également les observations de R. B. GINSBURG, *l.c.*, *Harv L. Rev.*, 1969, (798), 823, qui note que l'injonction est susceptible de créer un "abrasive conflict". Elle note également le "conflict-generating potential of the antisuit injunction", p. 824. V. également J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 267, n° 175 (qui prévient que l'utilisation de l'injonction anti-suit par les juridictions allemandes pourrait conduire à une "Justizkrieg").

¹²⁴⁵ *Gau Shan Co., Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349, 1354-1355 (6th Cir. 1992) : "In a case in which parties to an international transaction file separate suits in different forums, the availability of antisuit injunctions presents the possibility that no relief will be granted. If both the foreign court and the United States court issue injunctions preventing their respective nationals from prosecuting a suit in the foreign forum, both actions will be paralyzed and neither party will be able to obtain any relief. The more readily the courts resort to this extraordinary device, the more frequently this sort of undesirable stalemate will occur". C'est ce même risque d'aboutir à une paralysie que la Cour d'Appel a souligné dans l'affaire *Laker Airways* pour justifier sa réserve : "A second reason cautioning against exercise of the power is avoiding the impedance of the foreign jurisdiction. Injunctions [...] effectively restrict the foreign court's ability to exercise its jurisdiction. If the foreign court reacts with a similar injunction, no party may be able to obtain any relief", *Laker Airways v Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984).

§ 3. L'interdiction de procéder : une solution fragmentaire

287. **Introduction et plan** - Même si on fait abstraction des difficultés inhérentes au caractère véritablement agressif de l'injonction *anti-suit*, force est de constater que ce mécanisme ne peut au mieux apporter de solution qu'à certains conflits de procédures. Dans l'état actuel du droit seule une poignée de juridictions peuvent en effet avoir recours à l'arme de l'injonction pour (tenter de) mettre fin à une procédure concurrente. Malgré les débats qui animent une certaine doctrine, il est incontestable que les tribunaux de tradition civile ne sont pas aujourd'hui en mesure d'interdire à une partie de commencer ou de continuer une procédure devant un juge étranger. Ces mêmes tribunaux disposent certes d'autres instruments pour peser sur le cours d'une procédure étrangère. On pense en particulier à la demande purement déclaratoire. On constatera toutefois qu'aucun de ces instruments ne peut véritablement être comparé à l'injonction *anti-suit*. Au total, une partie importante du contentieux international privé échappe à l'interdiction de procéder, qui n'est le fait que de quelques juridictions (1). Il y a plus : même si on suivait les enseignements d'une partie de la doctrine, qui prétend créer une injonction continentale, encore faudrait-il constater qu'une telle mesure ne pourrait se déployer au sein de l'espace judiciaire européen, dont les fondements sont proprement incompatibles avec l'interdiction de procéder. Ceci nous amènera à constater qu'avec l'avènement d'espaces judiciaires intégrés, l'interdiction de procéder pourrait bien vite rejoindre les rangs des espèces en voie de disparition (2).

1. L'INTERDICTION DE PROCEDER, UNE MESURE INCONNUE DES DROITS CONTINENTAUX

288. **Généralités** - La constatation est évidente et ne nécessite que peu d'explications : les droits d'Europe continentale n'ont pas de tradition similaire à celle des tribunaux anglais et américains en matière d'injonction *anti-suit*. On vérifiera d'abord cette constatation pour les droits nationaux, tout en nuancant le propos à l'aide de quelques décisions isolées (A). Il faudra ensuite constater que les suggestions d'une certaine doctrine plaidant pour l'introduction d'une interdiction de procéder de droit civil, n'ont pas encore été suivies d'effets (B).

A. Le principe : une solution inexistante

I. En général

289. **Un constat qui s'impose** - L'injonction *anti-suit* n'appartient pas à la tradition civile, comme en témoignent les difficultés de traduction du concept. Si l'on fait abstraction du débat qui agite une partie de la doctrine allemande - *infra* n° 301 -, il est certain que ce mécanisme ne fait pas partie de l'arsenal dont disposent les pays de droit civil.¹²⁴⁶ C'est ce que la Cour d'Appel du Luxembourg a confirmé dans une décision

¹²⁴⁶ C'est ce que confirme une doctrine unanime. Selon M. VERHEUL, "Waait de *Antisuit Injunction* naar het Continent over ?", *N.I.P.R.*, 1989, (221), 221, "Dit instituut is tot dusver onbekend in continentale rechtstelsels". Même M. LENENBACH, qui s'évertue à démontrer la possibilité pour les tribunaux allemands d'enjoindre une partie, reconnaît d'emblée que "because the courts have no equity power, an equitable remedy, grounded in the same roots as the common law antisuit injunction, is unknown in Germany", M. LENENBACH, "Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States : Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention",

inédite de 1988 en constatant que le droit luxembourgeois ne connaissait pas le mécanisme de l'injonction *anti-suit*.¹²⁴⁷ Plus récemment le tribunal de commerce de Termonde a refusé d'accéder à la demande formulée par une entreprise belge, qui tendait à obtenir l'interdiction d'une procédure américaine de 'pre-trial discovery' qu'un concurrent américain avait engagé devant les tribunaux de l'Iowa.¹²⁴⁸ Selon la demanderesse, la procédure américaine constituait un abus de droit et une pratique commerciale anti-concurrentielle. Cette procédure visait initialement à obtenir compensation pour le débauchage d'un employé qui travaillait pour la filiale française de l'entreprise américaine. Le président du tribunal rejeta la demande, considérant qu'il ne disposait pas du pouvoir de juridiction pour statuer sur le caractère prétendument abusif de la procédure étrangère. Il observa que "la légitimité des mesures d'enquête dans le cadre de la procédure de discovery constitue une décision prise par le tribunal d'un Etat souverain, décision qui jouit d'une immunité de juridiction".¹²⁴⁹ Répondre positivement à la requête de la demanderesse, conclut le tribunal, "entraînerait nécessairement une immixtion dans le système judiciaire d'un Etat souverain".¹²⁵⁰ La décision aurait sans doute été la même s'il s'était agi d'interdire une procédure au fond, et non simplement une procédure interlocutoire.

290. Une absence qui s'explique d'abord par l'histoire - Si l'interdiction de procéder n'est apparue que dans les pays de *common law*, cela tient tout d'abord aux données historiques particulières de ces pays. On a vu qu'en Angleterre, l'injonction *anti-suit* est née d'une situation historique spécifique, à savoir la nécessité d'assurer la sanction effective des droits qui ne pouvaient être protégés par les tribunaux de *common law*.¹²⁵¹ C'est pour répondre à ce besoin de justice que les juges de la Chancellerie ont eu recours à l'interdiction de procéder. La grande liberté de manoeuvre dont ils disposaient dans leur office, leur a permis d'innover en imprimant à l'injonction une direction nouvelle, même si déjà controversée à l'époque. L'injonction a ensuite essaimé naturellement avec les autres institutions de l'*Equity*. Aux Etats-Unis, elle a trouvé un terrain fertile dans le système judiciaire complexe divisé entre les juridictions fédérales et fédérées.

Ces circonstances historiques particulières qui expliquent l'apparition du mécanisme de l'interdiction de procéder ne se sont pas répétées sur le vieux continent. On peut

Loy L. A. Int'l. & Comp. L. J., 1998, (257), 276. Selon P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 3, la compétence de décerner des injonctions *anti-suit* "is virtually unknown outside common law countries". Pour la France, H. GAUDEMET-TALLON, "France", in *Dedining Jurisdiction*, (175), 186-187; pour l'Italie, N. TROCKER, "Italy", in *Dedining Jurisdiction*, (279), 286; pour la Suisse, K. SIEHR, "Switzerland", in *Dedining Jurisdiction* (381), 397-398; pour le Japon, M. DOGAUCHI, "Parallele Verfahren in Japan und den USA", in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, (163), 181 et du même, "Concurrent Litigation in Japan and the United States", *Jap. Am. Int'l. L.*, 1994, (72), 92 ("A Japanese court would deny a claim for restraining the opponent from continuing the action in a foreign court"); E. SPIRO, "The Defence of Lis Alibi Pendens", *Com. & Int'l. J. of Southern Africa*, 1976, (89), 95 ("The English practice of staying foreign proceedings which is really in the nature of an injunction addressed to the plaintiff [...] does not [...] commend itself and, at any rate, has not been followed in South Africa"). Pour les droits scandinaves, L. PALSSON, *l.c.*, *Scand. S. L.*, 1970, (59), 75, n° 10.

¹²⁴⁷ Cour d'Appel du Luxembourg, 24 février 1988, No. 10047, inédite, citée par P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 5.

¹²⁴⁸ Prés. Comm. Termonde (réf.), 3 janvier 2000, *R. W.*, 2001, 1095 et les observations de M. NEUT; *R.D.C.B.*, 2000, 242 et nos commentaires.

¹²⁴⁹ "[d]e rechtmatigheid van het onderzoek in de discovery-procedure is een beslissing genomen door een rechtcollege van een soevereine staat, welke handeling juridictionele immuniteit geniet".

¹²⁵⁰ "[zou] onvermijdelijk een inmenging inhouden in het rechtsstelsel van een soevereine staat". Le tribunal nota surabondamment qu'il était également sans compétence internationale, en vertu de l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles.

¹²⁵¹ *Supra* n° 207. Adde K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ème éd., traduit par T. WEIR, Oxford, Clarendon Press, 1998, 189.

d'ailleurs douter que si les circonstances s'étaient présentées, les tribunaux français, allemands ou belges se seraient permis de créer de toutes pièces un remède radicalement nouveau. Au contraire des juges de l'*Equity* dont le sens de l'innovation n'était pas limité par des règles formelles, la marge de manoeuvre de la plupart des tribunaux du continent est fortement réduite.¹²⁵² Si interdiction de procéder il doit y avoir dans les juridictions de droit civil, ce ne saurait être le résultat que d'une (hypothétique) intervention du pouvoir législatif.¹²⁵³

291. Quelques décisions isolées – Malgré les profondes différences historiques, les tribunaux de tradition civile ont également pu ressentir le besoin d'influencer le cours d'une procédure étrangère. Ceci explique sans doute que quelques décisions *ad hoc* semblent s'immiscer dans le cours d'une procédure étrangère jugée abusive. Ces décisions sont cependant trop isolées et critiquées pour que l'on puisse y voir autre chose que d'épisodiques accidents.

L'exemple le plus connu est sans doute la décision du *Reichsgericht* de 1938 dite du 'divorce letton'.¹²⁵⁴ Dans cette affaire, un citoyen allemand domicilié à Riga avait entamé une procédure de divorce devant les tribunaux de Lettonie, sans doute pour pouvoir bénéficier des termes plus libéraux du droit local - qui permettait le divorce après trois ans de séparation, alors que le droit allemand ne connaissait à l'époque que le divorce pour faute. La Cour impériale y décela un cas de fraude à la loi et confirma la décision de la Cour d'appel condamnant le mari non seulement à rembourser à son épouse les frais occasionnés par la procédure étrangère, mais également à interrompre cette procédure. Cette dernière condamnation ressemble à s'y méprendre à une interdiction de procéder. La Cour justifia sa décision en appelant aux bonnes moeurs, que la manoeuvre devant les tribunaux lettons mettait en danger.¹²⁵⁵

La mesure ordonnée par le tribunal de Bruxelles dans l'affaire *Gregg Lemond* déjà évoquée (*supra*, n° 262), se rapproche également d'une interdiction de procéder : le différend opposait le coureur cycliste Gregg Lemond à son sponsor qui lui reprochait d'avoir

¹²⁵² Cette constatation est sans doute quelque peu paradoxale, quand on sait que les tribunaux d'*Equity*, qui sont à l'origine de l'injonction, se sont largement inspirés de la procédure romano-canonique, qui a exercé une grande influence sur la procédure continentale, v. R. C. VAN CAENEGEM, "History of European Civil Procedure", *Int'l Ency. of Comparative Law, Civil Procedure* n° 16, Tübingen, Mohr, 1973, 45.

¹²⁵³ *Comp.* en Angleterre, où formellement le pouvoir d'injonction est conféré aux juridictions par la section 37 du 1981 *Supreme Court Act*, selon laquelle les tribunaux ont le pouvoir d'enjoindre une partie "in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so". Aux Etats-Unis au contraire, la seule réglementation spécifique concernant l'injonction anti-suit vise à en restreindre le champ d'application puisque le Anti-Injunction Statute (28 U.S.C. § 2283) interdit en principe aux tribunaux fédéraux d'enjoindre les tribunaux des Etats fédérés (*supra* note 1216).

¹²⁵⁴ RG, 3 mars 1938, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ), vol. 157, p. 136, *IPRspr.*, 1935-1944, n° 10 et les commentaires de K. WOLFF parus au *Clunet*, 1939, 378-382, de J. SCHRÖDER, "The Right Not To Be Sued Abroad", in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, H. J. MUSIELAK et K. SCHURIG (éds.), Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1987, (523), 529-530 ainsi que de F. REU, "Die Scheidungsklage eines deutschen Ehegatten vor einem ausländischen Gericht als unzulässige Rechtsausübung (Gesetzesumgehung)", *ZakDR*, 1938, 731-734 (*Zeitschrift der Akademie für Deutsches Rechts*). Cfr également les autres décisions citées par J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 264-265, n° 171-173.

¹²⁵⁵ Le *Reichsgericht* expliqua que l'introduction de la demande devant les tribunaux lettons constituait "eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise" et pouvait donc être sanctionné sur base du § 826 BGB, qui contient une norme générale établissant un régime de responsabilité extra-contractuelle pour violation intentionnelle des bonnes moeurs. L'application du droit allemand de la responsabilité extra-contractuelle était justifiée, sans doute un peu vite, par le fait que la citation avait été signifiée en Allemagne au domicile de l'épouse. V. plus récemment *Hanseatische OLG*, 22 janvier 1981, inédit, cité par W. HAU, 201 - dans laquelle le juge interdit au défendeur de faire saisir un navire appartenant à l'autre partie et se trouvant en Afrique du Sud.

méconnu diverses clauses du contrat qui les liait.¹²⁵⁶ Comme il a déjà été expliqué, le coureur cycliste obtint des tribunaux du Nevada une injonction obligeant le sponsor à abandonner la procédure dont il avait pris l'initiative. Non content de déclarer le jugement américain *inopposable* au demandeur, le juge belge crut bon d'interdire également au cycliste "de poser un quelconque acte de procédure qui violerait les règles de procédure en matière de litispendance, connexité ou compétence internationale", et ce sous peine d'une forte astreinte.¹²⁵⁷ S'il est difficile de comprendre la portée exacte de cette condamnation, on n'est plus très loin d'une interdiction de procéder devant le juge américain.¹²⁵⁸ Ici encore l'exemple est isolé et ne se prête guère à des conclusions générales.

On trouve enfin dans la jurisprudence néerlandaise deux décisions qui mettent en jeu une demande dont les termes évoquent ceux d'une interdiction de procéder. Dans les deux cas, la demande a toutefois été rejetée. Dans la première espèce, un conflit opposait une entreprise américaine à d'anciens employés, qui avaient commencé un commerce concurrent.¹²⁵⁹ L'entreprise obtint d'un tribunal américain un 'temporary restraining order', interdisant aux ex-employés de faire utilisation des connaissances acquises dans leurs anciennes fonctions. Les demandeurs cherchaient à convaincre le juge néerlandais non seulement qu'il interdise à l'entreprise d'invoquer l'ordonnance du juge américain, mais en outre qu'il lui ordonne de renoncer à toute action devant les tribunaux américains et de se désister des procédures déjà introduites. Pour rejeter cette demande, le président souligna qu'il était préférable que les demandeurs poursuivent l'annulation de la décision américaine devant les tribunaux américains.

Dans la seconde espèce, une citoyenne néerlandaise avait profité du passage de son ex-époux en Floride pour l'attirer devant les tribunaux de cet Etat, espérant obtenir une substantielle pension alimentaire. L'époux invoqua la protection du tribunal de Middelburg, à qui il demandait d'ordonner à son épouse de retirer la demande américaine. Plutôt que de rejeter catégoriquement cette demande, le juge préféra prudemment se prévaloir des compétences limitées du juge des référés, en soulignant qu'il n'était pas souhaitable d'ordonner une telle mesure dans le cadre du contentieux provisoire.¹²⁶⁰

292. Des décisions critiquables qui n'ont pas fait jurisprudence - Ces exemples isolés ne sont pas susceptibles de généralisation et peuvent sans doute s'expliquer par les circonstances particulières de chaque espèce. La décision du juge belge dans l'affaire *Lemond* par exemple s'explique sans doute comme une réaction, exagérément agressive, à la tentative du juge américain de contrôler la procédure dont il était saisi.¹²⁶¹ Il faut

¹²⁵⁶ Trib. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1989, *R.W.*, 1990-1991, 676. V. les commentaires de H. BORN et M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Droit judiciaire international", *J.T.*, 1992, n° 145.

¹²⁵⁷ "Leggen verbod op aan G.L. [...] om t.a.v. verzoeker enige procesrechtelijke stap te ondernemen die een overtreding of een negatie inhoudt van enige toepasselijke procesrechtelijke regeling aangaande afhankelijkheid, samenhang of bevoegdheid", *R.W.*, 1989-1990, (676), 680.

¹²⁵⁸ En l'espèce, il s'agissait d'une 'counter-injunction' ou d'une 'anti anti-suit injunction', visant à empêcher une partie d'obtenir une injonction.

¹²⁵⁹ Pres. Rb. Breda, 1 déc. 1986, *N.I.P.R.*, 1987, 294, n° 277; *Kort Geding*, 1987, 31.

¹²⁶⁰ Pres. Rb. Middelburg, 25 janv. 1985, *N.I.P.R.*, 1985, 181, n° 239. Avec M. Verbeul, on peut s'étonner que ces deux décisions aient eu recours à des arguments de circonstances pour rejeter la demande, alors qu'il aurait suffi aux tribunaux de constater qu'il ne leur appartenait pas de s'immiscer dans la conduite de la procédure étrangère.

¹²⁶¹ Ce n'est d'ailleurs certainement pas un hasard si toutes les décisions récentes concernaient un litige impliquant la justice américaine.

d'ailleurs noter que chacune de ces décisions a fait l'objet de sérieuses critiques.¹²⁶² Au total, on ne peut conclure que les tribunaux continentaux ont fait leur la prétention d'empêcher *directement* une procédure étrangère de suivre son cours. Il reste encore à vérifier que ces tribunaux ne peuvent pas arriver au même résultat par une autre voie. C'est l'objet de la prochaine section.

II. L'action déclaratoire, un ersatz d'interdiction de procéder?

293. Deux techniques différentes qui se rapprochent de l'interdiction de procéder – On a constaté que l'injonction *anti-suit* est étrangère aux droits de tradition civile. On ne peut cependant exclure que les tribunaux de ces pays disposent d'autres instruments qui leur permettent d'influer sur le déroulement d'une procédure étrangère. Il faut dès lors vérifier dans quelle mesure ces techniques peuvent être véritablement comparées à l'interdiction de procéder.¹²⁶³ Il nous semble que seules deux techniques sont susceptibles d'être comparées avec l'interdiction de procéder.¹²⁶⁴ On va voir qu'elles n'en constituent pas pour autant une alternative 'valable' à ce mécanisme.

(i). L'intervention postposée : le rejet de la décision étrangère

294. Le refus de reconnaissance, une mesure incomparable à l'interdiction de procéder – Classiquement on oppose à l'intervention directe que constitue l'injonction *anti-suit*, l'intervention indirecte qui passe par le refus du for de reconnaître et/ou d'exécuter une décision étrangère. Lorsqu'il s'agit de peser sur le cours d'une procédure étrangère, les tribunaux de droit civil n'interviendraient qu'*a posteriori* en refusant de

¹²⁶² V. par exemple à propos de la décision dans l'affaire du divorce letton les commentaires de K. WOLFF, *J.D.I.*, 1939, (378), 380 (selon lequel "il ne faut [...] pas exagérer la portée" de l'arrêt et qui se demande "si le Reichsgericht n'a pas été trop sévère pour le demandeur"), de H. SCHACK, "Germany", in *Dedining Jurisdiction*, (189), 204, note 97 (qui note que cette décision 'douteuse' et isolée ne peut servir de base pour une jurisprudence générale) et de R. SCHÜTZE, *Deutsches internationales Zivilprozessrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 38 (selon qui la décision du Reichsgericht est "bedenklich") ainsi que les commentaires réservés de J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 265-266. V. les critiques de A. NUYTS, n° 365 sur la décision dans l'affaire *Lemond*.

¹²⁶³ La doctrine allemande a déjà étudié la question, v. J. KURTH, *oc.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, spéc. pp. 114-141; W.-D. KRAUSE-ABLASS et B. BASTUCK, "Deutsche Klagen zur Abwehr amerikanischer Prozesse? Zu den Wirkungen ausländischer Rechtshängigkeit und Rechtskraft nach deutschem und amerikanischem Recht", in *Festschrift für E. C. Stiefel zum 80. Geburtstag*, M. Lutter et al. (éds.), München, Beck, 1987, 445-470 et H. BAUM, *lc.*, in *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (eds.), Tübingen, Mohr, 1994, (185), spéc. pp. 194-207.

¹²⁶⁴ D'autres parallèles avec l'injonction ont été tracés. M. Verheul en particulier a évoqué d'autres figures juridiques dont l'effet se rapprocherait de celui d'une interdiction de procéder (*lc.*, *N.I.P.R.*, 1989, 223). Il donne comme exemple la décision d'un tribunal ordonnant à une partie de renoncer à une saisie qu'elle a obtenu à l'étranger et cite les décisions suivantes : Prés. Rb. Arnhem, 24 août 1984, *N.I.P.R.*, 1984, n° 331; *N.J.*, 1986, 86, note SCHULTZ; Prés. Rb. Middelburg, 25 janvier 1985, *N.I.P.R.*, 1985, n° 239. La comparaison avec l'injonction n'est pas cependant totalement justifiée : bien qu'une telle décision puisse avoir un effet important sur une éventuelle procédure étrangère au fond, en rendant plus aléatoire l'exécution d'une future décision, l'ordre du juge ne va pas au coeur de la procédure étrangère dont elle ne vise pas à empêcher la continuation. On peut dire la même chose du second parallèle que dresse M. Verheul, qui distingue un "début d'idée d'injonction anti-suit" ("aanzet tot de antisuit injonction idee") dans le refus par une juridiction de donner suite à une clause d'élection de for étranger, du moins lorsque cette décision vise à garantir l'application d'une loi que le for juge impérative. Une décision de ce genre ne vise toutefois pas à empêcher le for étranger de se prononcer, mais bien à assurer que le for prendra connaissance de la cause. La différence est de taille.

reconnaître la décision étrangère.¹²⁶⁵ Cette présentation est séduisante parce qu'elle met en valeur la réserve que ces tribunaux s'imposeraient de respecter. Il reste à vérifier dans quelle mesure les deux techniques peuvent être comparées.

On ne peut nier qu'il existe une certaine similarité entre les deux situations. Dans les deux cas, il s'agit en effet pour le for de se prononcer sur la procédure dont a été saisi un juge étranger. Les différences séparant les deux techniques sont toutefois manifestes. Elles tiennent tout d'abord au moment où le for se prononce sur la procédure étrangère. Quand il interdit à une partie de faire appel à un tribunal étranger, le for se prononce *préventivement*, sans même attendre la décision du juge étranger. Bien plus, s'il s'arroge le droit d'évaluer la procédure étrangère, ce n'est pas pour lui conférer le cas échéant une quelconque efficacité internationale, mais bien pour l'empêcher d'avoir lieu. Le but poursuivi est par la procédure de reconnaissance d'une décision étrangère est bien évidemment différent.¹²⁶⁶ Un refus de reconnaître effet à une décision étrangère ne touche d'ailleurs pas le coeur de la procédure étrangère puisqu'il ne concerne par hypothèse que l'efficacité du jugement dans l'ordre juridique requis, le créancier restant libre de chercher à faire exécuter la décision dans un autre pays. Cette mesure n'a dès lors pas la même portée que l'injonction.¹²⁶⁷ Si théoriquement un tel refus peut mettre un frein aux ambitions du juge étranger, le but premier n'est pas là; il est simplement de constater si la décision étrangère peut se voir accorder un quelconque crédit dans le for. Au total, le refus de reconnaissance n'a certainement pas la même portée que l'octroi d'une interdiction de procéder.¹²⁶⁸

295. Déclaration préventive de non-reconnaissance - Il est deux variations sur le thème de la reconnaissance d'une décision étrangère qui se rapprochent plus d'une véritable interdiction de procéder. On évoquera tout d'abord la décision par laquelle le for déclare préventivement qu'un futur jugement étranger n'aura pas d'effets dans sa juridiction. Tout comme l'injonction *anti-suit*, une déclaration de ce type est essentiellement *préventive* puisqu'elle sera décernée avant que le juge étranger ne se prononce. En outre, la déclaration prononcée par un tribunal ne viserait que l'effet du (futur) jugement dans le for, sans lier les autres juridictions. On ne peut dès lors la comparer à une véritable interdiction de procéder. Le for ne se propose en effet ni

¹²⁶⁵ En ce sens par exemple J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 263, n° 167; H. NAGEL et P. GOTTFELD, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln/Münster, Schmidt/Aschendorff, 1997, 218, n° 115.

¹²⁶⁶ La différence entre l'injonction et le refus de reconnaissance a été clairement soulignée par un tribunal américain qui expliquait que "antisuit injunctions are even more destructive of international comity than [...] refusals to enforce foreign judgments. At least in the latter context foreign courts are given the opportunity to exercise their jurisdiction": *Gau Shan Co., Ltd v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1355 (6th Cir. 1992). V. également les observations de G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnatl. L.*, 1990, 604-605 qui à propos du refus de reconnaître une décision étrangère écrit que cette mesure "may be understood as refusal to lend assistance to the enforcement of foreign law or to the realization of a foreign judgment, rather than as a positive interference with foreign judicial process".

¹²⁶⁷ V. en ce sens, A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction. A pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, (90), 100-101 (l'auteur souligne que refuser de reconnaître un jugement étranger constitue "a much more limited step" qu'enjoindre une procédure étrangère). *Comp. J. HARRIS*, "Recognition of Foreign Judgments at common law - the Anti-Suit Injunction Link", *Oxf. J. L.S.*, 1997, (477-498), 490 (l'auteur explique, sans convaincre, que le refus de reconnaissance est une mesure dont les effets vont plus loin qu'une injonction et que donc "it is not rational for a foreign court to be more offended by an English court issuing an anti-suit injunction than by its refusing ultimately to recognize its judgment").

¹²⁶⁸ La libéralisation croissante du régime des jugements étrangers a d'ailleurs fait perdre à ce régime ses aspects les plus tranchant. Pour s'en tenir au conflit de procédures, on constate par exemple que certains Etats n'ont pas érigé la violation par la décision étrangère de la litispendance du for en motif de refus de reconnaissance (*infra*). C'est par exemple le cas au sein de l'espace judiciaire européen.

d'interdire la poursuite de la procédure étrangère, ni d'empêcher le créancier du (futur) jugement d'invoquer celui-ci dans une autre juridiction.

A dire vrai, la déclaration préventive de non-reconnaissance, dont l'effet est bien plus limité qu'une véritable interdiction de procéder, ne jouit pas de faveurs des tribunaux. Une telle déclaration sera rarement accordée.¹²⁶⁹ Un tribunal américain, à qui l'on demandait de déclarer qu'un futur jugement néo-zélandais serait dépourvu d'effet aux Etats-Unis, a ainsi refusé d'accorder la déclaration en notant que celle-ci "ne servirait qu'à interférer avec le droit souverain de la Nouvelle-Zélande de statuer sur les litiges qui sont soumis à ses tribunaux".¹²⁷⁰

Les tribunaux anglais ne voient pas non plus ce type de déclaration d'un bon oeil. Dans l'affaire *Du Pont*, la Cour d'Appel a ainsi refusé d'accorder la déclaration sollicitée par Du Pont et visant à empêcher les assureurs d'invoquer en Angleterre un futur jugement américain.¹²⁷¹ Bien que les demandeurs aient pris soin de limiter la déclaration à un point précis, à savoir la question de la loi applicable en l'espèce à la police d'assurance, la Cour d'Appel décida que la demande de déclaration était prématurée parce qu'il était impossible de prédire ce que les tribunaux américains décideraient, et a fortiori, quels éléments d'une future décision seraient invoqués devant le juge anglais.¹²⁷²

296. Déclaration préventive de non-reconnaissance (suite) - Même si théoriquement il semble que les droits continentaux ne s'opposent pas à la possibilité d'obtenir un jugement déclaratoire sur les effets d'un futur jugement étranger,¹²⁷³ ni les tribunaux belges, ni les tribunaux français n'ont à notre connaissance été saisi d'une telle demande. On accepte certes qu'une partie puisse obtenir une déclaration affirmant ou rejetant l'autorité de chose jugée, dans le for, d'une décision étrangère, surtout en matière d'état des personnes.¹²⁷⁴ Il est plus douteux que les tribunaux acceptent de se prononcer sur une telle action déclaratoire lorsqu'elle est intentée à titre préventif.¹²⁷⁵ Il suffirait sans

¹²⁶⁹ Il en va autrement lorsque le jugement étranger a déjà été prononcé. Dans ce cas, les tribunaux sont moins réticents à statuer sur le sort de la décision étrangère, comme cela a par exemple été le cas avec l'affaire *Yahoo!*, v. le jugement du 7 novembre 2001 d'un tribunal américain sur base du 'Declaratory Judgment Act' et les commentaires de S. KANG, "Yahoo!'s Legal Battle in France and in the U.S.A. - US Federal District Court (N.D. Cal.) 7 November 2001, 169 F. Supp. 1181, *Yahoo!, Inc. v. La Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme*", *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, vol. 29/2, 195-203.

¹²⁷⁰ "The instant action would serve only to interfere with New Zealand's sovereign right to decide cases brought to its own judicial forum" : *Basic v Fitzroy Engineering Ltd.*, 949 F. Supp. 1333, 1341 (N.D. Ill. 1996). En l'espèce le demandeur sollicitait non seulement un jugement déclaratoire sur le fond visant à contrer une procédure pendante devant les tribunaux néo-zélandais, mais également une déclaration que le futur jugement étranger serait dépourvu d'effets aux USA.

¹²⁷¹ *E I Du Pont de Nemours et al. v I C Agnew et al (No 2)* [1988] 2 Lloyd's Rep. 240.

¹²⁷² L. J. Dillon note par exemple que "The present application for a declaration that the insurers will not be entitled to rely on any such judgment as an estoppel is therefore necessarily premature", V. également A. BRIGGS et P. REES, 1997, 281, n° 5.38 (les auteurs expliquent que le refus des tribunaux anglais est lié non à la forme du jugement, mais aux motifs de refus prévus par le droit anglais, dont le contrôle anticipé serait impraticable) et A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction. A pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, (90), 100-101.

¹²⁷³ Pour le droit allemand, v. P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt*, 1985, 39 et H. SCHACK, 1996, 343, n° 885-886. Cet auteur aborde également la question sous l'angle de la Convention de Bruxelles, au n° 886.

¹²⁷⁴ P. ex. Civ. Bruxelles, 3 mars 1992, *R.G.D.C.*, 1993, 412; *J.L.M.B.*, 1992, 1387 (à propos d'une décision ayant accordé le divorce et accordé le paiement de diverses sommes); TGI Paris, 10 février 1993, *R.C.D.I.P.*, 1993, 665, note H. GAUDEMET-TALLON et Cass., 19 décembre 1995, *R.C.D.I.P.*, 1996, 714, note H. GAUDEMET-TALLON. Pour plus de détails, v. MM. Born, Born et van Boxstael, 626, n° 342. La possibilité est dorénavant consacrée à l'article 22, § 2 du projet de Code de dip.

¹²⁷⁵ V. la décision du tribunal de Breda, 23 octobre 1956, *N.J.*, 1957, n° 357, note KOLLEWIJN; *W.P.N.R.*, n° 4528, p. 116, qui contient une indication furtive relative à la reconnaissance aux Pays-Bas d'une future décision

doute à l'adversaire d'invoquer le défaut d'intérêt dans le chef du demandeur pour faire échouer la demande. Il en est également ainsi au sein de l'espace judiciaire européen : à moins d'une situation exceptionnelle, comme la violation flagrante d'une compétence exclusive du for, on imagine mal un tribunal européen s'aventurer à émettre une déclaration de ce type. Anticiper sur la décision d'un tribunal siégeant dans un autre Etat membre nous semble aller à l'encontre des principes de confiance et de respect qui fondent les relations judiciaires européennes.

297. Injonction visant à interdire de se prévaloir d'un jugement étranger - L'action déclaratoire préventive se distingue de l'injonction interdisant au créancier du jugement d'invoquer celui-ci à son profit. Avec cette deuxième variation sur le thème de la reconnaissance, on se rapproche certainement de l'interdiction de procéder. Les (rares) exemples d'utilisation de l'injonction pour interdire l'exécution d'un jugement proviennent encore une fois des pays de *common law*. Dans une affaire tranchée en 1977, un tribunal américain a ainsi interdit au moyen d'une injonction aux créanciers d'un jugement français d'invoquer celui-ci pour obtenir satisfaction.¹²⁷⁶ Les tribunaux anglais semblent également réserver ce remède aux situations les plus exceptionnelles. A notre connaissance, une injonction de ce type n'a été accordée que dans une seule espèce, dans laquelle les parties s'étaient mises d'accord pour renoncer à toute poursuite en Turquie.¹²⁷⁷ Lorsque les défendeurs saisirent les tribunaux turcs, le juge anglais leur interdit d'invoquer un éventuel jugement prononcé par ces tribunaux, que ce soit en Angleterre ou devant un autre juge.

Plus récemment la Cour d'Appel a refusé d'accéder à la demande d'un marchand de sucre anglais qui voulait voir son partenaire indonésien frappé d'une interdiction d'invoquer un jugement qu'il avait obtenu en Indonésie.¹²⁷⁸ Les attendus du jugement laissent entendre que les tribunaux n'auront recours à ce type d'injonction que dans des circonstances exceptionnelles. Approuvant le jugement de première instance, la Cour expliqua notamment que "Ce serait un affront aux tribunaux indonésiens et une intervention non justifiée, même si indirecte, dans le travail des tribunaux de par le monde, d'accorder une injonction, dont l'objectif direct serait d'interdire à M. Haryanto d'invoquer le jugement indonésien".¹²⁷⁹

indonésienne. En l'espèce, l'instance dont était saisi le tribunal opposait un couple de néerlandais au sujet de leur divorce en Indonésie. Après avoir rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit de cette procédure (*infra* n° 403), le tribunal précise qu'il serait permis à l'épouse de s'opposer à une éventuelle demande de reconnaissance du jugement indonésien, puisque l'introduction par le mari d'une nouvelle procédure de divorce aux Pays-Bas devait être interprétée comme une renonciation à se prévaloir du fruit de la procédure indonésienne. Comme le remarque M. Voskuil, cette décision vide de sens toute poursuite de cette dernière procédure, puisqu'elle condamne par avance une éventuelle décision qui en résulterait (C. C. A. VOSKUIL, "La litispendance en droit international privé néerlandais", in *De conflictu Legum Buxel opstellen aangeboden aan R.D. Kolléwijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, (502), 512).

¹²⁷⁶ *Omnium Lyonnais d'Etanchéité et Revêtements Asphaltes et al. v Dow Chemical Corp.*, 441 F. Supp. 1385 (N. D. Cal. 1977). En l'espèce l'injonction visait à sanctionner la violation d'une ordonnance du juge américain, qui avait interdit aux parties d'utiliser dans d'autres procédures les éléments de preuve mis à jour lors du processus de discovery américain. Les demandeurs avaient passé outre cette interdiction et s'étaient empressés de mettre à profit certains témoignages devant les tribunaux français.

¹²⁷⁷ *Ellemans Lines Ltd. v Read* (1928) 30 L. I. L. Rep. 77; [1928] 2 K.B. 144. V. aussi *Youell v Kara Mara Shipping Co Ltd.*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 102 (Q.B.).

¹²⁷⁸ *E D & F Man (Sugar) Ltd. v Yari Haryanto (No 2)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 429 (CA).

¹²⁷⁹ *E D & F Man (Sugar) Ltd. v Yari Haryanto (No 2)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 429 (CA) : "It would be an affront to the Indonesian courts and an illegitimate interference (albeit indirectly) with the process of Courts worldwide, to grant an injunction, the expressed objective of which is to prohibit Mr Haryanto from relying on the Indonesian judgment ». Dans l'affaire *Fort Dodge v Akzo Nobel*, [1998] F.S.R. 222 (C.A.), la Cour d'Appel a refusé d'accorder l'injonction sollicitée qui aurait eu pour objet d'interdire aux demandeurs devant les tribunaux néerlandais de se prévaloir d'un éventuel jugement néerlandais.

Comme pour la déclaration préventive de non-reconnaissance, on voit difficilement un juge belge ou français se permettre de décerner une injonction interdisant à une partie de se prévaloir d'un futur jugement. La jurisprudence n'offre pas de précédent sur ce point et on peut douter que ce type d'injonction entre rapidement dans les moeurs judiciaires continentales. Comme le note M. *Wadlow*, une telle injonction est en outre incompatible avec la répartition de compétence qu'opère la Convention de Bruxelles et en particulier la compétence exclusive du juge du lieu d'exécution d'un jugement pour les contestations relatives à cette exécution.¹²⁸⁰ Même si toute la lumière n'a pas encore été faite sur la portée exacte de cette compétence exclusive,¹²⁸¹ il semble que l'on doive accepter qu'il appartient au seul for concerné de se prononcer sur la possibilité de mettre un jugement à exécution. La voie semble dès lors coupée pour les injonctions dont question ici.

298. Pas de véritable alternative à l'interdiction de procéder par le biais de la reconnaissance d'une décision étrangère - En définitive, la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère n'offrent qu'une possibilité limitée d'influer sur le cours de la procédure étrangère. On ne peut parler d'équivalent à l'interdiction de procéder qu'avec la deuxième variation sur le thème de la reconnaissance, à savoir l'injonction prohibant l'invocation de la décision étrangère. Cette intervention reste cependant exceptionnelle et n'a pas encore pris racine dans les juridictions continentales. Il reste à savoir si cette conclusion est également valable pour l'action purement déclaratoire.

(ii). L'intervention préventive : l'action déclaratoire

299. L'action déclaratoire, un moyen efficace de paralyser la reconnaissance d'une décision étrangère - Parmi les possibilités dont disposent les tribunaux continentaux pour influencer sur le cours d'une procédure étrangère, la technique du *jugement déclaratoire* est sans doute la plus connue et la plus répandue. Concrètement, le plaideur confronté à une procédure dont il n'espère pas obtenir gain de cause, sollicitera d'un for 'ami' une déclaration allant à l'opposé de ce que son adversaire prétend obtenir du for qu'il a lui-même saisi.

Dans l'affaire *Gould* par exemple, une entreprise américaine avait attaqué un concurrent japonais devant la justice américaine, réclamant des dommages et intérêts pour concurrence déloyale. Elle reprochait à l'entreprise japonaise d'avoir illégitimement profité des connaissances acquises par un de ses ex-employés. Au lieu de se défendre au fond devant les juges américains, l'entreprise japonaise choisit de s'en remettre aux tribunaux de son pays, desquels elle sollicita une déclaration l'exonérant de toute responsabilité.¹²⁸² Ce faisant elle hypothéqua considérablement le succès de la procédure

¹²⁸⁰ C. WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 512-514.

¹²⁸¹ V. l'exclusion de l'action paulienne prévue par le droit français du champ de cette disposition, C.J.C.E., 26 mars 1992, *Reichert v Dreschner Barle (No 2)*, affaire C-261/90, *Rec.*, 1992, I-2149.

¹²⁸² Sur cette affaire, v. A. LOWENFELD, *loc. cit.*, *Am J. Int'l L.*, 1997, 315-316 ainsi que M. DOGAUCHI, "Concurrent Litigation in Japan and the United States", *Jap. Am. Int'l L.*, 1994, 72-75 et du même, "Parallele Verfahren in Japan und den USA" dans l'ouvrage précité de A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, (163), 164-166. V. *Gould Inc. v Mitsui Mining & Smelting Co., Ltd.*, 750 F. Supp. 838 (N.D. Ohio 1990); *Gould Inc. v Mitsui Mining & Smelting Co.*, 825 F.2d 676 (2d Cir. 1987) et *Gould, Inc. v Mitsui Mining & Smelting Co.*, 947 F. 2d 218 (6th Cir. 1991). V. également *Basic v Fitzroy Engineering*, 949 F. Supp. 1333 (N.D. Ill. 1996) où un jugement déclaratoire fut sollicité du juge américain pour contrer une procédure néo-zélandaise.

américaine, puisqu'un éventuel jugement américain n'aurait sans doute pas pu être exécuté au Japon.¹²⁸³ En l'espèce les tribunaux japonais donnèrent raison au demandeur, ce qui explique sans doute pourquoi Gould s'en prit ensuite, tout aussi vainement d'ailleurs, au cocontractant français avec qui l'entreprise japonaise avait établi une joint-venture.¹²⁸⁴

300. Absence d'équivalence fonctionnelle avec l'interdiction de procéder - On comprend qu'on ait pu voir dans l'action déclaratoire une manière d'injonction.¹²⁸⁵ De toutes les techniques évoquées jusqu'à présent, celle du jugement déclaratoire semble en effet être la plus efficace pour contrer une procédure étrangère. Les plaideurs européens l'ont bien compris, qui profitent de la jurisprudence favorable de la Cour de Justice (*infra*, n° 478) pour multiplier les procédures déclaratoires. Il reste que les tribunaux manifestent une certaine ambivalence à l'égard de ce type de demande. Le demandeur devra dès lors redoubler d'ingéniosité pour surmonter l'obstacle de la recevabilité de sa demande. En outre, la technique du jugement déclaratoire peut venir buter sur l'obstacle de la litispendance, du moins lorsque l'action n'est pas intentée de façon préventive. Si tel n'est pas le cas, l'action pourra être rejetée en déférence à la procédure étrangère intentée antérieurement.¹²⁸⁶

Au fond, et laissant de côté l'épineux problème de la compétence du juge pour prononcer de telles déclarations,¹²⁸⁷ force est de constater que le jugement déclaratoire est loin d'avoir le même effet sur la procédure étrangère qu'une interdiction de procéder. Il n'y a pas équivalence fonctionnelle entre les deux, puisque le jugement déclaratoire ne vise pas directement à mettre fin à la procédure étrangère. Au mieux fera-t-il obstacle à la reconnaissance d'une future décision étrangère. Encore cet obstacle ne vaut-il que pour le for qui se prononce. Libre au créancier du jugement d'en obtenir satisfaction dans le for qu'il a saisi ou tout autre for.

¹²⁸³ *Infra* sur le conflit de décisions et la primauté de la décision du for dans ce cas, n° 362.

¹²⁸⁴ *Gould, Inc. v. Peckney Ugrine Kublmann*, 853 F. 2d 445 (6th Cir. 1988). V. également l'affaire *Deutch*, dans laquelle une autre entreprise japonaise a mis la même tactique à profit : un producteur japonais d'équipement industriel fut attiré en 1970 devant les tribunaux américains par un employé d'un de ses clients, qui avait perdu une main lors d'un accident impliquant une machine vendue par le producteur japonais. Celui-ci sollicita et obtint des tribunaux japonais une déclaration l'exonérant de toute responsabilité pour cet accident. Le conflit de procédures abouti finalement à un conflit ouvert entre deux décisions, v. *Deutch v. West Coast Machinery Co., Marubeni-Iida, Inc., Kansai Iron Works Ltd.*, 497 P.2d 1311 (Wash. Sup. Ct. 1972) et les observations de T. SAWAKI, "Battle of Lawsuits - Lis Pendens in International Relations", *Jap. Am. Int'l L.*, 1979-80, (17), 17-19 ainsi que les décisions japonaises citées aux notes 2 et 4 p. 18.

¹²⁸⁵ MM. *Briggs et Rees* tracent ainsi un parallèle entre le jugement déclaratoire et l'injonction anti-suit, qu'ils associent comme étant deux techniques permettant d'"impede foreign actions", (BRIGGS et REES, 1997, 264, n° 5.23). Dans le même sens, R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt zwischen USA und Europa", in *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, W. J. HABSCHIED (éd.), 1985, Gieslink Verlag, Bielefeld, 1985, 50-51 (pour qui le "präventive Feststellungsklage" est la "klassischen Methoden des deutschen Rechts, sich ausländischer Verfahren durch gegenläufige Verfahren zu erwehren"); H. SCHACK, 1996, 304, n° 773 (qui plaide contre l'utilisation de l'injonction *anti-suit* et conseille aux plaideurs d'avoir plutôt recours aux 'negative Feststellungsklage'); H. NAGEL et P. GOTTWALD, *ac*, 1997, 219, n° 117-118 (qui rangent le 'Negative Feststellungsklage' parmi les "Maßnahmen gegen ausländische Verfahren"); A. LOWENFELD, *lc*, *Am J. Int'l L.*, (M. *Lowenfeld* met le jugement déclaratoire sur le même pied que l'injonction anti-suit, pour lui ces deux techniques devraient être interdites!).

¹²⁸⁶ Dans l'affaire *Gould* précitée, le tribunal japonais a rejeté l'exception de litispendance invoquée au profit de la procédure américaine, en notant que la compétence ce du tribunal américain n'était pas établie et qu'il était dès lors impossible de prévoir si un futur jugement américain pourrait être reconnu au Japon, v. M. DOGAUCHI, *lc*, in *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, 165. En général, H. BAUM, *lc*, in *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, 201-203.

¹²⁸⁷ Sur cette question, H. BAUM, *lc*, in *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, Mohr, 1994, 198-201.

301. L'interdiction de procéder, monopole de la *common law* - Que conclure au terme de cet aperçu? Il faut bien constater qu'aucun des instruments examinés ne mérite d'être comparé à l'injonction *anti-suit*.¹²⁸⁸ Certes, ces instruments, et en particulier le jugement déclaratoire, permettront à la partie qui y a recours, d'engranger des points dans la bataille qui l'oppose à son adversaire, le forçant peut être à engager des négociations. Ils n'ont cependant pas le caractère *agressif* de l'interdiction de procéder. L'influence éventuelle exercée sur la procédure étrangère est au mieux indirecte et limitée ; jamais le coeur de cette procédure n'est visé. Au total, les tribunaux de *common law* possèdent bien le monopole de l'interdiction de procéder. Celle-ci demeure donc une solution fragmentaire, qui n'est pas susceptible d'application universelle. On va voir que les plaidoyers d'une certaine doctrine pour une généralisation de l'interdiction de procéder, n'ont jusqu'à présent reçu que peu d'échos.

B. Vers une injonction continentale?

302. Une suggestion inspirée par l'efficacité de l'interdiction de procéder - L'absence de mécanisme identique ou similaire à l'injonction *anti-suit* en dehors des pays de *common law* n'a pas empêché un débat de s'engager sur la nécessité et la possibilité de permettre le recours à l'interdiction de procéder dans les juridictions de tradition civile.¹²⁸⁹ A l'origine de cette suggestion originale, dont la doctrine allemande a jusqu'à présent le quasi-monopole,¹²⁹⁰ on trouve le constat de la redoutable efficacité de l'interdiction de procéder lorsqu'il s'agit de mettre fin à une procédure étrangère. Les bénéficiaires d'une intervention visant *directement* la procédure étrangère n'ont pas échappé à certains, qui estiment qu'il est injuste d'obliger une partie qui se prétend victime d'un abus de procédure, à attendre une éventuelle décision pour en contester la reconnaissance, au risque d'ailleurs de voir d'autres ordres juridiques assurer l'efficacité internationale de la décision.

Ces auteurs estiment qu'il ne suffit pas d'offrir à la partie qui se prétend victime d'un abus la possibilité d'obtenir *a posteriori* la non-reconnaissance d'une éventuelle décision étrangère. Plutôt que de reporter la solution au stade de l'instance indirecte, ils suggèrent

¹²⁸⁸ Le refus dans le chef d'un tribunal, de donner suite à une demande d'assistance judiciaire émanant d'un autre tribunal, qu'elle porte sur la signification d'une citation (par exemple la décision de l'OLG Düsseldorf dans l'affaire *Phillip Alexander* : OLG Düsseldorf, ZZP, 1996, 221 et les commentaires de W. HAU, *l.c.*, *IPRax*, 1997, 163 et M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp.L.Q.*, 1998, (257), 317-321 ainsi que de H.-P. MANSEL, "Grenzüberschreitende Prozeßführungsverbote und Zustellungsverweigerung", *EuZW*, 199X, 335 e.s.) ou la collection d'éléments de preuve, ne porte pas non plus directement atteinte à la procédure étrangère, même s'il peut mettre en péril la reconnaissance d'une future décision.

¹²⁸⁹ Les arguments pro- et contra sont synthétisés par M. BERNET et M. PAULI, "Anti-suit Injunctions - The Civil Law Approach", étude réalisée pour le projet 'Common Principles' du comité O de l'IBA, septembre 1999, 16 p.

¹²⁹⁰ V. les travaux de M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp.L.Q.*, 1998, (257), 272-304; W. HAU, 201-210; J. SCHRÖDER, "The Right not to be Sued Abroad", in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, H. J. MUSIELAK et K. SCHURIG (éds.), Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1987, 523-548; P. SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 35-41 ; R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt zwischen..." , in *Der Justizkonflikt mit...*, W. HABSCHIED (éd.), Bielefeld, Giesking Verlag, 1986, 51-54 ; J. KURTH, *ac.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 60-142 ; D. JASPER, *Forum Shopping in England und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 146 p.; H. KOCH, "Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz", in *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrecht*, A. HELDRICH et T. KONO (éds.), Tübingen, 1994, (85), 98 e.s. V. aussi L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum Non Conveniens und International Comity", *R.I.W.*, 1993, (802), 808-809 (l'auteur ne prend pas position et se contente de décrire les 2 positions). Aux Pays-Bas, M. Verbeul semble ne pas non plus rejeter catégoriquement l'"imporation" de l'injonction, même s'il suggère de la soumettre à des limites très strictes et la réserve aux situations dans lesquelles le for étranger est manifestement abusif au vu de l'absence de lien significatif avec le litige, J.-P. VERHEUL, *l.c.*, *N.I.P.R.*, 1989, 22-224. Pour le droit espagnol, v. M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero*, *ac.*, 2000, 104-134.

d'intervenir préventivement pour paralyser la procédure étrangère jugée malicieuse. Reconnaissant que l'injonction *anti-suit*, telle qu'elle s'est développée dans les pays de la *common law*, ne fait pas partie de la tradition civile, ils distinguent plusieurs fondements alternatifs capables de justifier une injonction 'à l'allemande'.

Avant de s'attarder sur cette tentative d'*importation* de l'injonction *anti-suit*, il faut encore préciser qu'elle s'inscrit dans un débat plus large que celui des seuls conflits de procédures. L'interdiction de procéder telle que la conçoivent ces auteurs pourrait être invoquée à chaque fois que la procédure étrangère est jugée abusive, sans avoir égard à l'existence d'une procédure concurrente dans le for.¹²⁹¹ Ce qui est visé en fait, c'est l'introduction d'un remède permettant de mettre fin à une procédure étrangère jugée injuste, dans des cas exceptionnels, sans que l'injonction 'continentale' ne soit conçue comme solution de principe des conflits de procédure - au contraire, l'exception de litispendance resterait la technique privilégiée de solution de ces conflits.

I. Analyse des suggestions de la doctrine allemande

303. Introduction – Deux fondements possibles à l'injonction continentale - A défaut de compétence 'inhérente' des tribunaux allemands pour ordonner la cessation d'une procédure étrangère, on a dû faire appel à d'autres théories pour justifier l'interdiction de procéder. Le raisonnement se fonde sur la constatation que les tribunaux ont le pouvoir de sanctionner la violation d'une obligation de ne pas saisir les tribunaux étrangers.

Comme le veut le § 249 BGB cette sanction prendra en priorité la forme d'une réparation *en nature*, qui passera nécessairement par une interdiction faite au débiteur de l'obligation de commencer ou de poursuivre la procédure étrangère. Les auteurs se sont donc attaché à isoler les circonstances dans lesquelles une partie peut alléguer l'existence d'une obligation dans le chef d'une autre de ne pas saisir un tribunal étranger, obligation dont la violation pourra être sanctionnée par une interdiction de procéder.¹²⁹²

Bien que chaque auteur ait développé sa propre typologie, on s'accorde généralement pour distinguer deux types de règles qui peuvent être à l'origine d'une obligation de ne pas commencer une procédure dans un for étranger. Cette obligation peut trouver sa source d'une part dans une clause d'élection de for ou une convention d'arbitrage, et d'autre part dans les règles en matière de responsabilité extracontractuelle.¹²⁹³

¹²⁹¹ Remarquons également que certains auteurs ne confinent pas l'injonction 'continentale' aux espèces internationales, mais ne se montrent pas opposé à son utilisation entre tribunaux allemands, v. p. ex. P. SCHLOSSER qui s'attarde sur l'utilisation de l'interdiction de procéder entre les tribunaux internes, *Justizkonflikt...*, précité, 1985, 36-37. V. également R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt..." précité, 51-52. M. LENENBACH analyse le "right not to be sued in domestic German proceedings" (pp. 278-282) et conclut que le droit allemand fournit des instruments tel que l'exception de litispendance ou la condamnation à des dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire, de sorte qu'une interdiction de procéder n'est pas nécessaire. Il conclut que "for domestic proceedings, an antisuit [injunction] is unavailable", *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp.L.Q.*, 1998, (257), 278.

¹²⁹² La doctrine parle à cet égard de '*materiellrechtlichen Anspruchs*' (p. ex. W. HAU, 201), pour bien indiquer que si la sanction de l'obligation se traduit par une mesure procédurale, le devoir qui est sanctionné relève du droit matériel.

¹²⁹³ W. HAU, 202-210; M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp.L.Q.*, 1998, (257), 282-301; J. KURTH, *Inländisches...*, précité, 60-109; D. JASPER, *o.c.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 126; R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt...", in *Der Justizkonflikt...*, 52-54; J. SCHRÖDER, *l.c.*, in *Festschrift Kegel*, 1987, (523), 530-543 (qui distingue une catégorie supplémentaire à côté de l'injonction purement contractuelle ou délictuelle, basée sur l'obligation de vie

304. Injonction comme sanction de l'autonomie de la volonté - Sans surprise c'est la violation d'une clause d'élection de for qui retient d'abord l'attention. Pour justifier l'octroi d'une interdiction de procéder dans un for autre que le for élu par les parties, la doctrine déduit de la conclusion d'une clause d'élection de for l'existence d'une obligation contractuelle de ne pas saisir un juge autre que celui désigné dans le contrat. Cette obligation 'matérielle' coexisterait avec les effets purement processuels de la clause que sont la prorogation de compétence dans le chef du for élu et la dérogation de compétence des autres fors.

Lorsqu'une partie saisit un juge étranger autre que le for élu, il appartiendrait à ce dernier de sanctionner la violation de l'obligation matérielle déduite de la clause d'élection de for au moyen d'une interdiction de procéder. L'idée est bien sur de combler les failles créées par le caractère encore principalement national du régime des clauses d'élection de for (*supra*, n° 152). Les exemples donnés par les auteurs à l'appui de leur démonstration portent tous sur des affaires où une partie a profité de la différence existant entre les conditions de validité posées par les droits nationaux, pour échapper à celle-ci.¹²⁹⁴ Déduire de la conclusion d'une clause d'élection de for l'existence d'une obligation de s'adresser exclusivement au for élu permettrait de remédier à ce défaut de l'autonomie de la volonté.

L'approche est séduisante et l'intention est bonne, puisqu'il s'agit de mettre fin aux abus de contractants peu scrupuleux qui tentent d'échapper aux obligations contractuellement acceptées. Même si l'on fait abstraction des défauts inhérents au mécanisme de l'interdiction de procéder, on peut toutefois douter que la solution proposée soit satisfaisante.¹²⁹⁵ On a déjà expliqué que la question de la validité d'une clause d'élection de for était par essence *relative*, puisque variable selon le for qui se prononce sur la question (*supra*, n° 170). La pluralité légitime de points de vue sur cette question rend douteuse la possibilité de déduire d'une clause d'élection de for une obligation de faire du for élu le juge exclusif de l'efficacité de la clause.¹²⁹⁶ Sauf le cas où les parties s'engagent expressément à ne pas saisir un autre juge que le for élu,¹²⁹⁷ l'existence d'une telle

commune des époux telle que prescrite par § 1353 (1) (2) BGB : lorsqu'un des époux demande le divorce devant un tribunal étranger, pour un motif non reconnu par le droit national des époux. Cette demande en divorce constituerait une violation du § 1353 qui ferait naître dans le chef de l'époux demandeur une obligation légale de ne pas commencer une procédure devant un tribunal étranger. M. Schröder cite comme seule application jurisprudentielle (implicite) de sa théorie l'arrêt du RG dans l'affaire du divorce letton, pp. 535-539 - v. sur cette théorie également D. JASPER, *ac*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 128 e.s.). P. SCHLOSSER, *Justizkonflikt...*, 1985, 37-42 distingue 5 catégories pouvant donner lieu à une injonction 'continentale'. Relevons qu'il prévoit explicitement l'injonction pour sanctionner la violation d'une saisine antérieure du juge allemand et donc de la litispendance internationale. Selon M. Kurth, (*loc. cit.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989) l'interdiction doit également pouvoir être invoquée en matière d'atteinte à la libre concurrence. V. aussi M. REQUEJO ISEDRO, *ac*, 2000, 107-120.

¹²⁹⁴ P. ex. J. KURTH, *ac*, 1990, 60-67.

¹²⁹⁵ V. également les critiques de J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 263, n° 168 et de H. SCHACK, 1996, 303, n° 771-72.

¹²⁹⁶ P. ex. sceptiques sur ce point R. GEIMER, 1997, n° § 1717 ainsi que H. NAGEL et P. GOTTWALD, *ac*, 1997, 218, n° 114 (selon qui "eine [...] Gerichtsstandsvereinbarung [...] begründet jedenfalls keiner materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch, der durch einstweilige Verfügung gesichert werden könnte").

¹²⁹⁷ Dans ce cas, même des auteurs critiques de l'injonction 'continentale' acceptent qu'il puisse y avoir obligation de ne pas saisir un juge étranger, v. H. SCHACK, 1996, 303, n° 771 et J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 263, n° 168, note 348.

obligation paraît être une vue de l'esprit.¹²⁹⁸ Ceci n'exclut pas que l'on puisse envisager de redessiner les relations entre for prorogé et for dérogé, de manière à concentrer le contentieux de la validité de la clause d'élection de for (*supra*, n° 189). L'angle de vue est alors différent, puisqu'une éventuelle obligation de ne saisir que le for élu ne se déduirait plus de la seule volonté *implicite* des parties, mais bien d'un prescrit légal.

305. Injonction fondée sur la responsabilité délictuelle - A défaut d'accord des parties sur le for compétent, la doctrine allemande a également tenté de déduire une obligation de ne pas saisir un juge étranger des règles relatives à la responsabilité délictuelle. Lorsque ces règles sont applicables,¹²⁹⁹ deux dispositions distinctes sont invoquées pour fonder une obligation de ne pas saisir un juge étranger. Il s'agit d'une part du § 823 BGB, dont la jurisprudence explique qu'il protège le 'droit à une activité économique établie et exercée', droit que la saisine du juge étranger pourrait mettre en péril.¹³⁰⁰ Le demandeur peut d'autre part alléguer que la saisine du juge étranger est contraire aux bonnes moeurs et lui cause un dommage (§ 826 BGB). Dans les deux cas, le juge allemand pourrait non seulement accorder des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi, mais également privilégier une réparation en nature qui prendrait la forme d'une interdiction de procéder.¹³⁰¹ Encore faut-il s'entendre sur la notion de 'faute' : il ne peut être question de responsabilité que lorsque le comportement litigieux est 'widerrechtlich' (§ 823) ou 'Sittenwidrig' (§ 826). Les partisans de l'injonction ont dès lors proposé plusieurs critères pour apprécier le caractère répréhensible d'une procédure étrangère.

Selon certains auteurs, l'illégalité d'une procédure étrangère devrait être examinée à l'aune des critères posés pour la reconnaissance d'une future décision. S'il apparaît que le jugement à venir ne pourra être reconnu en Allemagne, le caractère '*widerrechtlich*' de la procédure étrangère serait établi.¹³⁰² M. Stürner a d'autre part suggéré de limiter la sanction aux situations dans lesquelles la procédure étrangère est contraire à l'ordre public allemand.¹³⁰³ D'autres encore proposent d'adopter une approche casuistique pour déterminer si la saisine du juge étranger est illégitime.¹³⁰⁴ Certains enfin s'inspirent de la jurisprudence anglaise en posant comme principe général que l'interdiction de procéder ne peut se justifier que lorsque le for allemand est le for naturel et que l'introduction

¹²⁹⁸ *Comp. W. HAU*, 203 (qui, tout en étant critique à l'égard de l'introduction d'une injonction 'continentale', n'exclut pas que dans certaines circonstances, une interprétation correcte d'une clause d'élection de for donnée conduise à admettre que les parties ont bien eu l'intention d'interdire le recours à tout autre for).

¹²⁹⁹ Sur la question de savoir quel droit s'applique à ce type de délit procédural v. *W. HAU*, 204. *Comp.* avec les réflexions de A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction. A pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, sur la question du droit applicable à une injonction *anti-suit* et S. CLAVEL, *l.c.*, *Reu Arbitrage*, 2001, 691-695.

¹³⁰⁰ Le § 823 ouvre un droit d'action en responsabilité lorsque certains intérêts, limitativement énumérés, sont violés. Parmi ceux-ci, il y a les 'sonstiges Recht', une catégorie ouverte au sein de laquelle la jurisprudence range le droit à une '*eingesetzten und ausgeübten Gewerbebetrieb*'.

¹³⁰¹ M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.Q.*, 1998, 295-301; J. SCHRÖDER, "The Right Not To Be Sued Abroad", *l.c.*, 539-543; R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt...", in *Der Justizkonflikt...*, 1985, 53-54; KURTH, *Inländischer Rechtsschutz gegen...*, 1989, 82-108; D. JASPER, *Forum Shopping in Deutschland und England*, 1990, 129-131; T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit*, 1995, Frankfurt a.M., 772 (pour le § 826).

¹³⁰² J. SCHRÖDER, "The Right Not To Be Sued Abroad", in *Festschrift für Gerhard Kegel* 1987, (523), 540-542 et D. JASPER, *Forum Shopping in England und Deutschland*, 1990, 130 e.s. V. les critiques de M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.Q.*, 1998, 296-297 et W. HAU, 205-206.

¹³⁰³ R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt...", in *Der Justizkonflikt...*, 53 (qui précise qu'il doit s'agir d'une violation de "deutschem ordre public in krasser Form").

¹³⁰⁴ J. KURTH, *Inländischer Rechtsschutz gegen...*, 1989, 97-101 et 87-91 (qui propose un "umfassende Interessenabwägung").

d'une instance à l'étranger est abusive, par exemple parce que le tribunal allemand a été saisi en premier.¹³⁰⁵

306. Critique de la tentative de 'construire' une injonction continentale - La possibilité de rappeler à l'ordre une partie qui saisit un juge étranger en faisant appel aux règles de la responsabilité civile a quelque chose d'*artificiel*. Les hésitations de la doctrine, qui n'a pas encore tranché entre un approche stricte fondée sur le régime de la reconnaissance et de l'exécution des décisions et une formule plus souple s'inspirant de l'abus de droit, révèlent la difficulté de vouloir trouver à tout prix une base légale pour une figure juridique que l'on extrait de son biotope naturel. Même si les partisans de l'injonction à l'allemande entendent réserver le recours à cette arme aux situations les plus exceptionnelles,¹³⁰⁶ ils sont bien en peine de s'entendre sur ce qui constitue une exception.

Outre que les constructions échafaudées par certains auteurs manquent parfois de cohérence,¹³⁰⁷ il est difficile d'admettre sur le plan des principes qu'un juge s'arroge le droit de déclarer fautive la conduite d'une procédure étrangère, alors que le juge étranger est compétent selon ses propres règles.¹³⁰⁸ Certains avouent d'ailleurs qu'il est sans doute impossible de s'accorder sur une définition précise de ce qui sépare dans ce contexte la faute de la simple habileté.¹³⁰⁹

307. L'injonction à l'allemande, une suggestion bien académique - Le débat sur l'injonction à l'allemande n'est certainement pas clos.¹³¹⁰ On peut toutefois déjà observer qu'il est jusqu'à présent resté bien académique. Les nombreuses suggestions de la doctrine n'ont pas (encore) pu convaincre les tribunaux de se lancer dans l'aventure de l'injonction à l'allemande, que ce soit pour réprimer la violation d'une clause d'élection de

¹³⁰⁵ W. HAU, 206-209; M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 297-301.

¹³⁰⁶ Par exemple M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 297 ("the decision to restrain a foreign court proceedings is extraordinary").

¹³⁰⁷ M. Kropholler souligne par exemple qu'il est difficile d'invoquer le § 823 pour réprimer une procédure étrangère dès lors que cette disposition ne couvre pas le dommage purement financier, le seul que la conduite d'une procédure étrangère peut causer, J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 263, n° 169. En ce sens également, H. SCHACK, 1996, 303-304, n° 772 et H. NAGEL et P. GOTTWALD, *o.c.*, 1997, 218, n° 114 et W. HAU, 204-206 (l'auteur conclut que "eine Klageerhebung im Ausland kaum rechtswidrig im Sinne von § 823 I BGB sein dürfte").

¹³⁰⁸ De nombreuses voix, et non des moindres, s'élèvent d'ailleurs contre les tentatives de fabriquer une injonction à l'allemande. V. p. ex. H. SCHACK, 1996, 303-304, n° 772-773 (l'auteur prend parti contre l'injonction. S'il ne réfute pas l'utilisation du § 826 pour contrer une procédure étrangère, il ne l'admet cependant que pour fonder une condamnation à des dommages et intérêts et non une interdiction de procéder). *Cors.* H. NAGEL et P. GOTTWALD, *o.c.*, 1997, 218, n° 114 ("[Es] ist [...] nicht rechtswidrig, eine nach ausländischem Recht gegebene Zuständigkeit [...] auszunutzen"); O. DE LOUSANOFF, compte rendu de l'ouvrage de M. Kurth, *Z.Z.P.*, 1992, 111-118, spéc. 188.

¹³⁰⁹ J. KROPHOLLER, "Internationale Zuständigkeit", 264, n° 170 ("Die Grenze zwischen dem rechtmäßigen listigen 'forum shopping' und dem sittenwidrigen Ausnutzen der Wahlmöglichkeit zwischen mehreren konkurrierende Gerichten is fließend"); M. BERNET et M. PAULI, *l.c.*, paper IBA, 20 ("The boundary between an inadmissible action abroad, on the basis that it is unconscionable, and admissible forum shopping is however still largely unclear"). *Comp.* M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 295 (selon qui "Establishing clear principles for a right not to be sued in a foreign forum is neither desirable, nor possible. It is not desirable because international litigation needs flexibility to find a just result. Even if it were desirable, however, it is not possible, because of the broad language of the pertinent claims").

¹³¹⁰ On peut voir dans le débat qui oppose les auteurs allemands sur la légitimité d'une interdiction de procéder à l'allemande, une manifestation de la dynamique de l'imitation dont on s'accorde à reconnaître qu'elle constitue un des moteurs de l'évolution des droits nationaux, sur ce point, H. MUIR WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *Arch. Phil. Droit*, 2001, (29-36), 29-32.

for ou pour sanctionner un manquement à une obligation délictuelle.¹³¹¹ On remarquera également qu'il est paradoxal de vouloir importer une figure juridique qu'une grande partie de la doctrine anglaise et américaine voudrait voir enfermée dans des limites plus strictes (*infra*, n° 325). Le paradoxe n'en est pas moins grand quand on connaît la réaction extrêmement forte des tribunaux de droit civil lorsqu'ils sont visés par une injonction américaine ou anglaise.¹³¹²

Notons enfin que si les suggestions de la doctrine allemande laissent bien des questions sans réponse, elles ne semblent pas vouloir attribuer à l'interdiction de procéder le rôle de mécanisme régulateur des conflits de procédure. Comme c'est le cas en droit anglais, l'injonction allemande n'aurait pas pour objectif de mettre fin à tous les conflits de procédure, mais seulement à ceux qui paraissent les plus abusifs. MM. HAU et LENENBACH proposent ainsi de tenir compte de la chronologie procédurale pour juger du caractère abusif de la procédure étrangère : si celle-ci est intentée alors que le juge allemand a déjà été saisi, ce facteur contribuerait à démontrer le caractère illégitime de la procédure étrangère.¹³¹³ La violation de la litispendance du for n'est cependant pas élevée au rang de critère décisif : ces auteurs soulignent qu'au delà de ce premier facteur, le demandeur devra apporter la preuve d'autres circonstances démontrant le caractère abusif du comportement du demandeur à l'étranger.¹³¹⁴ Même si les tribunaux allemands l'adoptent, l'injonction *anti-suit* n'apportera dès lors qu'une réponse partielle aux conflits de procédures.

II. Une analyse généralisable?

308. L'injonction, une solution exportable? - On a vu qu'une certaine doctrine se montre prête à accueillir l'interdiction de procéder ou du moins un mécanisme similaire. La suggestion vise à répondre à un besoin direct et immédiat de justice, que ne peuvent satisfaire pleinement les outils traditionnels dont disposent les tribunaux du vieux continent, et en particulier le refus d'accorder effet à une décision étrangère. Ce besoin n'est certainement pas propre aux justiciables allemands. On comprendra dès lors que d'autres aient repris la suggestion à leur compte.¹³¹⁵ L'introduction de l'injonction *anti-suit* dans un système de droit civil n'est pas sans précédent. Les tribunaux du Québec ont en effet embrassé le mécanisme (i). On va voir que sur le plan des principes, les juges belge ou français disposent des armes nécessaires pour ordonner à une partie d'abandonner une procédure étrangère (ii). La question demeure toutefois de savoir si une telle

¹³¹¹ M. Schack, qui rejette toute possibilité d'injonction anti-suit continentale et propose leur substituer le refus de reconnaissance *a posteriori*, note qu'à l'exception du 'singulier' arrêt du Reichsgericht, aucune décision allemande n'a fait sien le raisonnement de M. Lenenbach et consorts (1996, 304, n° 772-773).

¹³¹² V. *infra*. M. Schack se fait l'écho de ce paradoxe : 1996, 304, n° 773 ("Wenn wir uns vom Ausland nicht vorschreiben lassen, wenn unsere Gerichte tätig werden dürfen, wenn wir also ausländische Klageverbote nicht anerkennen, dann sollten wir derartige Prozeßführungsverbote auch dem Ausland nicht zumuten").

¹³¹³ M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 298; W. HAU, 207-208.

¹³¹⁴ M. HAU écrit notamment que "Selbst die Einleitung mehrerer Verfahren durch eine Partei ist zwar kaum wünschenswert, muß aber nicht sittenwidrig sein" (208) et plus loin "die Einleitung eines Verfahrens im Ausland trotz eines früheren ergangenen Entscheidung [ist] nur unter besonderer Umständen sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB" (p. 209). Il laisse la possibilité d'une injonction même lorsque la procédure étrangère est la première, (p. 207, note 94). M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 298-300 (sur les différentes hypothèses et comportements des parties).

¹³¹⁵ M. de Vareilles Sommières a par exemple suivi les traces de la doctrine allemande dans une communication présentée au Comité français de droit international privé, intitulée, "Le forum shopping devant les juridictions françaises" (*Travaux du comité français dip 1998-2000*, Pedone, 2002), v. le compte-rendu par J.-P. REMERY, *R.C.D.I.P.*, 2000, (138), 140.

intervention dans la procédure étrangère peut se justifier, en particulier lorsqu'elle vise à mettre fin à un conflit de procédures.

(i) L'injonction *anti-suit* au Québec

309. **Une invention prétorienne** - La reconnaissance, en droit québécois, du pouvoir d'ordonner l'arrêt de poursuites engagées à l'étranger, procède de la même idée que celle qui anime la doctrine allemande déjà évoquée, à savoir la constatation que l'injonction permet d'intervenir *directement* pour empêcher la poursuite d'une procédure étrangère, et de répondre ainsi aux attentes de la partie atraite contre son gré devant un tribunal étranger.¹³¹⁶

Sur base de ce constat, la Cour d'Appel du Québec s'est reconnu au début des années 1990 le pouvoir d'ordonner à une partie d'abandonner une procédure entamée aux Etats-Unis.¹³¹⁷ La Cour écarta l'article 758 du Code de procédure civile, qui interdit aux tribunaux d'empêcher la poursuite de procédures judiciaires, en précisant que cette disposition ne s'appliquait pas aux procédures à l'étranger. S'inspirant de la jurisprudence des tribunaux anglais et américains, les juges québécois décidèrent que l'interdiction de procéder ne se justifiait que lorsque le for présentait le moins d'inconvénients pour la conduite de la procédure. Encore fallait-il, toujours selon la Cour, que l'injonction n'ait pas pour résultat de priver le demandeur à l'étranger des avantages légitimes qu'il entendait obtenir du for étranger.¹³¹⁸

310. **L'interdiction de procéder comme revers du for non approprié** - Cette première décision fit jurisprudence. La Cour Supérieure du Québec eut par la suite à deux reprises recours à l'interdiction de procéder - dans les deux cas à l'encontre d'une procédure américaine.¹³¹⁹ Paradoxalement la Cour a trouvé appui pour ces décisions dans la consécration par le législateur québécois de la doctrine du *forum non conveniens*.¹³²⁰ Selon la Cour, l'injonction constitue "l'envers de la médaille" de cette doctrine.¹³²¹ Or, explique-t-elle, "il serait surprenant que le législateur ait voulu permettre aux tribunaux québécois de décliner leur juridiction en faveur d'un tribunal étranger, mieux à même de trancher le litige, sans toutefois permettre à ce même tribunal d'interdire à un de ses ressortissants d'entreprendre ou de poursuivre une procédure appropriée devant un tribunal étranger".¹³²²

Même si l'on peut avoir des doutes sur le parallèle ainsi établi entre les deux mécanismes, il reste que l'injonction est incontestablement entrée dans le paysage judiciaire

¹³¹⁶ E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 333, n° 138, expliquent que "l'efficacité de l'injonction consiste à empêcher toute possibilité d'une telle décision étrangère. Elle évite ainsi de devoir éventuellement la reconnaître malgré des règles trop larges ou inadaptées de compétence internationale des tribunaux étrangers, et elle supprime la nécessité de devoir recourir parallèlement à cette contestation dans de multiples pays".

¹³¹⁷ *Johns Mansville Corp. c. The Dominion of Canada General Ins. Co.*, [1991] R.D.J. 616 (C.A.).

¹³¹⁸ *Idem*, [1991] R.D.J. 616, 623 (juge McCarthy).

¹³¹⁹ *Droit de la famille* - 2398 [1996] R.J.Q. 1010 (C.S.) et *Opron, Inc. v Aero System Engineering, Inc.*, [1999] Rev. jurispr. Québec 757 (C.S. 11 février 1999).

¹³²⁰ Art. 3135 du Code civil, v. A. NUYTS, 150-154.

¹³²¹ *Opron, Inc. v Aero System Engineering, Inc.*, [1999] Rev. jurispr. Québec 757, 778. Et la Cour d'expliquer que "L'une des modalités d'exercice de la règle du forum non conveniens, importé en droit québécois avec la réforme, est l'injonction contre les poursuites".

¹³²² *Droit de la famille* - 2398 [1996] R.J.Q. 1010, 1015.

québécois.¹³²³ On peut au moins se réjouir que les tribunaux se soient inspirés de la jurisprudence assez restrictive de la Cour Suprême, et en particulier de l'arrêt *Amchem* (*infra*, n° 322). Cette sévérité se traduit par une judicieuse condition de *subsidiarité*, selon laquelle l'injonction ne pourra être décernée que lorsque le demandeur a échoué dans sa tentative de convaincre le for étranger de renoncer à exercer sa compétence.¹³²⁴

(ii) Une injonction *anti-suit* en droit belge ou français?

311. Une solution techniquement envisageable - L'expérience québécoise peut-elle inspirer les juristes belges et français? A première vue, la question paraît incongrue. D'aucuns n'ont cependant pas exclu cette possibilité.¹³²⁵ Il est vrai que sur le plan de la technique juridique, on peut fort bien imaginer une construction qui n'aurait rien à envier à l'interdiction de procéder telle qu'on la connaît en Angleterre. Les juges belges et français ne doivent plus être convaincus de l'utilité de l'injonction 'personnelle', dont ils font une grande utilisation. Cette injonction est comparable par sa nature aux injonctions *in personam*. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer la juridiction du juge belge des référés, qui est coutumier des injonctions de faire, de donner et même de ne pas faire.¹³²⁶

Cette compétence d'injonction a depuis longtemps abandonné le strict territorialisme auquel on voulait autrefois la confiner. On a déjà eu l'occasion de rappeler que les juges continentaux ne s'embarrassent pas outre mesure des frontières nationales lorsqu'ils ordonnent à une partie de mettre fin à un comportement donné (*supra*, n° 247).

On ajoutera aux exemples déjà cités celui du contentieux du régime primaire entre époux, qui peut voir un juge de paix belge prononcer des mesures portant sur des biens situés à l'étranger. Ces injonctions peuvent être prononcées sans que la localisation de la chose qui fait l'objet de l'injonction ne constitue un obstacle rédhibitoire. MM. *Rigaux* et *Fallon* donnent comme exemple l'interdiction faite à un époux d'aliéner un immeuble situé à l'étranger.¹³²⁷

¹³²³ V. les commentaires approuvés de E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, 1998, 329-331, n° 138.

¹³²⁴ *Amchem Products, Inc. et al. v. Workers' Compensation Board et al.*, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, *infra* n° 322. P. ex. *Opron, Inc. v. Aero System Engineering Inc.*, [1999] Rev. jurispr. Québec 757, 778-779 (la Cour constate que le tribunal du Minnesota a rejeté l'exception de forum non conveniens).

¹³²⁵ Outre l'étude déjà citée de M. de Vareilles Sommières, v. les réflexions de M. FALLON, *loc. cit.*, *Reu. Dr. U.L.B.*, 71, n° 23 (l'auteur n'exclut pas que le juge des référés puisse théoriquement "être saisi d'une demande tendant à interdire ou à obliger un plaideur à procéder à l'étranger") et du même, "L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale", *Annales de droit de Louvain*, 1994, (373), 392 (M. Fallon note que les tribunaux belges pourraient octroyer une injonction en cessation "en vue de prévenir l'aggravation d'un dommage pouvant résulter de la poursuite d'une action judiciaire à l'étranger". Il semble fonder une telle injonction sur la responsabilité délictuelle d'une partie, engagée à raison du dommage qu'entraînerait la conduite d'une action vexatoire et téméraire à l'étranger). *Adde* les commentaires de A. NUYS, 399-400 qui observe que "Contrairement à l'opinion généralement admise, la technique des injonctions *anti-suit* n'est donc pas nécessairement incompatible avec le droit des pays du continent européen". *Adde*, A. DE SCHOUTHEETE et A. NUYS, "Belgium", in *Serving Process and Obtaining Evidence Abroad*, Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1998, S. COTTER (éd.), Londres, Kluwer Law International, (55), 99.

¹³²⁶ V. l'aperçu que donne G. DE LEVAL, "Rapport belge", in *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. 36, 1985, (49-69), 59-65. Sur le statut des injonctions de faire et de ne pas faire en droit belge, v. le panorama d'ensemble dressé par J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (1985-1998). Droit judiciaire privé", *R.C.J.B.*, 1999, (59), 171-176, n° 377-380.

¹³²⁷ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé. Droit positif belge*, 1993, Larcier, Bruxelles, 329, n° 1010. Ils ajoutent qu'en revanche, "le président du tribunal ne saurait ordonner, à propos d'un tel immeuble, une mesure de publicité foncière dont l'exécution échappe nécessairement à sa compétence". V. également MM. Fallon et van Boxstael, 572, n° 302 (qui expliquent que « le juge belge pourrait fort bien [...] autoriser une saisie-arrêt conservatoire à charge d'un tiers établi à l'étranger, sans pour autant excéder les limites posées par le droit international au pouvoir de juridiction des tribunaux belges »).

312. L'astreinte au secours d'une injonction belge ou française - Comme le rappelle M. de Leval, le pouvoir d'injonction du juge belge se caractérise par une "souplesse", qui ne "se laisse pas appréhender par des classifications".¹³²⁸ On enseigne ainsi que le juge des référés peut ordonner la cessation d'un comportement qui constitue une voie de fait.¹³²⁹ Si le besoin s'en faisait sentir, le juge pourrait faire oeuvre créatrice puisque son pouvoir n'est pas limité par des règles formelles.¹³³⁰ Pourquoi ne pas dès lors envisager une injonction interdisant à une partie de poursuivre ou de commencer une procédure devant un juge étranger ?

Une injonction de ce type pourrait se voir sanctionnée par une très persuasive astreinte, réponse continentale aux sanctions de la '*contempt of court*'.¹³³¹ Le commandement échapperait ainsi au reproche de l'exercice extra-territorial du pouvoir de contrainte, puisque la seule sanction éventuelle se déploierait dans le for de l'injonction. La menace pécuniaire que l'astreinte fait peser sur le patrimoine du débiteur de l'injonction se limite aux biens que celui-ci possède dans le for de l'injonction. Si cette menace est mise à exécution à l'étranger, ce sera uniquement parce que le juge étranger accepte souverainement d'y donner suite.¹³³²

Au demeurant, si l'astreinte devait s'avérer inefficace, le créancier de l'injonction pourrait encore solliciter la condamnation du débiteur au paiement de dommages et intérêts.¹³³³ On remarquera que l'astreinte semble constituer l'arme de choix des tribunaux néerlandais pour sanctionner les injonctions qu'ils prononcent dans le contentieux de la propriété intellectuelle.¹³³⁴

¹³²⁸ G. DE LEVAL, *loc. cit.*, *Travaux de l'association H. Capitant*, t. 36, 1985, (49), 60.

¹³²⁹ *Idem*.

¹³³⁰ E. LEROY, Rapport sur les mesures conservatoires en droit belge, présenté lors d'un séminaire organisé par l'Union internationale des huissiers de justice, Paris, 1999, qui explique que le juge belge des référés "peut même faire oeuvre inventive en la matière dans la mesure où elle n'est pas réglementée en profondeur [...]". Et l'auteur d'analyser la possibilité d'introduire en droit belge une injonction du type Mareva (pp. 56-59), une injonction du type 'disclosure order', qui ordonne au débiteur de révéler au créancier la composition de son patrimoine (pp. 59-60) ainsi qu'une injonction de type 'Anton Piller' (pp. 61-63).

¹³³¹ L'affaire *Yahoo* offre un exemple récent où l'astreinte a été utilisée dans une espèce où un juge français avait prononcé une injonction dont les effets n'étaient pas par hypothèse limités au territoire national, puisqu'elle portait sur des actes posés par le biais de l'internet. En l'espèce, le juge a condamné une entreprise américaine à mettre fin à certains comportements jugés litigieux ; l'injonction était assortie d'une astreinte qui pouvait être exécutée sur le territoire français où le défendeur possédait des biens. L'avocat de la demanderesse (la LICRA) reconnu dans un interview qu'il n'avait aucune intention de demander l'exécution de la décision française aux Etats-Unis, cette mesure étant inutile pour obtenir le respect de la décision. Selon le conseil, "Si nous voulons faire liquider les astreintes, nous n'avons pas besoin de le faire aux Etats-Unis. Nous pouvons les faire exécuter en France en visant les créanciers de Yahoo". Les moyens de sanctions sont donc purement nationaux. L'avocat avait fait ses remarques à l'occasion d'un litige portant aux Etats-Unis sur la reconnaissance de la décision française, le débiteur du jugement cherchant à obtenir, pour des raisons tactiques, une déclaration du juge américain constatant que le jugement français ne pouvait sortir d'effet aux Etats-Unis, dont il violait certains principes fondamentaux. L'avocat s'étonnait de cette démarche, puisque il n'avait pas l'intention d'obtenir l'exécution de la décision aux US, interview de mai 2001, disponible sur [www.legalis.net].

¹³³² Sur la reconnaissance d'une décision prononçant une astreinte, v. art. 49 du Règlement 44/2001.

¹³³³ Sur les méthodes permettant d'assurer l'effectivité des injonctions non-pécuniaires en droit belge, v. E. LEROY, rapport inédit précité, 51-56.

¹³³⁴ V. p.ex. H. L. G. DIJKSTERHUIS-WIETE, "Grenzeloze onrechtmatigheid - de rol van de president in kort geding", in *Liber amicorum P. Meijerrecht. Van Nederlands naar Europees procesrecht?*, E. H. HONDIUS (éd.), Deventer, Kluwer, 2000, (65), 67 (l'auteur observe que "Wanneer een Nederlands kort geding vonnis, dat in het buitenland zijn effect moet hebben en waarin een dwangsom is opgelegd, door de gedaagde niet wordt nageleefd, kan de eiser hem immers onder druk zetten door de dwangsom in Nederland te executeren, mits gedaagde vermogensbestanddelen in Nederland heeft"). V. également X. E. KRAMER, *Het kort geding in internationaal perspectief*, Deventer, Kluwer, 2001, 29-30 et 53. Cet auteur explique cependant qu'il n'est pas habituel en droit allemand de renforcer la décision au moyen d'une astreinte (p. 73).

313. Une question de principe – La ‘construction’ d’une injonction à la belge ou à la française ne pose pas de difficultés insurmontables.¹³³⁵ Reste la question, essentielle, de savoir si et dans quelles situations le juge belge ou français se permettrait d’ordonner à une partie de mettre fin à une procédure étrangère. Sur la question de principe, il est permis d’être bref : nous ne pensons pas que les tribunaux franchiront d’eux-mêmes le Rubicon pour rejoindre le camp des adeptes de l’injonction *anti-suit*. Sans une (hypothétique) intervention du législateur, on peut avancer sans trop de risque que l’arme de l’injonction demeurera une simple idée sans trouver concrétisation.¹³³⁶

L’introduction d’une telle arme ‘nucléaire’ de la procédure jure par trop avec la réserve qu’observent ces tribunaux. Au surplus, une telle innovation se révélerait à notre sens peu judicieuse – principalement en raison des nombreux doutes déjà exprimés sur l’efficacité de l’interdiction de procéder. Si chaque Etat prétend utiliser l’injonction, on risque vite de plonger dans le chaos judiciaire! Il est sans doute des solutions moins agressives pour répondre aux tentatives d’abus de certaines parties. L’idée d’importer sur le continent l’injonction *anti-suit* pourrait bien être celle d’apprenti sorciers du droit comparé, qui se retrouveront vite dépassés par leur création. Avant d’envisager une telle solution, il faudrait en effet éclaircir les circonstances qui justifieraient le recours à cette arme. Et même si un tel travail devait porter ses fruits, encore faudrait-il constater que l’interdiction de procéder a son avenir derrière elle. C’est ce que nous allons voir dans la section suivante.

2. L’INTERDICTION DE PROCEDER, UNE MESURE EN VOIE DE DISPARITION

314. Introduction - Les efforts d’une certaine doctrine visant à convaincre les tribunaux continentaux d’adopter la ‘méthode anglaise’ pour résoudre les conflits de procédures n’ont pas (encore) abouti. Eussent-ils été couronné de succès qu’il faudrait apporter un important bémol à la possibilité de recourir à l’interdiction de procéder. Il ne fait en effet pas de doute qu’il n’y a pas de place pour un tel mécanisme au sein de l’espace judiciaire européen. Que ce soit en matière civile et commerciale ou pour le contentieux du divorce, les règlements de Bruxelles I et de Bruxelles II ne peuvent s’accommoder de la revendication unilatérale du pouvoir régulateur de la compétence

¹³³⁵ Comme l’explique de façon générale M. Legrand, l’importation de l’injonction *anti-suit*, institution typiquement anglaise, en droit français ou belge n’ira pas sans une certaine transformation du mécanisme pour l’adapter aux réalités locales. On pense par exemple au remplacement des sanctions du contempt of court, inconnues des droits civils, par l’astreinte. Cette substitution témoigne de la nécessité d’inscrire l’injonction dans les mécanismes privilégiés de la culture juridique locale. On peut se demander si au-delà de cette acculturation de l’institution importée, l’exportation d’une figure juridique est possible. Pour le débat, v. P. LEGRAND, « The Impossibility of Legal Transplants », *Maastricht J. Eur. L.*, 1997, 111 e.s. et « European Legal Systems Are Not Converging », *I.C.L.Q.*, 1996, 52 e.s. et l’étude fondatrice de A. WATSON, *Legal Transplants : an Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974, 106 p. – parue à nouveau sous le même titre : Athens, Georgia Univ. Press, 2ème éd., 1993, 121 p. Adde P. LEGRAND, “L’hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité)”, *Arch. Phil. Droit*, 2001, 37-41.

¹³³⁶ On ne peut cependant exclure qu’un tribunal se serve de l’astreinte pour arriver à un résultat comparable à celui visé par l’interdiction de procéder. La Cour d’Appel de Bruxelles a par exemple assorti d’une forte astreinte une décision confirmant que la garde d’un enfant revenait à son père (Bruxelles, 26 avril 1990, *R.T.D.F.*, 1990, 368). Le but inavoué était sans doute d’inciter au moins indirectement le débiteur du jugement à ne pas tenter de remettre celui-ci en question, en introduisant une nouvelle demande en France. Cette décision se comprend au vu des antécédents de la cause, les deux époux ayant croisé le fer judiciaire à de nombreuses reprises tant en Belgique qu’en France, ce qui avait donné lieu à des décisions en sens divers. Comme le souligne M. Fallon, “if the policy of daily fine were to become general, it would effectively prevent the other party from afterwards applying to a foreign court” (“Belgium”, in *Dedining Jurisdiction*, (99), 117).

internationale que constitue l'injonction *anti-suit*. Une large partie du contentieux international échappe ainsi à l'emprise de l'interdiction de procéder, dont le champ d'application se trouve confiné aux relations extra européennes.¹³³⁷

C'est ce que nous vérifierons, par acquit de conscience, pour le Règlement de Bruxelles I, la conclusion étant d'emblée acceptée par une doctrine majoritaire.¹³³⁸ La démonstration vaut *mutatis mutandis* pour le règlement de Bruxelles II, dont l'enjeu ne nous paraît pas différent.

Dans un deuxième temps, et pour prolonger cette démonstration, nous examinerons quelques tendances récentes de la doctrine et de la jurisprudence de *common law*, qui témoignent du même souci de réduire encore l'espace disponible à l'interdiction de procéder. Considérés dans leur ensemble, ces éléments font à notre sens de l'injonction *anti-suit* une espèce en voie de disparition.

(A) Incompatibilité de l'interdiction de procéder avec l'espace judiciaire européen

315. Un espace judiciaire unifié réfractaire à l'interdiction de procéder - Une lecture, même rapide, du texte de la Convention de 1968, ne fait apparaître aucune allusion, même indirecte, à l'interdiction de procéder. Ceci ne doit pas étonner, puisque les six pays fondateurs de l'espace judiciaire européen ne connaissaient pas cette institution. Il n'en a pas plus été question lors de l'accession du Royaume-Uni à la Convention - du moins le rapport *Schlösser* est-il muet sur la question.

¹³³⁷ Cf. *infra* sur l'impact de la Convention de La Haye et sur les relations avec les pays tiers.

¹³³⁸ H. VAN HOUTTE, "A propos des injonctions anti-suit et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, M. - T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, (147). M. Schlösser indique que les "Anti-suit injonctions gegen Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat verstoßen daher im allgemeinen gegen den europäischen ordre public", *EuGVÜ*, München, Beck, 1996, 155 (Art. 27-29, § 5) et déjà du même, *Justizkonflikt*, 1985, 37; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1998, 299 ("unzulässig"); H. MUIR WATT, compte-rendu de l'ouvrage de M. Requejo Isedro, *Proceso en el extranjero y medidas anti-proceso*, R.C.D.I.P., 2001, (595), 596 ("On ne peut qu'adhérer à la conclusion selon laquelle le mécanisme des injonctions anti-suit s'insère difficilement dans le contentieux intra-communautaire"); E. JAYME et CH. KOLHER, "Europäisches Kollisionsrecht 1995 - Der Dialog der Quellen", *IPRax*, 1995, (343), 351 (selon qui les injonctions sont "konventionswidrig"); des mêmes, "Europäisches Kollisionsrecht 1994 : Quellenpluralismus und offene Konflikte", *IPRax*, 1994, (405), 412; S. O'MALLEY et A. LAYTON, *European Civil Procedure*, Londres, Sweet & Maxwell, 1994, § 1.51 - 1.52 (anti-suit injonctions ne sont pas admissibles); A. BELL, "Anti-suit injunctions and the Brussels Convention", *L.Q.R.*, 1994, (204), 208-209 ("it is difficult to imagine that the European Court of Justice would be sympathetic to the use of a jurisdictional weapon such as the anti-suit injunction which has the potential to overpower the allocation of jurisdiction which the Brussels Convention enshrines"); P. ROGERSON, "English Interference in Greek Affairs", *Cam L. J.*, 1994, (204), 243-244; O. LANDO, "Being First : On Uses and Abuses of the Lis Pendens under the Brussels Convention", in *Modern Issues in European Law : Nordic Perspectives. Essays in Honor of L. Palsson*, G. MELANDER (éd.), Norstedts Juridisk, 124; H.-P. MANSEL, "Grenzüberschreitende Prozeßführungsverbote (antisuit injunctions) und Zustellungsverweigerung", *ZEuW.*, 1996, (335), 337-338; H. SCHACK, "Germany", *Determining Jurisdiction*, (189), 204; id., *IZVR*, 1996, 304, n° 773 ("ungehörig"); L. J. SMITH, "Antisuit Injunctions, Forum non conveniens und International Comity", *R.I.W.*, 1993, (802), 808. W. HAU, "Zustellung ausländischer Prozeßführungsverbote...", *IPRax*, 1997, (161), 163 ("unvereinbar"); du même, *IPRax*, 1996, (44), 46; du même, 217-219 (mais l'auteur réserve la possibilité d'une injonction à l'égard de procédures dans les pays tiers); J.J. FAWCETT, "General Report", in *Determining Jurisdiction*, (1), 63 ("It looks to be wrong in principle for an English court to grant an injunction restraining foreign proceedings in another western European State, when that State has been allocated jurisdiction under the Brussels and Lugano Convention"); Y. DONZALLAS, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Berne, Staempfli, II, 1997, 480, n° 3007 (l'injonction anti-suit "contrevient de manière claire aux mécanismes essentiels mis en place par le traité"); T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Klostermann, Frankfurt aM, 1995, 778-779; M. MAACK, *Englische antisuit injonctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, 2000, 163-183; A. NUYTS, 401-407; W. MATHER, "Antisuit Injunctions und die Europäischen Gerichtsstandsübereinkommen : Die englische Sichtweise", *Forum Int'l*, 1996, 76-80.

La question de la compatibilité de l'injonction *anti-suit* avec la Convention ne s'est posée qu'une fois que les plaideurs eurent pris conscience des possibilités qu'offraient le régime européen en termes de forum shopping. C'est à partir des années 1990 que les tribunaux anglais furent confrontés à des procédures engagées dans d'autres Etats contractants qui appelaient à leurs yeux une sanction immédiate. Comme on l'a déjà vu, c'est la conduite d'une procédure en violation (apparente) d'une clause d'élection de for qui a révélé le problème. La Cour d'Appel a en 1994 ouvert les hostilités en ordonnant à une partie de mettre fin à une procédure dont elle avait saisi les tribunaux grecs.¹³³⁹

Cette décision, et celles qui ont suivi, ne se sont guère préoccupées de la question de savoir si le recours à l'injonction *anti-suit* contrevenait aux fondements de l'espace judiciaire européen. La Cour d'Appel n'a même pas abordé la question dans l'affaire *Continental Bank*, et n'a par conséquent pas envisagé d'interroger la Cour de Justice à ce sujet. Les esprits étaient à l'époque tout entier fixés sur la question des relations entre le mécanisme de la litispendance et d'une clause d'élection de for, la solution que les tribunaux entendaient appliquer à la violation de cette dernière restant dans l'ombre. Ce n'est qu'avec la multiplication des espèces, la jurisprudence atteignant une certaine masse critique, que les premiers doutes vinrent s'installer dans l'esprit des juges anglais.

Dans le même temps, le recours à l'injonction fut étendu à d'autres situations que celles mettant en jeu la violation d'une clause d'élection de for. Dans l'affaire *Grovitt* déjà évoquée (*supra*, n° 204), il s'agissait ainsi d'un litige opposant un juriste d'entreprise à son ancien employeur à qui il reprochait de l'avoir attiré devant le juge espagnol dans le seul but de le harceler – ce que confirmait le montant extrêmement élevé des dommages et intérêts réclamés par l'employeur, qui n'avaient, comme le souligne M. *Hartley*, aucun rapport avec le préjudice prétendument subi.¹³⁴⁰

316. Les hésitations de la jurisprudence anglaise - Force est de constater que le droit anglais souffre aujourd'hui d'une ambiguïté certaine et d'un manque de lisibilité. D'une part la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Continental Bank* n'a pas (encore) directement été remise en question. Et, comme nous l'avons déjà expliqué, d'autres tribunaux se sont engagés dans la même voie, en sanctionnant au moyen d'une injonction la violation d'une clause d'élection de for (*supra* n° 166). D'autre part, d'autres décisions ont mis en doute la possibilité d'avoir recours à l'injonction *anti-suit* dans le cadre de l'espace judiciaire européen – même si cette remise en question se fit souvent à demi-mot.¹³⁴¹

¹³³⁹ *Continental Bank NA v Aeolos Cia Naviera SA*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 505 (C.A.), *supra*, n° 166.

¹³⁴⁰ M. *Hartley* note que la demande formulée par l'employeur "on any view of the facts, would seem to have been intended more to overawe and frighten the defendant than to constitute a genuine estimate of the loss suffered" (*I.C.L.Q.*, 2000, (166), 167).

¹³⁴¹ P. ex. la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire *Fort Dogde, Fort Dodge Animal Health, Ltd. et al. v Akzo Nobel N.V. and Intervet International B.V.*, [1998] FSR 222. Sur cette affaire, v. I. KARET, "Suit. Anti-Suit", *E.I.P.R.*, 1998, 76-81. En l'espèce, l'injonction sollicitée visait une procédure dont étaient saisi les tribunaux des Pays-Bas, qui portait sur la contrefaçon alléguée d'un brevet. Le juge Laddie refusa l'injonction dans des attendus qui ne laissent que peu de place au mécanisme lorsque le for étranger est celui d'un Etat contractant. Il expliqua notamment qu'enjoindre le défendeur reviendrait à dire que "the Dutch courts' interpretation of the Convention is wrong and that they cannot be trusted to mend their ways in the future". Il poursuivit en expliquant qu'on lui demandait de "impose an English courts' construction on foreign proceedings by removing from the jurisdiction of the Dutch courts any litigant who seeks to advance an argument which is inconsistent with the petitioners' views of what the Convention means". Le juge répéta plusieurs fois qu'il s'agissait d'une question de confiance et qu'enjoindre serait avouer que les tribunaux des Pays-Bas ne méritent pas cette confiance. Le juge résume sa pensée sur la question dans un attendu fort : "What I am being asked to do is to impose my view of the

Les rebondissements judiciaires de l'affaire *Groot* illustrent bien l'ambivalence de la jurisprudence. En première instance, le juge refusa de donner suite à la demande d'injonction de l'ex-employeur.¹³⁴² Les attendus de cette décision ne laissent peser aucun doute sur l'incompatibilité entre l'interdiction de procéder et le régime conventionnel. Le juge expliqua en effet que "le principe qui est au coeur de la Convention veut que les tribunaux des autres Etats contractants doivent être présumés, par mesure de confiance, être capables de rendre des décisions justes et dont on peut espérer qu'elles seront correctes. Il serait contradictoire avec ce principe pour les tribunaux d'un Etat A de décider anticipativement si les tribunaux de l'Etat B sont compétents pour statuer sur une cause".¹³⁴³ Ce faisant le tribunal semble exclure tout recours au pouvoir injonctif entre Etats contractants.

En appel la Cour est cependant revenue sur cette décision et a ordonné la cessation de la procédure étrangère parce que celle-ci n'avait pour seul but que de mettre l'adversaire en difficulté.¹³⁴⁴ La Cour n'a laissé aucun doute sur sa position, en notant que "lorsqu'un tribunal d'un Etat contractant a été saisi dans le seul but de harceler une partie qui a fait appel aux tribunaux anglais, ceux-ci peuvent interdire par le biais d'une injonction, au demandeur à l'étranger, de poursuivre la procédure étrangère".¹³⁴⁵ La Cour prit certes soin d'expliquer que l'injonction "ne traduit en aucune manière un manque de respect pour les tribunaux espagnols" et "qu'il est bien sur évident qu'il n'est pas question d'obliger ces tribunaux à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose".¹³⁴⁶ Toujours est-il que le défendeur se vit interdire de poursuivre la procédure engagée devant les tribunaux espagnols, alors même que ceux-ci ne s'étaient apparemment pas encore prononcé ni sur leur compétence, ni sur l'exception de litispendance qu'ils auraient normalement dû accueillir.¹³⁴⁷ La Chambre des Lords, à qui l'affaire fut ensuite soumise, eut l'intelligence

construction of the Convention on the Dutch courts. I do not think that that would be an appropriate course to adopt. [...] If it were open for one national court to restrain a party from seeking relief from another on the basis that the one did not think that the other would get the law right, why could there not be a counter-counter injunction?" Remarquons que si l'argumentation du juge ne semble pas laisser de place à l'injonction dans le cadre de la Convention, il ne va pas jusqu'à en exclure absolument la possibilité. D'autant plus qu'il réserve le cas de la violation d'une clause d'élection de for, qui selon lui est soumis à d'autres considérations. En appel, la Cour fut plus prudente puisque si elle refusa l'injonction, elle se reconnut toutefois compétente en principe pour accorder une interdiction de procéder et ne renonça à exercer cette compétence que parce qu'elle reconnut que les dispositions de la Convention pouvaient faire l'objet d'interprétations divergentes et qu'il appartenait à la Cour de Justice de trancher. Les conclusions de la Cour d'Appel se lisent comme autant d'admonestations dirigées à l'encontre du tribunal néerlandais, l'enjoignant de ne rien entreprendre avant la décision de la Cour de Justice.

¹³⁴² *Turner v Groot et al.*, [1999] 1 All ER (Comm) 445.

¹³⁴³ "the principle at the very heart of the Convention is that the Courts of foreign Convention States must be trusted to render proper, competent and therefore hopefully correct decisions. It would be inconsistent with that principle for the courts of State A to make a pre-emptive decision on whether the courts of State B have jurisdiction over a claim". Le juge expliqua également qu'enjoindre le défendeur serait "wrong in principle" et que ce principe s'applique même "if the courts of Convention State A were to consider it clear beyond serious argument that the courts of Convention State B have no jurisdiction". Le tribunal conclut que "it would be wrong for a court by injunction to prevent a claimant from proceeding in any other forum also permitted to him by the Convention". Notons cependant que le juge réserve également le cas d'une violation d'une clause d'élection de for, qui pourrait donner lieu à d'autres conclusions.

¹³⁴⁴ *Turner v Groot*, [2000] 1 QB 345, [1999] 1 All ER 616, [1999] 3 W.L.R. 794, [1999] ILPr 656 (C.A.).

¹³⁴⁵ "I entertain not the slightest doubt but that, were the English court to find that proceedings had been launched in another Brussels Convention jurisdiction for no purpose other than to harass and oppress a party who is already a litigant here, the English court possesses the power to prohibit by injunction the plaintiff in the other jurisdiction from continuing the foreign process" : [2000] 1 QB 345, 357.

¹³⁴⁶ L'injonction "entails not the slightest disrespect to the Spanish court. It is of course elementary that there is no question of our requiring that court to do or refrain from anything" : [2000] 1 QB 345, 364.

¹³⁴⁷ A la décharge de la Cour d'Appel on peut noter que la procédure espagnole avait en l'espèce tout d'une manoeuvre dilatoire visant à épuiser les ressources d'un adversaire moins fortuné. La décision de la Cour d'Appel

d'en référer à la Cour de Justice. Elle ne fit toutefois pas mystère de sa position, laissant clairement entendre qu'à ses yeux il n'y a pas incompatibilité entre l'injonction et les principes qui régissent l'espace judiciaire européen.¹³⁴⁸

Les hésitations de la jurisprudence se reflètent également dans les écrits des auteurs anglais : alors que certains excluent d'emblée le recours au pouvoir injonctif lorsque la Convention s'applique,¹³⁴⁹ d'autres sont plus réservés et, tout en soulignant que le recours à l'injonction doit rester exceptionnel, se refusent d'exclure catégoriquement la possibilité d'exercer le pouvoir d'injonction à l'encontre d'une procédure pendante dans un autre Etat contractant.¹³⁵⁰

anglaise apparaît toutefois pour le moins prématurée. Sur les lacunes de la Convention pour réprimer les tentatives d'abus de procédure, v. H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu gén. Procédures*, 1999, 760-763.

¹³⁴⁸ V. les §§ 30 et suivants du speech de Lord Hobhouse, *Turner et al. v Grouit*, [2001] UKHL.

¹³⁴⁹ P. ex. CHESHIRE et NORTH, *Private International Law*, Butterworths, Londres, 1992, 251 (ces auteurs conseillent d'exclure sans plus l'injonction lorsque la Convention de Bruxelles est applicable. Après avoir expliqué que lorsque la Convention est applicable, le juge anglais sera le plus souvent incompétent pour décerner une telle injonction, ils soulignent que même lorsqu'il est compétent pour ce faire, "the discretion should be exercised against the grant of an injunction restraining proceedings in another Contracting State where that State has jurisdiction under either of the Conventions. [...] [I]t would be contrary to the spirit of each Convention for a court in another Contracting State to that Convention to interfere, albeit indirectly, with this", cf. les nuances dans la 13^{ème} éd., 1999, de l'ouvrage, pp. 269-272); J. HILL, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, Londres, 1994, 596 ("The grant of an antisuit injunction by the English court [...] is inconsistent with the principles on which the convention is founded"); P. STONE, *The Conflict of Laws*, Longman, NY/Londres, 1995, 157 ("It seems clear that it would be contrary to the 1968 Convention [...] for an English court in any circumstances to restrain by injunction the continuance of proceedings in another Contracting State in respect of a matter within the material scope of the Convention"); P. KAYE, *Law of the European Judgments Convention*, Chichester, Barry Rose, 1999, 2479-2480, ("[...] the idea that there is nothing in the Convention which is inconsistent with at least the exercise - if not also the existence - of the ordinary English power to restrain foreign (Contracting States) proceedings, albeit by injunction in personam against the plaintiff abroad rather than against the foreign court itself, is somewhat inaccurate. The whole system of the Convention is based upon absolute mutual respect for foreign Contracting States' proper adherence to convention jurisdiction", et plus loin : "within the Convention system it is submitted that its exercise against a foreign Contracting State's proceedings on jurisdiction grounds, in order to compel obedience to a jurisdiction clause considered valid by the chosen forum but not so in the foreign court, would be entirely repugnant to the very structure of the Convention"); C. WADLOW, *ac*, Sweet & Maxwell, 1998, 510-512 (l'auteur rappelle que l'injonction est contraire aux principes mêmes de la Convention de Bruxelles, mais souligne que cette vision des choses n'est pas partagée par les tribunaux anglais et que dès lors, "In England, the current state of the law is that anti-suit injunctions are believed to be consistent in principle with the Brussels Convention, at least in some circumstances", p. 510, n° 8-60 - il semble également reconnaître la possibilité d'une injonction lorsque le tribunal étranger assume sa compétence en violation de l'article 16, p. 511, n° 8-61); A. BRIGGS, "Restraint of Foreign Proceedings", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1987, (391), 399 ("There is no power - surely? - to order injunctions against plaintiffs proceeding in the courts of a Contracting State in a cause within the scope of the Convention"), du même, *The Conflict of Laws*, 2002, 88-89 ("In the end, it is most unlikely that this dramatic and interventionist remedy, no matter how commercially useful it is, will withstand the scrutiny of the European Court. For even if it does not actually violate Article 27, such injunctions show scant respect for the principle of mutual trust in the administration of justice in the Community[...]"), et p. 111).

¹³⁵⁰ S. MALES, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1998, 551-552 (*M. Males* n'exclut pas totalement les injonctions dans les relations intra-européennes lorsqu'il y a violation d'une clause d'élection de for, mais paraît les exclure dans les autres cas de figure à la note 41); P. B. CARTER pose la question de savoir si "the special relationship between Member States additionally requires that the actual exercise of jurisdiction to grant an anti-suit injunction be limited if the suit involved is a suit in a court of another Member State" sans vraiment y répondre, et sans exclure tout à fait la possibilité, mais en reconnaissant que de facto puisque les injonctions ne seront probablement pas reconnues, elles ne sont pas très utiles (*l.c.*, 1997, 17); T. C. HARTLEY, "Brussels Jurisdiction and Judgments Convention : Jurisdiction Agreements and Lis Alibi Pendens", *Eur. L.R.*, 1994, (549), 551-552; Dicey et Morris, 13^{ème} éd., 2000, 49; L. COLLINS, *Civil Jurisdiction and Judgment*, Londres, Butterworths, 1982, 46 (injonctions sont possibles); W. KENNET, "Les injonctions anti-suit", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, M.-T. CAUPAIN et G. DE LEVAL (éds.), Bruxelles, Larcier, 2000, (133), 141-144: l'auteur rappelle qu'il n'est pas fréquent qu'une injonction soit dirigée contre un juge européen, sauf dans le cas d'une violation d'une clause d'élection de for, mais ne prend pas position ferme contre l'injonction.

Ces hésitations, dont on peut espérer qu'elles ne sont que le symptôme tout provisoire de la difficile adaptation des juges anglais au système de la Convention,¹³⁵¹ n'ont pas lieu d'être. Il ne fait en effet selon nous pas de doute que le mécanisme même de l'injonction *anti-suit* est incompatible avec les fondements de l'espace judiciaire européen, et ce même lorsqu'il s'agit de remédier à un abus flagrant de procédure comme dans l'affaire *Grovit*.

317. L'injonction viole la lettre et l'esprit de l'espace judiciaire européen - Ce sont tout d'abord les dispositions mêmes de la Convention qui s'opposent dans certains cas aux prétentions des tribunaux anglais désireux de mettre fin à une procédure étrangère.¹³⁵² Lorsque celle-ci a déjà été entamée, comme c'était le cas dans l'affaire *Continental Bank*, la litispendance européenne impose aux juges anglais de s'abstenir de toute intervention. Les juridictions anglaises ont contourné l'obstacle en niant qu'il y ait identité entre une demande au fond et l'action visant à obtenir une injonction.¹³⁵³ On peut douter de la justesse de cette interprétation au vu de la jurisprudence de la Cour de Justice (*infra*, n° 478).

Quoi qu'il en soit de la portée exacte de l'article 21, il est permis de penser que la Convention s'oppose à l'exercice du pouvoir d'injonction même lorsque le for de l'injonction a été saisi en premier. L'économie de l'espace judiciaire européen ne saurait tolérer qu'un Etat s'arroge le droit de dicter aux tribunaux d'un autre Etat contractant la conduite qu'ils doivent suivre. Une telle intervention supposerait en effet que le for de l'injonction procède à l'examen de la compétence du for étranger, pour accorder l'injonction lorsqu'il s'avère que ce dernier a usurpé sa compétence. Or le système conventionnel a radicalement limité la possibilité pour un juge d'examiner la compétence d'un autre au regard de la Convention. Cette limitation vaut tant pour l'instance directe¹³⁵⁴ que pour l'instance indirecte,¹³⁵⁵ de sorte qu'on peut parler de *principe général* de la Convention.¹³⁵⁶

Le moins que l'on puisse dire c'est que l'injonction *anti-suit* est en contradiction avec ce système. Si la Convention repose sur l'interdiction de contrôler la compétence du juge

¹³⁵¹ M. HARTLEY parle à cet égard de "fundamental clash of values" (*loc. cit.*, I.C.L.Q., 2000, 166). Sur le même thème, v. H. MUIR WATT, *Reu gén. Procédures*, 1999, spéc. 754-760 et en général K. VON RÖNN, *Die Anwendung des europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens in Vereinigten Königreich*, Frankfurt aM, 1996, 156 p.

¹³⁵² Nous faisons l'impasse sur la question de savoir si une demande d'injonction concerne la matière "civile et commerciale" visée à l'article premier de la Convention. Pour une réponse positive, cf. *The Eras EIL Actions*, [1995] 1 Lloyds Rep (64), 77 ainsi que, dans le cadre de la Convention de La Haye de 1965, W. HAU, "Zustellung ausländischer Prozessführungsverbote...", *IPRax*, 1997, (161), 162. Nous n'aborderons pas non plus la question de savoir si une demande d'injonction *anti-suit* peut être qualifiée de mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'article 24 de la Convention, sur ce point v. la réponse négative de Briggs et Rees, 1997, 266-267, n° 5.25 et celle de C. KESSEDIAN, Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé, Doc. Prél. N° 10, 5, note 11.

¹³⁵³ *Continental Bank NA v Aecon SA* [1994] 1 WLR 588; *Bank of Scotland v Banque Nationale de Paris*, [1996] I.L.Pr 668; *Toepfer International GmbH v Molino Boschi Sarl* [1996] 1 Lloyd's Rep. 510. En ce sens également C. WADLOW, *ac.*, 1998, 512, n° 8.63. *Comp.* BRIGGS et REES, 1997, 143-144, n° 2.204 (ces auteurs suggèrent que l'article 21 s'applique dans cette situation). *Adde* le § 33 du speech de Lord Hobhouse dans l'affaire *Turner et al. v Grovit*, [2001] UKHL.

¹³⁵⁴ La règle de litispendance interdit selon la Cour au juge second saisi de contrôler la compétence du juge premier saisi, sauf le cas exceptionnel d'une application de l'article 21 à une situation où le juge premier saisi n'était pas encore lié par la Convention lors de sa saisine, v. C.J.C.E., 9 oct. 1997, *von Horn c. Cimmamond*, aff. C-163/95, *Rec.*, 1997, I-5451.

¹³⁵⁵ L'article 28 [devenu l'article 35 du Règlement] énumère strictement les règles de compétence dont le juge requis peut contrôler le respect. Cette disposition précise également que le juge requis ne peut sous le couvert de l'exception d'ordre public, contrôler la compétence du juge d'origine.

¹³⁵⁶ Pour le règlement dit de Bruxelles II, v. l'article 17.

étranger, comment imaginer qu'elle puisse tolérer, sinon autoriser un tribunal à perturber le déroulement d'une procédure étrangère par le biais d'une injonction ?¹³⁵⁷ Le paradoxe veut que la violation soit d'autant plus flagrante lorsque l'injonction intervient *avant* que le juge étranger n'ait examiné sa compétence, comme dans l'affaire *Continental Bank* – alors que c'est dans ces situations que l'injonction est dite avoir atteint son véritable but, à savoir couper l'herbe sous le pied du demandeur à l'étranger avant que le défendeur n'ait dû exposer des frais pour organiser sa défense.¹³⁵⁸

318. L'injonction viole la confiance mutuelle et l'égalité entre tribunaux - Il y a plus. L'affaire *Groot* a montré que l'injonction ne visait pas seulement à réprimer l'exercice illégitime d'une compétence dans le chef du tribunal étranger, comme c'est le cas lorsque le juge anglais entend protéger la compétence que lui confère une clause d'élection de for. Elle peut également s'attaquer à l'abus de procédure que constitue la saisine du juge étranger, sans qu'il soit question d'usurpation de compétence dans le chef de ce dernier.¹³⁵⁹ L'argument tiré de l'interdiction du contrôle de la compétence du juge étranger n'est alors certes plus décisif. Et il sera des cas où l'on ne peut nier l'existence de l'abus que l'injonction entend réprimer.

Même dans ces cas, l'injonction *anti-suit* encourt toutefois le grief de "subversion des mécanismes conventionnels".¹³⁶⁰ L'esprit de confiance mutuelle qui anime la Convention veut en effet que les tribunaux d'un Etat présument de façon irréfragable que les tribunaux des autres Etats contractants appliqueront correctement la Convention. Chaque juge est seul maître à bord, sauf à réserver un contrôle éventuel par la Cour de Justice.¹³⁶¹ L'égalité absolue entre les tribunaux nationaux – la 'permutabilité' selon l'expression allemande – a permis d'alléger considérablement le contrôle des décisions étrangères et d'arriver ainsi à la libre circulation des jugements. Une fois ceci acquis, il est facile d'accepter qu'il n'y a en principe pas de place dans le système conventionnel pour une intervention d'un tribunal dans la procédure menée par un autre, fut-ce pour combattre un abus.¹³⁶² Le seul recours ouvert à la partie lésée est de combattre la procédure litigieuse sur son propre terrain, en utilisant les ressources de la procédure nationale, y compris les voies de recours et éventuellement l'aide interprétative de la Cour de Justice.

¹³⁵⁷ Question que se pose C. WADLOW, *ac*, 1998, 510, n° 8.59.

¹³⁵⁸ A cela, la Chambre des Lords a répondu que l'injonction ne vise pas le tribunal étranger et ne lie pas celui-ci, mais concerne seulement le caractère abusif du comportement du défendeur (§§ 34 et suivants du speech de Lord Hobhouse, *Turner et al. v Groot*, [2001] UKHL). On retrouve la fable du caractère *in personam* de l'injonction, à laquelle s'accroche la Cour mais qui est loin de convaincre.

¹³⁵⁹ Et pour cause, le tribunal espagnol ne s'étant pas encore prononcé sur sa compétence !

¹³⁶⁰ H. MUIR WATT, *Lc*, *Reu Gén. Procédures*, 1999, 760.

¹³⁶¹ V. en ce sens, C. WADLOW, *ac*, 1998, 510, n° 8.59 ("The underlying policy of the Brussels Convention is undoubtedly one of 'full faith and credit' between the member states : the courts of different contracting states should trust one another and if a court errs in the application of the Convention, recourse should be to a higher court in the same state and eventually to the European Court of Justice. Any other procedure risks compromising the principle of legal certainty which is at the root of the Convention"). V. également les observations du juge Laddie dans l'affaire *Fort Dodge* déjà évoquée : "Both the Dutch court and this court are seeking to implement the provisions of the Convention. Neither has a bigger say than the other as to which construction is right. The ultimate court for determining that is the European Court of Justice. It is that court, not his, which can tell the Dutch courts - and us - what is the correct construction".

¹³⁶² La Chambre des Lords propose une autre vision de l'injonction, puisqu'elle explique à l'intention de la Cour de Justice que le for de l'injonction ne prétend pas apprécier la nature de la procédure engagée devant le tribunal étranger, mais seulement la qualité du comportement du défendeur et ses conséquences sur la procédure pendante en Angleterre : §§ 37 et suivants du speech de Lord Hobhouse, *Turner et al. v Groot*, [2001] UKHL.

On conçoit que cette rigidité paraisse néfaste à certains. M. *Hartley* en particulier a montré que s'il comprenait les arguments 'systémiques' invoqués pour bannir l'injonction *anti-suit* de l'espace judiciaire européen, il leur préférerait le souci de protéger les justiciables contre des situations abusives.¹³⁶³ Avouons que son analyse séduit, parce qu'il peut y avoir quelque chose d'injuste à forcer une partie à se défendre devant un juge dans une procédure que l'on sait être abusive. Le recours à l'injonction permettrait au contraire une intervention directe, sans être dépendant du tribunal et des aléas de la procédure étrangère. En outre on ne peut qu'admirer la réserve des tribunaux anglais, qui n'ont certainement pas abusé de l'injonction, la réservant aux cas d'abus les plus flagrants. Comme le note Mme. *Muir Watt*, l'observateur continental pourra dans la plupart des cas souscrire à l'objectif poursuivi par le for de l'injonction qui n'est ni purement chauvin, ni exclusivement protectionniste.¹³⁶⁴

En définitive, la question ne concerne donc qu'un nombre limité de cas, et ne remettra pas en cause le bon fonctionnement de la Convention.¹³⁶⁵ Il demeure que pour toutes les raisons évoquées, le mécanisme de l'injonction *anti-suit* est en contradiction flagrante avec les règles conventionnelles. Lord Goff lui-même a donné une indication en ce sens dans l'affaire *Airbus*. Se penchant sur les conflits de compétence et de procédures, il distingue comme on l'a vu (*supra*, n° 9) l'approche européenne, qui repose sur l'existence de règles de compétence précises et une volonté d'éviter *ab initio* tout conflit en édictant des règles strictes de coordination, à l'approche des pays de *common law*, toute entière faite de mécanismes adoptés unilatéralement par les Etats. L'absence de coordination concertée explique selon le juge anglais l'inévitabilité du recours à l'injonction *anti-suit*, pour corriger certains excès. Il ajoute dans un passage décisif que, si l'approche continentale peut conduire dans certains cas à des résultats jugés malheureux, les juges anglais doivent l'accepter comme le prix à payer pour obtenir les bénéfices de la certitude et de la prévisibilité qu'engendre le système. On peut à notre sens lire dans ce passage un appel à mots couverts à remiser au placard l'injonction *anti-suit* dans le cadre de l'espace judiciaire européen.¹³⁶⁶ La condamnation de principe ne peut qu'aller de pair avec une invitation à remédier aux abus qui ont justifié aux yeux des tribunaux anglais l'octroi d'une injonction.¹³⁶⁷

319. Interdiction de l'injonction *anti-suit* dans l'espace judiciaire européen - La Convention de Bruxelles ne peut tolérer qu'un juge s'approprie le pouvoir de dicter,

¹³⁶³ *L.c.*, *I.C.L.Q.*, 2000, 166-171, spéc. 169-171.

¹³⁶⁴ H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu Gén. Procédures*, 1999, 759-760.

¹³⁶⁵ Les deux camps peuvent tirer argument du caractère exceptionnel de l'injonction, les uns pour souligner que son utilisation limitée ne remet pas en cause les fondements de l'espace judiciaire européen, les autres pour confirmer que le prix à payer pour faire triompher l'harmonie et le respect mutuel n'est pas élevé, puisque les intérêts des justiciables ne devront s'effacer devant ceux du système que dans des espèces exceptionnelles.

¹³⁶⁶ *Airbus Industrie GIE v Patel and others* [1998] 1 A.C. 119, 131-2, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 636 ("The judges of this country [...] have to accept the fact that the practical results are from time to time unwelcome"). Cette analyse du speech de Lord Goff est partagée par la doctrine anglaise, v. p. ex. R. ASARIOTIS, "Antisuit Injunctions for Breach of a Choice of Forum Agreement: A Critical Review of the English Approach", *Yearb. Eur. L.*, 1999-2000, (447), 461 selon qui le dictum de Lord Goff "appears to suggest that within the Brussels Convention framework, there is no legitimate rationale for the issue of antisuit injunctions" et A. BRIGGS, "Decisions of British Courts During 1998: Private International Law", *British Yearb. Int'l L.*, 1998, (332), 336 (l'auteur note que Lord Goff ne s'est pas directement prononcé sur cette question, mais que "the tenor of his Lordship's speech recognises that the Convention provides a different set of rules to govern a different world. There is nothing in the speech to support the view that an anti-suit injunction may ever be granted to affect proceedings before the courts of another Contracting State, and at least by implication, ground for thinking that this [...] peice of common law finds no place within the [...] framework of the Convention").

¹³⁶⁷ V. l'appel en ce sens de H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu Gén. Procédures*, 1999, 760-763, et particulièrement pp. 762-763 sur le demande de déclaration négative.

même indirectement, sa conduite à un autre. La nécessaire égalité entre tribunaux nationaux et la confiance mutuelle qu'ils se doivent plaident contre l'utilisation de l'injonction au sein de l'espace judiciaire européen. Cette conclusion ne doit pas cacher qu'il sera nécessaire de s'interroger sur les instruments permettant de combattre les abus que la pratique a révélés. Elle ne doit pas non plus empêcher les tribunaux anglais d'avoir recours à l'injonction pour mettre fin à une procédure engagée dans un Etat tiers. Il ne semble pas en effet que la Convention s'oppose à cette utilisation du pouvoir injonctif.¹³⁶⁸ C'est ainsi que dans l'affaire *Ultisol*, les tribunaux anglais ont interdit à une partie de saisir un tribunal d'un Etat non contractant en violation d'une clause d'élection de for désignant les juges anglais.¹³⁶⁹

Fondamentalement l'injonction *anti-suit* possède un caractère *unilatéral* irréductible à toute solution négociée. Toute convention établissant des règles de compétence partagées par plusieurs Etats suppose une relation d'égalité entre tribunaux nationaux. Celle-ci ne s'accommoderait pas de la hiérarchisation que sous-entend l'injonction, d'autant plus lorsque la majorité des Etats ne connaît pas le mécanisme, en laissant le privilège à une minorité. Au fond, l'injonction trouve sa source dans l'imperfection du contentieux international privé. C'est précisément l'absence de règles de compétence et de coordination acceptées par tous qui provoque des réactions aussi agressives que l'injonction, échappatoire de fortune dans l'attente de solutions plus perfectionnées. On doit dès lors se réjouir que les *Principes de Luxembourg-Londres* proposés par l'ILA excluent catégoriquement le recours à l'interdiction de procéder lorsque les deux Etats concernés sont liés par une Convention prévoyant des règles de compétence uniformes.¹³⁷⁰

La conclusion tirée pour la Convention de Bruxelles s'impose à notre sens également pour la future Convention de La Haye – du moins lorsque le juge étranger tire sa compétence d'un for blanc. On peut regretter que le projet de Convention ne précise pas ce point de façon expresse – l'expérience de l'espace judiciaire européen a montré qu'il était dangereux de se fier aux évidences.¹³⁷¹

¹³⁶⁸ En ce sens p.ex. LENENBACH, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.Q.*, 1998, 317; Dicey & Morris, 2000, 401; Cheshire et North, 1999, 272; W. HAU, 216. V. par exemple *The Eras EIL Actions*, [1995] 1 Lloyd's Rep 64 (le tribunal anglais déduit de l'article 6(1) de la Convention de Bruxelles sa compétence d'enjoindre une partie domiciliée dans un Etat membre de la Convention de ne pas procéder devant les tribunaux américains).

On notera que dans cette affaire les tribunaux européens étaient compétents puisque le défendeur était domicilié en Europe. On peut se demander s'il suffit à un justiciable d'invoquer la circonstance qu'il devrait être selon les règles européennes, assigné devant les tribunaux de son domicile, pour convaincre le for de l'injonction de décerner celle-ci. Un tel fondement paraît fort mince pour justifier une mesure d'interdiction, comme l'a d'ailleurs décidé la Cour in *The Eras EIL Actions*, [1995] 1 Lloyd's Rep 64, la Cour note que la Convention de Bruxelles ne vise à régler que les relations intra-européennes et que de plus, "it is not helpful to categorize commencement of a suit in a jurisdiction other than that laid down by the Convention as the invasion of a 'right' of a defendant in the traditional sense of that term", 76).

¹³⁶⁹ *Ultisol v Bouygues* [1996] 2 Lloyd's Rep. 140 et en appel *Bouygues Offshore SA v Caspian Shipping Co (Nos. 1, 3, 4 and 5)* [1998] Lloyd's Rep. 461 (C.A.).

¹³⁷⁰ Principe 7.1 et le commentaire p. 165.

¹³⁷¹ V. les Conclusions de la deuxième réunion de la Commission Spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Bureau Permanent, Doc. Préliminaire n° 12, août 1996, *Actes et Documents de la Dix-huitième Session*, I, Matières Diverses, SDU, La Haye, 1999, (184), 188 (qui mentionne que "les experts ont estimé que cette question, délicate en elle-même, nécessite une étude plus approfondie et qu'il ne convient donc pas, dans le cadre des travaux de la présente Commission, de se prononcer sur cette question"). Lors de la Commission diplomatique de juin 2001, il a été précisé que la disposition permettant à un juge de décliner sa compétence excluait la possibilité de faire appel au droit national sur ce point, on pourrait envisager le même type de disposition pour l'injonction anti-suit. V. aussi les remarques de C. Kessedjian, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Rapport n° 7, avril 1997, 33, n° 59 et de A. LOWENFELD, in *The The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments. Records of a Conference Held at New York University School of Law April 30-May 1, 1999*, A. F. LOWENFELD et L. J. SILBERMAN (éds.), Jurispublishing Inc., 2001, 90, qui explique que "the world envisioned in the proposed treaty cannot [...] be a

(B) Le déclin de l'interdiction de procéder dans le contentieux international privé

320. **Introduction – deux tendances récentes** - On a vu que l'existence de règles de compétence partagées par plusieurs Etats et, plus généralement, d'un accord du type de la Convention de Bruxelles, excluait le recours à l'injonction entre Etats contractants. Il est une autre constatation qui réduit également la place accordée à cette injonction dans le contentieux international privé.¹³⁷² Deux éléments appuient cette conclusion. Tout d'abord la jurisprudence, ayant pris conscience du caractère offensif du mécanisme, a développé une condition de *subsidiarité* qui en limite d'autant l'application (I). Cette condition a trouvé son point culminant dans l'affaire *Airbus*, où la Chambre des Lords a réitéré l'importance de la courtoisie internationale, dont l'injonction constitue sans nul doute une violation. Ensuite, les commentateurs se sont efforcés d'endiguer le recours à l'interdiction de procéder, en suggérant de nouvelles limites qui feraient de cette solution une véritable exception (II). Tous ces éléments convergent pour dessiner une tendance restrictive, qui pourraient bien faire de l'injonction *anti-suit* une espèce en voie de disparition...

I. Réserves de la jurisprudence : courtoisie et subsidiarité

321. **L'affaire *Airbus*, courtoisie internationale et devoir de réserve** - Si l'on fait exception du courant jurisprudentiel américain décrit ci avant (*supra*, n° 236), il semble que l'on puisse détecter une hésitation dans certaines décisions récentes, qui pourrait prélude d'une remise en question du pouvoir d'injonction ou du moins d'une plus grande circonspection dans son utilisation.¹³⁷³ La Chambre des Lords s'est récemment fait le porte voix de ces hésitations dans l'affaire *Airbus*, en insistant sur la nécessité de tenir compte des exigences de la courtoisie internationale (*'comity'*). La Haute Cour a mis en avant le devoir de réserve des tribunaux anglais (*'caution'*), ce qui en soi n'est pas nouveau. Au-delà de ce principe de prudence, c'est toute la teneur de la décision des juges anglais qui traduit une évolution des mentalités.

Cette évolution se traduit par le souci des juges de mettre en avant le devoir de *courtoisie* du for de l'injonction. Cette insistance se comprend bien sûr dans le contexte de l'espèce, qui mettait en jeu une extension du pouvoir d'injonction à une situation nouvelle et exceptionnelle. Cette extension, tolérée du bout des lèvres par les juges, justifiait en elle-même les appels à la modération qui traversent le jugement. Le ton et les formules utilisées montrent que l'admonestation des juges à la prudence va au-delà du contexte particulier de l'affaire pour acquérir une portée générale. On a déjà évoqué les leçons que

place for the anti-suit injunction". V. toutefois les observations de H. Smit et L. Collins, pp. 109-110 du même ouvrage, d'où il ressort que le premier n'exclut pas la possibilité de recourir à l'injonction sous l'empire de la future Convention.

¹³⁷² Même si paradoxalement, la jurisprudence récente semble multiplier les instances de recours à l'interdiction de procéder, comme on a pu le constater (p. ex. C. MCLACHLAN, *Lc*, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137) 145 : « there is no sign that the use of anti-suit injunctions is on the wane »). Les raisons avancées par ce même auteur pour expliquer cette apparente multiplication montrent qu'il s'agit sans doute d'un effet d'optique, l'augmentation des cas s'expliquant surtout par l'expansion du contentieux international privé (« the continued expansion in the volume and scope of international litigation has spawned many more cases of perceived forum shopping abuse, to which the common law courts have reacted by granting injunctions »).

¹³⁷³ En matière de conventions de juridiction, on assiste cependant au mouvement inverse, tant il semble que l'injonction acquiert une presque-automatisme, sur cette évolution *supra*, n° 165 et BRIGGS et REES, 1997, 268-271.

l'on pouvait tirer de ce jugement pour l'espace judiciaire européen. Les conditions auxquelles la Chambre des Lords subordonne le pouvoir d'injonction, et notamment l'existence d'un intérêt suffisant dans le chef du tribunal anglais (*supra*, n° 226), sont autant d'indices de cette prise de conscience, comme si la Cour voulait se dédouaner à l'avance d'une intervention qu'elle sait être à la limite du permissible. Cette évolution demeure certes floue. Elle a toutefois déjà trouvé une première concrétisation.

322. Condition de subsidiarité - Au delà du devoir de réserve est apparue en effet ces dernières années une exigence supplémentaire, que l'on pourrait appeler la règle de *subsidiarité*. Dans un effort de courtoisie, d'aucuns proposent en effet de faire de l'injonction une arme de dernier ressort, un instrument qui ne serait disponible que lorsque le tribunal visé a refusé de céder la priorité. Pour obtenir une injonction, le demandeur devrait donc apporter la preuve que le juge étranger a rejeté une demande de dessaisissement fondée par exemple sur base de *forum non conveniens*. Au minimum la subsidiarité signifie que l'injonction ne peut être décernée avant que le tribunal étranger ait statué sur sa propre compétence.¹³⁷⁴

323. Consécration de la règle de subsidiarité dans la jurisprudence - La règle de subsidiarité avait déjà été évoquée à demi mots par Lord Goff dans l'affaire *Aérospatiale*.¹³⁷⁵ C'est toutefois à la Cour Suprême du Canada que l'on doit la consécration la plus manifeste de la règle. Dans l'affaire *Amchem*, la Cour a en effet décidé que "afin de n'avoir recours à ce remède qu'en conformité avec les principes de la courtoisie, il est préférable de ne pas anticiper sur la décision du tribunal étranger et d'attendre dès lors que ce tribunal ait été saisi de l'affaire et que la partie qui sollicite l'injonction a tenté, en vain, d'obtenir du tribunal étranger un sursis à statuer ou une autre mesure mettant fin à la procédure".¹³⁷⁶

A suivre cette règle, la Cour d'Appel aurait dû dans l'affaire *Turner* s'en remettre au bon jugement des tribunaux espagnols et attendre que ceux-ci se prononcent sur l'exception de litispendance soulevée au profit des tribunaux anglais. Le principe de subsidiarité, qui n'est que la traduction d'une certaine confiance faite au tribunal étranger, permet ainsi de 'dé-dramatiser' certains litiges, et limite dès lors les occasions où le recours à l'interdiction de procéder est nécessaire.

On ne peut que se féliciter que la jurisprudence anglaise récente réserve un bon accueil à cette règle.¹³⁷⁷ On a ainsi vu une application de la subsidiarité dans l'affaire *Aeroflot* qui

¹³⁷⁴ En ce sens, A. BELL, "Anti-suit Injunctions in the Brussels Convention", *L.Q.R.*, 1994, 208 ("[S]uch relief should not be countenanced until the foreign court or tribunal has had an opportunity to examine its own jurisdiction"). Notons que cette condition est reprise par les auteurs allemands qui suggèrent l'adoption d'une injonction continentale, p. ex. M. LENENBACH, *lc*, *Loi L.A. Int'l & Comp. L.Q.*, 1998, (257), 302; J. KURTH, *ac*, 1989, 132-134; D. JASPER, *ac*, 1990, 131; J. SCHRÖDER, "The Right Not To Be Sued Abroad", *lc*, 543-545.

La subsidiarité peut être comparée à la fameuse 'Bananaft proviso' à laquelle est subordonnée l'injonction Mareva. Cette condition, imposée par la Cour d'Appel (*Bananaft Int'l Co SA v Bassatine*, [1990] Ch. 13) "émascule" l'injonction en prévoyant qu'elle ne peut sortir d'effet extra-territorial que si l'injonction est reconnue par le tribunal étranger. Ici aussi on laisse donc la priorité au tribunal étranger.

¹³⁷⁵ [1987] 1 AC 871, 894.

¹³⁷⁶ *Amchem Products Inc. Workers' Compensation Board (British Columbia)* (1993) 102 D.L.R. (96), 118 (par Sopinka) : "in order to resort to this special remedy consonant with the principles of comity, it is preferable that the decision of the foreign court not be pre-empted until a proceeding has been launched in that court and the applicant for an injunction in the domestic court has sought from the foreign court a stay or other termination of the foreign proceedings and failed".

¹³⁷⁷ Pour cette analyse, A. BRIGGS et D. MCCLEAN, *Conflict of Laws*, in *Halsbury's Laws of England*, 4ème ed., Butterworths, Londres, 1996, vol. 8(1), 78, no. 1092, note 2. ainsi que A. BRIGGS, "The unrestrained reach of an anti-suit injunction : a pause for thought", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, (90), 97 ("[I]t has indeed been recognised that

opposait les juridictions anglaises et françaises à propos de demandes de dommages et intérêts résultant du crash d'un avion en Sibérie. Les demandeurs avaient saisi les deux juridictions, mais la compétence des tribunaux français était contestée et le juge français ne s'était pas encore prononcé sur cette question. C'est pourquoi le tribunal anglais refusa l'injonction, préférant laisser aux autorités françaises le soin de trancher cette question.¹³⁷⁸ Le principe qu'un demandeur doit démontrer que le for étranger a refusé de se dessaisir avant d'obtenir une injonction a également été reçu en Ecosse, où la *Outer House* a clairement pris position en faveur de la règle de subsidiarité dans l'affaire *Shell*.

Certains tribunaux américains se sont également montrés sensibles à ce principe que l'on pourrait rapprocher de la règle d'épuisement des voies de recours offertes par le droit étranger.¹³⁷⁹ C'est ainsi qu'un tribunal du Delaware a refusé d'accorder l'interdiction de procéder que sollicitait une entreprise atraite en violation selon elle avec l'accord des parties, devant un tribunal texan.¹³⁸⁰ La Cour prit argument du fait que la demanderesse avait à sa disposition la clause d'élection de for en faveur des tribunaux du Delaware, pour faire échouer la procédure texane.

324. Les débuts difficiles du principe de subsidiarité - La condition de subsidiarité n'est en réalité que la traduction en termes modernes d'un principe traditionnel de l'*Equity*, selon lequel celle-ci n'interviendra que lorsque la *common law* ne permet pas de faire justice.¹³⁸¹ Bien qu'elle puise ses racines dans une longue tradition, cette règle ne fait pas (encore) l'unanimité.¹³⁸² Pour M. Carter par exemple, une telle limitation conduit à une

a court will not usually entertain an application for an injunction before relief has been sought from the foreign court : a duty to exhaust local remedies may be thought to be necessary before an English court takes the jurisdictional question itself". V. également T. C. HARTLEY, *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, (487), 509 (selon qui "An Antisuit injunction should not be granted on any ground on which the foreign court could on a proper showing be expected itself to stay or dismiss the proceedings before it"). Le commentaire qui accompagne les principes de l'ILA évoque "a developing principle in the existing common law jurisprudence on anti-suit injunctions [...] that ordinarily, the court to which application is made for an anti-suit injunction should defer to the court where the substantive proceedings have been filed », (*International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137), 165-166).

¹³⁷⁸ "[G]iven the fact the the French courts have to determine the jurisdictional issue [...] I do not believe it appropriate in the light of [...] comity for the court to exercise its discretion to grant an anti-suit injunction" : *Deuille v Aeroflot Russian Int'l Airlines* [1997] 2 Lloyd's Rep. (67), 74-75 (Q.B.). Dans le même sens, *Re Maxwell Communications Corp. Plc (No 2)* [1992] B.C.C. (757), 765 ("[T]he normal assumption is that the foreign judge is the best person to decide whether an action in his own court should proceed [...] et plus loin "If the only issue is whether an English or a foreign court is the more appropriate forum for the action, that question should normally be decided by the foreign court on the principle of forum non conveniens, and the English court should not seek to interfere with that decision", par L.J. Glidewell at [1992] B.C.C. (757), 773); *Sokana Industries Inc. v Freyre Co. Inc.*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 57 et *Charterers Mutual Assurance Association v British & Foreign*, [1998] I.L.Pr 838. V. également *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon*, [1987] 1 A.C. (45) 65 (C.A.) (la Cour "feel the gravest reservations about an English court granting an injunction restraining Mr. Karoon from proceeding in New York rather than allowing a court of that State, being the forum having jurisdiction where an action has already been commenced, making its own decision whether England is the more appropriate forum and whether it should in the circumstances grant a stay of proceedings"); *Airbus Industries GIE v Patel and Others*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 8, 14 (C.A.) (la Cour d'Appel indique qu'en règle générale, "international comity and considerations of general policy indicate that that decision (allow the proceedings to continue or not) is best taken by the Court in question and the English Courts should respect its competence to do so and its decision"). V. déjà aux Etats-Unis, *James v Grand Trunk Western Railroad Corp.*, 14 Ill 2d 356, 152 N.E. 2d 858, 74 ALR 2d 814 (SC Ill 1958) (la Cour est confrontée à une injonction des tribunaux du Michigan qui interdit la poursuite de sa propre procédure. S'interrogeant sur la reconnaissance potentielle de cette injonction, la Cour note d'emblée que la partie qui a obtenu l'injonction n'a même pas pris la peine d'essayer d'obtenir du tribunal de l'Illinois qu'il se déclare *forum non conveniens*, préférant directement demander une injonction).

¹³⁷⁹ Comme le fait H. MUIR WATT, *l.c.*, *Reu gén Procédures*, 1999, 759.

¹³⁸⁰ *El Paso Natural Gas Co. v Transamerican Natural Gas Corp.*, 669 A. 2d 36 (Del. 1995).

¹³⁸¹ V. pour l'injonction *Mareva*, G. CUNIBERTI, *o.c.*, 2000, 69, n° 85 et A. NUYTS, 398, n° 369.

¹³⁸² Même les tribunaux canadiens par exemple ne témoignent pas toujours d'une fidélité absolue au principe posé dans l'arrêt *Amchem*. Ils sont parfois tentés d'accorder une injonction alors même que le demandeur n'a pas fait

augmentation des coûts et à des retards que l'injonction vise précisément à éviter.¹³⁸³ Le défendeur est en effet obligé d'engager des frais pour obtenir la fin d'une procédure qui est peut être purement injuste et vexatoire, alors que l'injonction lui aurait permis d'obtenir ceci sans devoir procéder à l'étranger.

Certains tribunaux ne sont pas encore convaincus par la nécessité d'une telle limitation du pouvoir d'injonction. C'est le cas de la Haute Cour australienne, qui a refusé de faire de la subsidiarité une règle générale.¹³⁸⁴ Tout en reconnaissant qu'il pouvait être souhaitable dans certaines circonstances d'exiger du demandeur qu'il s'adresse d'abord au for étranger, la Cour prit argument de la diversité des circonstances dans lesquelles une injonction peut être sollicitée pour écarter un principe général de subsidiarité.¹³⁸⁵ D'autres tribunaux l'ont également rejeté.¹³⁸⁶

325. Une condition à généraliser - Si la subsidiarité ne s'est pas encore imposée de façon générale, elle n'en constitue pas moins une piste intéressante. On peut tout d'abord y voir un aveu qu'il appartient en principe au juge étranger de statuer sur sa propre compétence et qu'il est sans doute le mieux placé pour ce faire. En filigrane le principe de subsidiarité fait apparaître que la coordination des procédures concurrentes par l'abstention (*infra*, n° 370) est jugée préférable à l'injonction, puisqu'on oblige le demandeur à essayer d'abord d'obtenir satisfaction du juge étranger lui-même. C'est dans cette optique que les Principes de Leuven-Londres ont suggéré la généralisation d'un principe de subsidiarité.¹³⁸⁷ Selon le commentaire, les tribunaux doivent, dans l'esprit des principes, d'abord examiner s'il existe d'autres méthodes de coordination avant d'envisager le recours à l'injonction.¹³⁸⁸ Enfin, c'est au nom de la courtoisie judiciaire que l'on légitime la condition de subsidiarité, ce qui constitue une reconnaissance implicite que l'injonction *arbitrariis* nuit à la paix judiciaire.

l'effort de demander au tribunal étranger qu'il se dessaisisse. Voyez par exemple l'affaire *Hudson v Geos Language Corp.* (1997) 3 O.R. (3d) 14 (à la décharge de la cour, on peut noter que la procédure japonaise avait été intentée après le début de la procédure en Ontario et qu'il s'agissait d'une demande de déclaration négative visant probablement à empêcher la reconnaissance d'un futur jugement canadien. La Cour a noté que la Cour Suprême n'avait pas fait de la subsidiarité une règle absolue, se contentant de poser qu'il s'agissait d'une voie 'préférable').

¹³⁸³ P. B. CARTER, *l.c.*, 1997, 13.

¹³⁸⁴ *C.S.R. v Cigna*, 146 A.L.R. (402), 438. Sur cette affaire, A. S. BELL et J. GLEESON, « The Anti-Suit Injunction », *Australian L. J.*, 1997, 955-975 et les critiques de M. J. WHINCOP et M. KEYES, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Ashgate, Aldershot, 2001, 155-156. *Adde* M. J. WHINCOP, "Forum Shopping Duty Free : the Law and Economics of Anti-Suit Injunctions After *CSR v. Cigna*", *Canberra L. Rev.*, 1998, 77-94.

¹³⁸⁵ *C.S.R. v Cigna*, 146 A.L.R. (402), 437 : "the different circumstances in which [...] injunctions may be granted in restraint of proceedings in a foreign court are such that they do not permit of a general rule [...]"

¹³⁸⁶ *The Angelic Grace*, [1995] 1 Lloyd's Rep. 87 (C.A.). La Cour décide que dès lors que le demandeur montre que le for anglais est le for naturel de la cause, il n'est plus question de laisser au for étranger le soin de se retirer de lui-même; *Amoco (U.K.) Exploration Co. et al. v British American Offshore Ltd. et al.* [1999] 2 Lloyd's Rep. 772 (demande d'injonction contre une procédure au Texas, la Cour refuse d'accepter la subsidiarité comme règle générale, défendeur avait argué que l'injonction ne pouvait certainement pas être accordée avant que le demandeur ait fait l'effort de demander le dessaisissement du juge Texan pour cause de forum non conveniens. Le juge refuse de "endorse any absolute rule to that effect, but I do think such considerations are material to the exercise of the Court's discretion", 780). *V. aussi* Dicey et Morris, 2000, p. 422.

¹³⁸⁷ Principe 7.2.

¹³⁸⁸ Rapport précité, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137), 165-166.

II. Une doctrine plus que réservée à l'égard de l'interdiction de procéder

326. Des commentateurs qui vont encore plus loin que la seule subsidiarité - La condition de subsidiarité constitue un tempérament judiciaire et efficace au pouvoir d'injonction. Son adoption progressive par les juridictions contribuerait à rendre plus exceptionnel encore le recours à l'interdiction de procéder. Ce n'est pas la doctrine qui dénoncera une telle tendance. La majorité de commentateurs plaide en effet pour une plus grande réserve dans l'utilisation de l'injonction dans les relations internationales.¹³⁸⁹ Partant généralement du constat que l'injonction anti-suit représente une interférence au moins indirecte avec la procédure étrangère, la majorité des auteurs s'accorde pour proposer une limitation plus ou moins radicale des circonstances justifiant l'injonction.

Le plus radical est sans doute M. *Lowenfeld*, qui explique que « s'il ne tenait qu'à moi, les injonctions anti-suit n'auraient plus lieu d'être dans les espèces internationales, sauf en cas de fraude ».¹³⁹⁰ MM. *Briggs* et *Rees* ne sont pas loin non plus d'exclure totalement l'injonction anti-suit : au vu de l'intrusion que représente l'injonction, et pour ne pas nuire à la *comitas*, ils expliquent que « les tribunaux ne devraient pas accorder des interdictions de procéder, sauf dans des cas particulièrement solides ».¹³⁹¹ Leur démarche est intéressante en ce qu'ils proposent deux solutions alternatives à l'injonction, qui sont susceptibles de remplir une fonction équivalente sans en posséder le caractère offensif. Ces alternatives sont d'une part la condamnation de la partie à l'origine de la procédure litigieuse à des dommages et intérêts et d'autre part une déclaration, au besoin préventive, par laquelle le (futur) jugement étranger ne peut prétendre à aucun effet en Angleterre.¹³⁹² On ne peut qu'approuver ces deux suggestions qui contribueraient à rétablir l'égalité des armes entre tribunaux de *common law* et tribunaux de droit civil.¹³⁹³

Les observations de M. *Fentiman* vont dans le même sens.¹³⁹⁴ Ce qui frappe dans l'analyse de cet auteur c'est son point de départ. En effet, il part du principe que l'injonction *anti-suit*, qui vise à mettre fin à une procédure étrangère, constitue par définition un manque de respect pour la compétence étrangère.¹³⁹⁵ M. *Fentiman* en déduit que l'injonction doit être réservée aux cas véritablement exceptionnels. Il en distingue deux : dans le premier cas, l'injonction vise à défendre la procédure du for contre une manoeuvre devant un juge étranger visant à paralyser cette procédure - la pratique bien connue des 'counter

¹³⁸⁹ V. en ce sens, M. LENENBACH, *l.c.*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Q.*, 1998, 265, note 46 (l'auteur note que "most scholars strongly support the stricter standards").

¹³⁹⁰ A. LOWENFELD, *l.c.*, *Am. J. Int'l Law*, 1997, 318 : "If I had my way, antisuit injunctions across national frontiers would be suppressed (except in cases of fraud) [...]". Et M. *Lowenfeld* d'ajouter que "In an international legal system built largely on comity, courts should proceed from a built-in reluctance to enjoin litigation initiated in foreign states", *l.c.*, *Am. J. Int'l Law*, 1998, 42.

¹³⁹¹ Briggs & Rees, 1997, 280, n° 5.38 : "it is thought that the court should not, save in distinctly strong cases, grant injunctions ».

¹³⁹² *Idem*, 280-281, n° 5.38.

¹³⁹³ M. *Briggs* a également proposé de soumettre l'injonction anti-suit à la question du droit applicable à un tel remède, en notant qu'il apparaît pour le moins difficile de faire abstraction de cette question : A. BRIGGS, *l.c.*, *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 90-102. Si cette suggestion ne vise pas avant tout à restreindre le champ d'application de l'injonction, elle participe néanmoins du même mouvement qui remet en question le bien-fondé des idées reçues en la matière. V. la réponse de J. HARRIS, "Anti-suit injunctions - a home comfort?", *Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 413-422.

¹³⁹⁴ V. surtout R. FENTIMAN, "Comity, Justice and Anti-Suit Injunctions", à paraître, tel que résumé par A. NUYS, 396-398 et R. FENTIMAN, "Antisuit Injunctions", in *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, C. WING CHEONG et al. (eds.), Faculty of Law, National University of Singapore, 1996, 44-71.

¹³⁹⁵ p. 23 du manuscrit tel que cité par A. NUYS, 396, n° 368.

anti-suit injunctions'. L'interdiction de procéder serait également légitime lorsqu'il s'agit d'empêcher un juge étranger d'exercer une compétence manifestement exorbitante, parce que dénuée de toute connexion avec le litige.

327. Les suggestions plus modestes d'autres commentateurs - D'autres auteurs, sans aller aussi loin, proposent d'exclure l'utilisation de l'injonction *anti-suit* dans certaines circonstances. Ainsi M. *Bermann* suggère-t-il de bannir le recours à l'injonction lorsque la seule question posée est de savoir lequel des deux fors concernés est le plus approprié.¹³⁹⁶ Une autre de ses suggestions est encore plus intéressante pour notre analyse puisqu'il semble exclure lorsqu'il s'agit de mettre fin aux procédures parallèles. Il note en effet que « même si les coûts des procédures parallèles [...] sont diaboliques, ils ne sont pas aussi diaboliques que les remèdes proposés pour les soigner, à supposer même que ces remèdes soient efficaces. Ils sont certainement moins néfastes que la série de guérilla inter-juridictionnelle que le remède a le pouvoir de créer ».¹³⁹⁷

Dans la même lignée, M. *Hartley* suggérait déjà en 1987 de confiner l'injonction *anti-suit* à un rôle strictement subsidiaire. Elle n'aurait en effet selon lui de rôle à jouer que lorsque le for étranger refuse de se dessaisir de son plein gré.¹³⁹⁸ Une fois cette condition posée, il distingue trois situations dans lesquelles l'injonction pourrait exceptionnellement conserver un rôle - à savoir lorsque le juge étranger pêche par une application extra-territoriale de sa législation, lorsqu'il s'agit de protéger une législation du for qui touche à l'ordre public et enfin lorsque l'injonction permet de préserver la compétence du for.¹³⁹⁹

M. *Vollmer* adopte lui aussi un point de vue très restrictif, et part du principe que l'injonction doit être l'exception et non la règle.¹⁴⁰⁰ Il traduit cette position de principe très restrictive de façon concrète en excluant le recours à l'injonction dans une série de situations - parmi lesquelles la situation dans laquelle la procédure étrangère duplique celle du for,¹⁴⁰¹ ou encore lorsqu'il s'agit simplement d'éviter la naissance de décisions contradictoires,¹⁴⁰² - pour ne reconnaître finalement que deux situations dans lesquelles l'injonction pourrait exceptionnellement être justifiée.¹⁴⁰³ Cette approche restrictive est partagée par de nombreux autres auteurs.¹⁴⁰⁴ Si l'on fait abstraction d'un courant

¹³⁹⁶ G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 620 ("courts should not deploy the anti-suit injunction as an affirmative international forum non conveniens device").

¹³⁹⁷ *Idem*, 631 : "[a]lthough the costs of parallel proceedings [...] are evil, they are not as evil as the remedy proposed for their cure, even assuming that such a cure would be effective. They are certainly a great deal less evil than the pattern of interjurisdictional warfare that their cure has the potential to launch". L'auteur distingue trois catégories de circonstances dans lesquelles l'utilisation de l'injonction peut être légitime, à savoir lorsque la procédure étrangère a pour effet de nuire à "an important public policy of the United States", lorsqu'elle constitue une violation d'une "prior and independent obligation of a party not to bring suit in the foreign jurisdiction" et enfin lorsque la procédure étrangère est jugée "inconvenient, vexatious or oppressive". Si les deux premières catégories ne posent pas problème, il est beaucoup plus réticent à admettre l'injonction dans la dernière catégorie.

¹³⁹⁸ *l.c.*, *Am J. Comp. L.*, 1987, (487), 509.

¹³⁹⁹ *Idem*, 509-511.

¹⁴⁰⁰ "The circumstances in which a U.S. court should issue an antisuit injunction are exceedingly rare, far rarer than even the *Laker* court contemplated" : A. N. VOLLMER, *l.c.*, in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1997, (237), 248.

¹⁴⁰¹ *Idem*, 254-255.

¹⁴⁰² *Idem*, 262-263.

¹⁴⁰³ A savoir "to protect its ability to reach a final judgments", pp. 265-266 et "when foreign proceedings would prevent or impair the U.S. Court's procedural fairness", pp. 267-272.

¹⁴⁰⁴ Par exemple H. NAJARIAN, "Granting Comity Its Due. A proposal to revive the Comity-Based Approach to Transnational Antisuit Injunctions", *St John's Law Review*, 1994, (961), 983 (l'auteur propose d'utiliser le Foreign

apparemment minoritaire qui plaide pour le statut quo,¹⁴⁰⁵ la doctrine est donc majoritairement en faveur d'une limitation importante de la compétence d'injonction.

Cette tendance globale visant à faire de l'injonction une mesure exceptionnelle a trouvé son point culminant dans les principes de Leuven Londres, adoptés par l'ILA. Fruits des réflexions de juristes issus aussi bien de la tradition civile que de la *common law*, ces principes ne réservent qu'une place subsidiaire au pouvoir d'injonction. On a déjà vu qu'ils interdisaient le recours à l'injonction en présence d'une convention internationale (*supra*, n° 318) et qu'ils réservaient bon accueil à la condition de subsidiarité (*supra*, n° 324). On ne trouvera pas dans ces principes de catalogue de circonstances qui justifieraient le recours à l'injonction. Les auteurs ont au contraire délibérément adopté une approche négative, qui consiste à exclure le recours à l'injonction dans une série de cas. Au total, la place qui revient à cette mesure est réduite à la portion congrue – les auteurs ne cachent pas qu'une mise en œuvre effective d'un principe d'abstention réduirait sinon éliminerait la nécessité d'octroyer une interdiction de procéder.¹⁴⁰⁶

328. En guise de conclusion - Au terme de cette analyse, il nous semble possible de conclure que l'injonction *anti-suit* ne constitue pas une réponse adéquate, ni satisfaisante aux conflits de procédures. Sans nous prononcer, ni condamner de manière générale le mécanisme, son utilisation pour mettre fin aux procédures parallèles s'avère pour le moins problématique.

A son crédit, il faut reconnaître que l'interdiction de procéder séduit par son caractère *direct* : pour contrer une procédure étrangère réputée abusive, il n'est pas de plus court chemin que de l'interdire, ou du moins d'en interdire la poursuite à la partie qui en a pris l'initiative. L'injonction *anti-suit* permet à une partie d'éviter d'importants frais et désagréments, puisqu'elle ne doit plus convaincre le tribunal étranger de se dessaisir, un avantage appréciable lorsque, comme dans l'affaire *Turner*, la procédure étrangère est manifestement abusive. A côté de cette méthode qui ne s'embarrasse pas de détours, le refus de reconnaissance ou d'autres méthodes indirectes qui ont les faveurs de la tradition civile apparaissent bien timides, voire défaillantes. On comprend dès lors que

Sovereign Immunities Act comme guide pour apprécier l'opportunité de l'injonction et conclut que "since judicial proceedings are public in nature, and are exercises of sovereignty, they should be extended comity, just as public acts of a foreign state are granted immunity under the FSIA" (à ses yeux, une injonction n'est donc justifiée que dans les mêmes circonstances qui justifient la levée de l'immunité d'un Etat étranger); S. R. SWANSON, "The Vexatiousness of a Vexation Rule : International Comity and Antisuit Injunctions", *Georges Washington J. Int'l L. & Economics*, 1996, 1-37 (l'auteur plaide pour une généralisation de l'approche restrictive telle que suggérée par Laker); E. ROBERTSON, "Comity Be Damned : the Use of Anti-Suit Injunctions Against Courts of a Foreign Nation", *U. Pa. L. Rev.*, 1998, 409-433, spéc. p. 433; M. SCHIMEK, "Anti-Suit and Anti-Anti-Suit Injunctions : A Proposed Texas Approach", *Baylor L. Rev.*, 1993, (499), 534, (l'auteur conclut qu'il vaut mieux se passer carrément de toute injonction au vu des trop nombreux inconvénients qui en découlent). V. également l'approche restrictive adoptée par les auteurs allemands qui suggèrent l'introduction d'une injonction 'continentale' - par exemple R. STÜRNER, "Der Justizkonflikt...", in *Der Justizkonflikt*, W. HABSCHIED (éd.), 1985, 54 (l'auteur reconnaît les faiblesses de l'injonction dont il suggère l'adoption aux tribunaux allemands dans le cadre du conflit les opposant aux tribunaux américains, d'une part il reconnaît que la mise en œuvre effective d'une injonction pourra s'avérer difficile, à défaut de sanctions vraiment contraignantes (52-53) et d'autre part il conclut en avouant que l'interdiction de procéder, à l'instar d'autres mesures qui visent à bloquer une procédure américaine, ne constituent pas des solutions durables, mais peuvent au contraire avoir des conséquences toutes autres, p. 54).

¹⁴⁰⁵ M. Carter semble ainsi prêt à s'accommoder de la jurisprudence actuelle, même s'il reconnaît qu'un travail d'harmonisation des règles de compétence internationale est souhaitable qui permettrait de réduire fortement le nombre d'instances dans lesquelles le recours à l'injonction est nécessaire, *Id.*, 1997, pp. 21-22. *Comp. J. HARRIS, l.c., Lloyd's M.C.L.Q.*, 1997, 413-422 et du même "Recognition of Foreign Judgments at Common Law - the Anti-Suit Injunction Link", *Oxf. J. L. S.*, 1997, 477-488 (l'auteur ne semble pas vouloir restreindre outre mesure la possibilité de recourir à l'injonction). V. aussi les réflexions de M. J. WHINCOP et M. KEYES, *op. cit.*, 2001, 151-157.

¹⁴⁰⁶ Rapport précité, *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137), 165.

certaines se soient laissé convaincre par la nécessité de faire primer l'intérêt des parties à une résolution rapide et peu onéreuse du conflit sur l'indépendance des ordres juridiques et la courtoisie internationale et aient dès lors entrepris de répandre la 'bonne parole' en prônant l'adoption dans les pays de droit civil de cette technique typiquement anglaise.

Il reste que l'injonction *anti suit* souffre de défauts qui rendent impossible son adoption comme règle générale de solution des conflits de procédures. Sans revenir sur le risque de provoquer une réaction en chaîne – du moins lorsque le for visé par l'injonction peut répliquer en nature à celle-ci –, ni sur les limites de la sanction de l'injonction, limites que l'extension de la compétence du for de l'injonction met à rude épreuve, il faut constater que la généralisation de l'interdiction de procéder suppose que l'on s'interroge dans un premier temps sur les circonstances qui justifient son utilisation. L'interdiction de procéder n'est en effet qu'une *méthode*, qui doit être mise au service d'un but à définir. Sur ce plan, toutes les options sont ouvertes : on pourrait ainsi envisager de faire de l'interdiction de procéder le garant du respect de la priorité de saisine du for, l'élevant par là même au rang de version 'offensive' de la litispendance. L'injonction pourrait au contraire être utilisée pour faire triompher la saisine du for, en toutes circonstances.

Bref, l'injonction peut être mise au service de n'importe quelle vision du conflit de procédures ou, plus généralement, du contentieux international privé. On a pu le constater lors de la discussion des tentatives d'une certaine doctrine qui plaide pour l'introduction en droit allemand d'une interdiction de procéder. Au-delà des difficultés propres à cette 'importation', la question, fondamentale, qui divisait les auteurs était bien celle des circonstances qui justifient le recours à l'injonction.¹⁴⁰⁷ Cette difficulté n'est pas anodine : l'examen de la jurisprudence américaine a montré que la question divise également les cours fédérales en deux camps ; de même, l'évolution de la jurisprudence anglaise témoigne d'une même interrogation sur la justification du recours à l'interdiction de procéder.¹⁴⁰⁸

L'injonction *anti-suit* n'est donc pas une fin en soi. S'il fallait retenir un enseignement des jurisprudences anglaise et américaine, c'est bien que l'injonction, au vu de sa nature pour le moins agressive, doit être réservée à des situations exceptionnelles. Le droit comparé révèle que les tribunaux cherchent avant tout à sanctionner les abus les plus flagrants. Il n'est pas question, sauf pour une jurisprudence américaine minoritaire et critiquée, de faire de l'interdiction de procéder un instrument destiné à appréhender l'ensemble des conflits de procédures.¹⁴⁰⁹ Au contraire, seules les procédures concurrentes qui se révèlent manifestement abusives encourent la sanction. Les conflits de procédure 'ordinaires', où chaque partie saisit plus ou moins simultanément son propre juge sans autre intention que de profiter des règles de compétence concurrente, échapperont dès lors à l'interdiction de procéder. En conséquence, l'interdiction de procéder ne sera au

¹⁴⁰⁷ *Supra*, n° 306.

¹⁴⁰⁸ On ajoutera que les auteurs des Principes de Leuven-Londres de l'ILA se sont sagement abstenus de se prononcer sur les critères qui permettraient de déterminer dans quelles circonstances l'interdiction de procéder est justifiée. V. le rapport explicatif précité, in *International Law Association. Report of the London Conference 2000*, (137), 165 : « it was not the function of the Principles to seek to specify the positive criteria on which a court should grant injunctions to restrain any party from proceeding in the court of another state. That would be outside the scope of the Principles ».

¹⁴⁰⁹ Et certains commentateurs ont expressément dénoncé l'utilisation de l'injonction comme remède à une 'simple' concurrence de procédures, p. ex. A. VOLLMER, *l.c.*, in *International Dispute Resolution: the Regulation of Forum Selection. Fourteenth Sokol Colloquium*, J. GOLDSMITH (éd.), Transnational Publishers, Inc., Irvington, 1997, (237), 254-255; G. BERMAN, *l.c.*, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 631.

mieux qu'une solution *lacunaire*, visant certains types de conflits de procédures présentant des circonstances 'aggravantes'.

Au total, l'interdiction de procéder semble confinée au rôle de mesure exceptionnelle visant des situations qui ne le sont pas moins. Et cette constatation s'inscrit bien dans une évolution sans doute inéluctable du contentieux international privé : de plus en plus, les Etats semblent prendre conscience de la nécessité de s'accorder, ne fut-ce que de façon minimale, sur les règles de base de ce contentieux. Il suffit d'évoquer les succès de l'intégration judiciaire au sein de l'Union européenne, et les mouvements similaires dans d'autres espaces régionaux. La future Convention de La Haye viendra couronner ces efforts. A termes, les accords régionaux ou mondiaux vont dominer une large partie du contentieux international privé.¹⁴¹⁰

Or l'injonction *anti-suit* représente l'anti-thèse de l'idéal de coopération entre tribunaux qui anime ces accords. Le tribunal qui interdit la poursuite d'une procédure étrangère s'arroge le droit de décider unilatéralement de son sort, il ôte au juge étranger le pouvoir de conduire sa propre procédure.¹⁴¹¹ Ce mécanisme s'inscrit dans une logique dans laquelle chaque ordre juridique est parfaitement indépendant des autres. On se rappellera à cet égard la description donnée par Lord Goff des relations entre juridictions de *common law*, comme d'un ensemble de systèmes indépendants qui décident chacun séparément quel poids ils accordent aux prescriptions ou décisions émanant d'autres ordres juridiques.¹⁴¹² Cette description avait sans doute sa justification au siècle dernier – et l'on peut comprendre que les tribunaux anglais aient eu recours à l'interdiction de procéder lorsque la suspicion et la méfiance entre juridictions l'emportaient encore sur le souci de coopérer dans l'intérêt des parties. Elle n'a plus lieu d'être dès lors que s'installe entre les différents pays un climat de confiance et de respect mutuel. On peut dès lors en déduire que l'injonction est condamnée à disparaître ou du moins à se faire plus rare, ce que confirme une doctrine dans l'ensemble plutôt favorable à une stricte limitation de son utilisation.

En dernière analyse, nous ne cacherons pas avoir un certain préjugé défavorable à l'encontre de l'injonction *anti-suit*.¹⁴¹³ Les juristes anglais, même ceux qui veulent en

¹⁴¹⁰ Sur la possibilité d'unifier les règles de compétence en Asie, v. C. Y. C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonization of Civil and Commercial Litigation*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 755 p.

¹⁴¹¹ C'est ce qu'a très bien remarqué la Cour d'Appel dans l'affaire *Gau Shan*, lorsqu'elle souligne que "The inappropriate use of antisuit injunctions can have unintended, widespread effects. International commerce depends in no small part on the ability of merchants to predict the likely consequences of their conducts in overseas markets. Predictability depends in turn on an atmosphere of cooperation and reciprocity between nations. The issuance of antisuit injunctions threatens predictability by making cooperation and reciprocity between courts of different nations less likely" : *Gau Shan Ca, Ltd. v Bankers Trust Co*, 956 F. 2d 1349, 1355 (6th Cir. 1992).

¹⁴¹² "There is, so to speak, a jungle of separate, broadly based jurisdictions all over the world", *Aribus Industrie GIE v Patel et al.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 636.

¹⁴¹³ Préjugé qui tient à la contradiction fondamentale qui affecte l'interdiction de procéder. La justification ultime de cette interdiction est sans doute la volonté du tribunal de conserver le contrôle de sa procédure, qui est menacé par l'introduction d'une procédure concurrente (v. les observations en ce sens de Lord Goff, in *Bank of Tokyo Ltd. v Karoon* [1987] 1 A.C. 60 (C.A.) (Goff LJ) : "The golden thread running through the rare cases where an injunction has been granted appears to have been the protection of the jurisdiction; an injunction has been granted where it was considered necessary and proper for the protection of the exercise of the jurisdiction of the English court". V. également la justification avancée par le juge de première instance dans l'affaire *South Carolina* : "It [the case] involves a question of principle as to whether or not the English court should retain the control of its own procedure and the proceedings that are before it. I have no doubt that the answer to that question is that the English court should retain that control", cité dans *South Carolina Ca v Assurantie N.V.* [1987] 1 A.C. 34). Or, pour sauvegarder ce contrôle, le for de l'injonction n'hésite pas à priver le tribunal étranger du

limiter l'utilisation, y semblent pourtant très attachés.¹⁴¹⁴ Il n'est pas du domaine de cette étude de plaider pour une disparition complète de cet instrument. L'on peut toutefois constater, avec la Cour Suprême du Canada,¹⁴¹⁵ que si d'autres techniques de coordination des procédures concurrentes étaient plus répandues, ceci ne serait pas sans avoir un impact sur la tentation de recourir à l'interdiction de procéder.¹⁴¹⁶ On pense en particulier à la coordination par la déférence, qui fera l'objet de développements ultérieurs.¹⁴¹⁷

On peut espérer qu'à l'avenir, les tribunaux s'entendent pour privilégier des méthodes de coordination plus respectueuses de leur indépendance et de leur égalité.¹⁴¹⁸

* *
*

contrôle sur sa propre procédure ! On peut se demander, sans doute naïvement, s'il est raisonnable d'imposer au tribunal étranger ce que l'on cherche à éviter pour soi.

- ¹⁴¹⁴ *Cons. A. BRIGGS, Lc., British Yearb. Int'l L.*, 1998, 336 : "essential and tremendously valuable piece of common law".
- ¹⁴¹⁵ *Amchem Products, Inc. et al. v Workers' Compensation Board et al.*, [1993] 102 D.L.R. (4th) 96, 106 : le juge Sopinka observe que "In a world where comity was universally respected and the courts of countries which are potential fora for litigation, applied consistent principles with respect to the stay of proceedings, anti-suit injunctions would not be necessary". V. les observations similaires de Lord Goff in *Airbus Industrie GIE v Patel et al.*, [1998] 1 Lloyd's Rep. (631), 636.
- ¹⁴¹⁶ On constate en effet que l'injonction intervient souvent lorsque la procédure concurrente est engagée dans un for qui ne connaît pas de techniques de coordination. On pense au Texas, où le *forum non conveniens* n'est accepté que depuis peu et de façon fort restrictive, *supra*, n° 3.
- ¹⁴¹⁷ Deux Cours d'appel américaines ont bien compris la supériorité de la déférence sur l'injonction. Elles l'ont exprimé en soulignant que « concerns for judicial economy are *in the first instance* more properly considered in a motion for forum non conveniens » : *Laker Airways Ltd. v Sabena, Belgian World Airlines et al.*, 731 F. 2d 909, 928 (D.C. Cir. 1984) et *Mutual Service Casualty Insurance Co. v Frit Industries, Inc.*, 805 F. Supp. 919, 922 (M.D. Alab. 1992) (je souligne).
- ¹⁴¹⁸ V. les observations de A. VOLLMER, *Lc.*, 255 et 253-254 où l'auteur encourage les tribunaux américains à recourir au 'dismissal' ou au 'stay' plutôt qu'à l'injonction. G. BERMAN, *Columbia J. Transnat'l L.*, 1990, 613 ou 631. R. J. WEINTRAUB, *Commentary*, 3^{ème} éd., 219, note 4 (l'auteur suggère que pour éviter les conflits ouverts entre juridictions auxquels mènent trop souvent l'injonction anti-suit, les tribunaux devraient opter pour le 'stay' de la procédure, lorsque l'autre tribunal est saisi du même litige).

